



**Universidad**  
Zaragoza

## Trabajo Fin de Grado

# Responsabilidad civil médica por diagnósticos preconceptivos y prenatales

Autor: Elena Serrano Molinés

Director: M<sup>a</sup> Teresa Alonso Pérez

Facultad de Derecho

Año 2014

# SUMARIO

Abreviaturas.....	4
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>5</b>
1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO.....	5
2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS.....	6
3. METODOLOGÍA .....	7
<b>I. PRIMERA PARTE. APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA .....</b>	<b>9</b>
1. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD MÉDICA DERIVADA DEL CÓDIGO CIVIL: LA OBLIGACIÓN DEL MÉDICO COMO OBLIGACIÓN DE MEDIOS.....	9
1.1. El régimen de responsabilidad del Código Civil: artículos 1101 y ss y 1902 y ss: la responsabilidad subjetiva basada en la culpa.....	9
1.2. La obligación del médico es una obligación de medios.....	11
1.3. Responsabilidad subjetiva o por culpa .....	13
1.4. La inversión de la carga de la prueba y mecanismos usados para provocarla.....	16
2. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ARTÍCULO 148 TRLGDCU Y SU APLICACIÓN AL ÁMBITO MÉDICO.....	18
<b>II. SEGUNDA PARTE. ESTUDIO DE LAS <i>WRONGFUL ACTIONS</i>.....</b>	<b>21</b>
1.CLASES DE <i>WRONGFUL ACTIONS</i> , SU CONCEPTO Y PRINCIPALES PROBLEMAS QUE SUSCITAN.....	21
1.1. Clases .....	21
A) <i>Wrongful conception</i> .....	22
B) <i>Wrongful birth</i> .....	23
C) <i>Wrongful life. El caso Perruche</i> .....	24
2. Principales problemas que suscitan: legitimación activa, comportamiento negligente del profesional y daño.....	26
2. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	30
2.1. La culpa.....	30
A) <i>Deber de información en los diagnósticos prenatales</i> .....	36
2.2. El daño.....	37

A) <i>Wrongful conception</i> .....	38
B) <i>Wrongful birth</i> .....	40
b) <i>La teoría de la pérdida de oportunidad</i> .....	41
C) <i>Wrongful life</i> .....	43
2.3. Relación de causalidad.....	44
3. EL ANTEPROYECTO DE LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DE LA VIDA DEL CONCEBIDO Y DE LOS DERECHOS DE LA MUJER EMBARAZADA.....	48
<b>CONCLUSIONES</b> .....	50
Bibliografia y referencias documentales.....	53

## Abreviaturas

AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
art.	Artículo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española 1978
etc.	et cetera
LEC2000	Ley de Enjuiciamiento Civil
LCU	Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LBAP	Ley Básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y Documentación Clínica
LGDCU	Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios
TRLDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
vs	versus

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO

En el campo de la Medicina los supuestos de responsabilidad civil han de ser analizados con precisión debido a la importancia de los bienes jurídicos protegidos que pueden resultar lesionados (la salud, la vida, la autodeterminación, la libertad, la dignidad, el desarrollo de la personalidad, etc.).

En este trabajo se va a analizar un caso concreto de responsabilidad civil médica, se trata de la derivada de diagnósticos preconceptivos y prenatales. Para ello llevaré a cabo un estudio de las acciones que se interponen para lograr indemnizaciones por las actuaciones de los profesionales médicos en aquellos casos en que nacen niños con algún tipo de patología, habiéndose privado a los padres de información relevante debido a una negligente actuación médica. Este tipo de acciones, son las llamadas genéricamente *wrongful actions*, dentro de las cuales pueden distinguirse tres tipos distintos: las acciones *wrongful birth* y *wrongful life*, en las que me centraré especialmente, sin dejar de hacer referencia -aunque más sucinta- a las denominadas *wrongful conception*.

Estas acciones surgen en Estados Unidos en los años setenta, y más adelante en países europeos como Gran Bretaña, Alemania o Francia. El primer supuesto relacionado con la responsabilidad por la vida surge en 1963 en Estados Unidos (*Zepeda vs. Zepeda*<sup>1</sup>), y no versa sobre las acciones que son el centro del presente estudio, *wrongful birth* y *wrongful life*, sino que trata de un supuesto de responsabilidad planteado por un niño contra sus progenitores por privársele de una infancia normal en un ambiente apropiado, es decir, estamos ante casos de *disadvantaged or dissatisfied life* (vida insatisfactoria o vida privada de ventajas). Esta primera acción y otras con el mismo fundamento dieron pie a plantearse si cabía considerar como daño el hecho de la vida o del nacimiento. A partir de este momento van a surgir acciones que ya no sólo tendrán que ver con reclamaciones por el ambiente en el que se vive, sino también con posibles errores cometidos en prestaciones de servicios médicos relacionados con el

<sup>1</sup> MACÍA MORILLO, A. «La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*», en *Revista de Derecho Universidad del Norte*, Nº 027, 2007, pp. 8. El niño demanda a su padre por haber nacido ilegitimo; el padre prometió a la madre casarse con ella si mantenían relaciones sexuales pero finalmente nunca hubo boda. El hijo alegaba que la conducta de su padre le había conducido a ser concebido y a nacer bajo el estigma de la ilegitimidad, privándole además de poder vivir en un hogar y con una familia normal.

nacimiento de un niño.

La primera acción entablada en nuestro país tardó en llegar, pues hasta el 6 de junio de 1997 no emitía el Tribunal Supremo una sentencia al respecto<sup>2</sup>. Era la primera vez que se planteaba ante nuestros Tribunales una acción de responsabilidad civil contra profesionales sanitarios que habían intervenido en el diagnóstico prenatal de un embarazo que terminó en el nacimiento de un niño con Síndrome de Down. El Tribunal Supremo resolvió a favor de la madre sentenciando que se le había privado de la posibilidad de impedir el nacimiento, puesto que los médicos no le habían informado de la enfermedad que padecía el feto. A pesar de que, hoy en día, las reclamaciones van en aumento, sigue siendo una de las reclamaciones por responsabilidad civil más delicadas de tratar por el bien jurídico que está en juego: la vida.

## 2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS

Elijo el presente tema de estudio porque considero interesante reflejar el cambio de mentalidad que ha sufrido la sociedad en los últimos tiempos en cuanto a su propia responsabilidad y la de los demás. Tal y como reflejaré a lo largo de todo este estudio, se ha llegado a un punto en el que se piensa que los demás son responsables de todo lo que ocurre en la vida de uno mismo -de modo que siempre hay alguien que tendría que indemnizar el daño ocurrido- y hay ocasiones en las que es cierto, pero en otras no lo es tanto.

En un principio tratar sobre la responsabilidad civil médica en una materia tan específica como los diagnósticos preconceptivos y prenatales me hizo dudar, pues si bien mi trabajo consiste en analizar en qué situaciones se cumplen los elementos de la responsabilidad que darán lugar a la concesión de indemnizaciones, no hay que olvidar los problemas éticos y morales que suscita esta cuestión. Y es que, a la hora de comprobar si se cumplen los presupuestos para declarar que existe responsabilidad civil, las principales dificultades surgen al determinar el daño, ya que al plantear la posibilidad de concebir la vida como un daño estamos aludiendo a concepciones conforme a las cuales vivir con discapacidad no es vivir, y nos encontramos con un hipotético y polémico derecho a no nacer que tendría el *nasciturus*, así como con la cuestión de si la posibilidad de decidir si interrumpir o no el embarazo que

---

<sup>2</sup> STS (Sala de lo Civil), número 495/1997, de 6 de junio (RJ 1997/4610). GALÁN CORTÉS, J.C. «La acción de wrongful birth en nuestra jurisprudencia», en *Revista Española de Medicina Legal*, XXII (84-85), 1998, pp. 11.

tienen los progenitores puede concebirse como un derecho<sup>3</sup>. Tampoco será tarea fácil la determinación de la relación de causalidad, sobre todo en los diagnósticos prenatales.

Teniendo siempre presente una visión estrictamente técnica de las cuestiones jurídicas que suscitan este tipo de acciones, decido asumir el reto que supone realizar este trabajo, pues considero que todo jurista, en su profesión, debe llevar asuntos que le pueden resultar conflictivos y me parece una buena opción empezar por éste.

### 3. METODOLOGÍA

He consultado una amplia bibliografía nacional<sup>4</sup> y extranjera<sup>5</sup>, así como documentación, ya sea para ayudarme a comprender conceptos, para estructurar el hilo de mis ideas, o para colmar mis ganas de saber más. He tenido la oportunidad de manejar materiales en otros idiomas, inglés y francés, que me han hecho ver la trascendencia de las acciones objeto de mi estudio fuera de las fronteras españolas<sup>6</sup>, todo ello a pesar de las dificultades para comprender los tecnicismos que en ellos se utilizan.

En mi trabajo, empiezo haciendo una aproximación a la responsabilidad civil médica para adentrarme después en el estudio específico de las *wrongful actions* y los principales problemas que pueden suscitar. Así mismo, analizaré también si, en cada una de estas acciones, se cumplen los presupuestos de la responsabilidad civil para conceder las oportunas indemnizaciones derivadas de las mismas. Y, finalmente, reflejaré las conclusiones que he extraído de todo este estudio. En todo trabajo sobre responsabilidad civil es fundamental analizar cómo está resolviendo los casos la jurisprudencia, sobretodo en aquellos ámbitos en que no existe normativa específica, por ello, dejaré constancia de la posición de los Tribunales españoles en relación a este tipo de acciones.

3 Se ha de tener en cuenta que para hablar de estas acciones hemos de estar en un Ordenamiento jurídico en el que esté despenalizado el aborto, siempre y en todo caso atendiendo a los supuestos en los que lo está.

4 A nivel nacional ha resultado muy importante para mi trabajo la monografía de MACÍA MORILLO, A titulada *Responsabilidad civil médica por diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

5 FOWLER V. HARPER; FLEMING JAMES, J.R.; OSCAR S. GRAY, *The law of torts*, Aspez Law & Business, 1956; WILMOTH, D.D., *Wrongful birth causes of action: suggestions for a consistent analysis*, 63 Marq. L. Rev. 611, 1980; DOBBS, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn, West Group, 2000; LARROUMET, C. *Droit Civil. Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, Ed. Economica, París, 2007; MARTÍN CASALS, M. "Wrongful Conception and Wrongful Birth Cases in Spanish Law: Two Wrongful in Search of a Right" in Ulrich MAGNUS / Jaap SPIER, *European Tort Law. Liber Amicorum for Helmut Koziol*, Peter Lang. Frankfurt a. M., 2000, pp. 179-208.

6 Estas acciones tienen ya un amplio recorrido fuera de las fronteras españolas cuando llegan a nuestro país.

Sería pretencioso por mi parte pretender realizar avances científicos en la materia, tampoco creo que esté en disposición de aportar ideas originales al respecto; mi objetivo es más modesto y consiste en realizar un estudio que refleje el problema en la actualidad, aludiendo finalmente a los posibles cambios que pueden producirse si sigue adelante el Anteproyecto de Ley de Protección de la vida del concebido y de los Derechos de la embarazada.

Dejando las conclusiones para el final, comienzo este trabajo, tal y como he dicho, con una aproximación a la responsabilidad civil médica.

## I. PRIMERA PARTE. APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

En la sociedad actual, la responsabilidad civil ha pasado de ser la excepción, que supone que sólo es posible hacer soportar económicamente al causante el daño que ha producido en otros cuando haya justificación, a ser la regla general: cualquier daño debe ser indemnizado al margen de cualquier otra consideración.

Existen dos tipos de responsabilidad civil: la objetiva y la subjetiva. La responsabilidad civil médica es subjetiva, es decir, sólo se imputa responsabilidad al profesional de la Medicina si queda acreditado de alguna manera su comportamiento negligente, correspondiendo -en principio- la carga de la prueba de la culpa al paciente que demanda al médico. Se ha de tener en cuenta que este último, en su profesión, siempre se enfrenta a un riesgo, que no es otro que el propio de la enfermedad que padece el paciente, y por ello para evitar desagradables consecuencias como pueden ser reclamaciones fundadas en una actuación negligente, ha de cumplir estrictamente la *lex artis ad hoc* que se le exige<sup>7</sup>.

Hecha esta primera y breve alusión a la responsabilidad civil, y más concretamente a la responsabilidad civil médica, pasamos a analizar diferentes aspectos de la misma que ayudan a comprender mejor su significado.

### 1. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD MÉDICA DERIVADA DEL CÓDIGO CIVIL: LA OBLIGACIÓN DEL MÉDICO COMO OBLIGACIÓN DE MEDIOS

1.1. El régimen de responsabilidad del Código Civil: artículos 1101 y ss y 1902 y ss: la responsabilidad subjetiva basada en la culpa.

La regla básica en materia de responsabilidad extracontractual es la recogida en el artículo 1902 CC conforme al cual:

«El que por acción y omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

Con esto, es posible decir que la responsabilidad civil puede derivar tanto de una conducta

---

<sup>7</sup> Es más, el propio TS, en la primera sentencia que resuelve acerca de un caso de *wrongful birth* dice que en el ámbito de la Medicina los profesionales médicos han de tener una diligencia que supera en creces lo que sería el buen padre de familia. STS (Sala de lo Civil), número 495/1997, de 6 de junio (RJ\1997\4610)

activa como omisiva, lo cual interesa al objeto de nuestro estudio, ya que sería posible considerar la conducta del profesional sanitario como omisiva en aquellos casos en los que no se transmite la información necesaria a la paciente.

Así mismo, cabe citar el artículo 1101 del mismo texto normativo que, regulando la responsabilidad contractual dice:

«Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas».

De la redacción de estos dos artículos se extrae que el régimen de responsabilidad que regula el Código Civil es un régimen de responsabilidad subjetiva, de manera que para imputar responsabilidad a un sujeto por haber causado un daño, será necesario probar que lo causó con un comportamiento negligente. Es importante tener claro tal concepto puesto que, en materia de responsabilidad civil médica el criterio de imputación es la culpa del profesional médico, y que como veremos más adelante sólo será eximido de la misma en circunstancias concretas, llegando en otras a tener que probar él mismo su comportamiento diligente.

Se ha de aludir a que tal responsabilidad puede derivar tanto de una relación contractual, como de una extracontractual. Mientras que en la primera las partes se han obligado mutua y expresamente a hacer o no hacer algo por haber una obligación preexistente, en la segunda la responsabilidad se produce al margen de la posible relación obligatoria existente entre ambas partes. Así, en los casos de responsabilidad sanitaria en los que entre el causante del daño y el dañado exista una relación obligatoria previa cuyo contenido sea la prestación de servicios sanitarios habrá de aludirse al artículo 1101 CC, y para aquellos casos en los que no quepa apreciar relación obligatoria alguna que ligue al causante del daño con el dañado habrá que argumentar la oportuna pretensión en el artículo 1902 CC<sup>8</sup>.

Con la certeza de que en los siguientes sub-apartados se comprenderá en su totalidad el significado exacto de la responsabilidad por culpa, me remito a ellos sin hacer más consideraciones al respecto.

---

<sup>8</sup> ASUA GONZÁLEZ, C, «Responsabilidad civil médica», en *Tratado de responsabilidad civil* dir. por REGLERO CAMPOS, L.F., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 708.

## 1.2. La obligación del médico es una obligación de medios.

Antes de centrarnos en la responsabilidad que asume el profesional sanitario ha de quedar claro que tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual la obligación de los profesionales sanitarios es de medios y no de resultado<sup>9</sup>.

Al igual que cualquier otro profesional en su ámbito de trabajo, el médico ha de ser diligente en sus actividades, pues de lo contrario responderá por su negligencia. La diligencia que se le exige viene determinada por el tipo de obligación que asume, puesto que en aquellos casos en los que el paciente se somete a una intervención médica sin ser necesario por motivos de salud (Medicina voluntaria), el profesional sanitario ha de actuar con una diligencia superior en su deber de información, en cuanto a la información a comunicar al paciente.

Mientras que en la obligación de medios la responsabilidad del médico -contractual o extracontractual- no queda determinada a no ser que el paciente pruebe la culpa de aquél basada en una actuación negligente, cuando la obligación es de resultado, de la no consecución del resultado y de la prueba de este hecho por parte del paciente se hace derivar la presunción de culpabilidad del profesional médico<sup>10</sup> sin que pueda exonerarse de la misma, a no ser que los acontecimientos se hayan producido por fuerza mayor.

Con carácter general, el profesional sanitario asume una obligación de actividad, diligencia y prudencia, en todo caso acomodada a la *lex artis* y conforme al estado actual de la ciencia médica<sup>11</sup>, estando por ello sometido a una obligación de medios encaminada a prestar el servicio más adecuado para lograr un resultado, debido a que en según qué prácticas resulta difícil, por no decir imposible comprometerse a la obtención de un concreto resultado final<sup>12</sup>. Esta misma visión es la que comparte el TS en la Sentencia de la Sala 3<sup>a</sup>, de 10 de mayo de 2005, donde queda claro que el médico tiene una obligación de medios siempre

9 ASUA GONZÁLEZ, C, «Responsabilidad civil médica», en *Tratado de responsabilidad civil* dir. Por REGLERO CAMPOS, L.F., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 736.

10 En este tipo de obligaciones el problema se plantea en términos de causalidad y no de culpabilidad, porque el deudor sólo va a verse exonerado de responsabilidad si demuestra la ruptura del nexo causal, siendo indiferente la acreditación de que obró diligentemente o no (casos de incumplimiento no imputable). GALÁN CORTÉS, J.C. *Responsabilidad civil médica*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 78.

11 GALÁN CORTÉS, J.C. *Responsabilidad civil médica*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 74.

12 Por ejemplo, en el tema que nos ocupa cuando una mujer acude a la consulta del médico para ser atendida durante todo el proceso de su embarazo, se entiende que reclama todos los medios necesarios que le conduzcan a tener un bebé sano, así como a ser informada de las posibles patologías del feto, todo encaminado a poder tomar las decisiones libre y sopesadamente.

vinculada a su buen hacer<sup>13</sup>. Se ha de matizar además, que si bien el médico no está obligado a obtener un resultado, sí tiene una obligación de resultados parciales o intermedios, pues en su actuar con respecto al paciente va llevando a cabo distintas intervenciones<sup>14</sup>. No obstante, en el ejercicio de la que se ha dado en llamar Medicina voluntaria o satisfactiva (caso de operaciones para mejorar el aspecto físico, esterilizaciones masculinas y femeninas, intervenciones encaminadas a la procreación, intervenciones para corregir deficiencias visuales) que hace referencia a aquellas ocasiones en las que el paciente solicita de la actuación del médico sin que sea estrictamente necesario, sí se ha venido entendiendo que los profesionales asumen una obligación de resultado. Sin embargo, esta doctrina ha sido corregida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que ultimamente ha afirmado que incluso en supuestos de Medicina voluntaria -operación de cirugía estética- la obligación del médico es de medios<sup>15</sup>.

La distinción entre obligaciones de medios y de resultado permite distinguir el contrato de arrendamiento de servicios del contrato de obra<sup>16</sup>. Conforme a lo dicho, se considera que en la mayoría de las ocasiones la relación contractual establecida entre el médico y el paciente encaja en el citado arrendamiento de servicios contemplado en el artículo 1544 CC. Mediante este contrato el profesional se compromete a actuar guiado por la *lex artis ad hoc* en cada una de las fases del tratamiento del paciente; esto incluye, por supuesto, la fase de diagnóstico que es la que interesa en este estudio, puesto que es en ese

13 Cfr. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6<sup>a</sup>), de 10 de mayo de 2005 (RJ\2005\9332):

«Por más perfecta que sea la asistencia médica que se haya prestado a un paciente, hay multitud de causas que pueden determinar que una intervención quirúrgica fracase, entre otras razones, porque se está actuando sobre un cuerpo vivo, cuya complejidad, y también fragilidad, es patente. [...] Es que también puede ocurrir -y ocurre- que habiéndose respetado escrupulosamente las reglas de la *lex artis*, habiéndose actuado con arreglo a los protocolos establecidos, habiendo funcionado perfectamente el instrumental y demás medios materiales, y siendo diligente, eficaz y eficiente la actuación del equipo médico actuante, puede fracasar -total o parcialmente- el acto sanitario realizado. [...] Y por eso, para quedar libre de responsabilidad por los eventuales daños que pueda sufrir el paciente con ocasión -que no por causa- del acto médico, la Administración pública sanitaria ha de obtener previamente el consentimiento informado del paciente».

14 Cuando a lo largo de este trabajo se utiliza el término intervención, no se hace en un sentido de intervención quirúrgica, sino que se utiliza dicho término para aludir a toda práctica que lleva a cabo un profesional sanitario, sea cual sea su trascendencia y dificultad.

15 Para mejor comprensión cfr. STS (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>), número 583/2010, de 27 de diciembre (RJ\2010\5155):

«Obligación del médico es poner a disposición del paciente los medios adecuados, y en especial ofrecerle la información necesaria [...]»

16 Ante esta diferenciación cabe aludir como ejemplo las siguientes sentencias: SAP de Sevilla (Sección 5<sup>a</sup>), de 29 de abril de 2002 (JUR\2002\206917); SAP de Granada (Sección 4<sup>a</sup>), número 29/2014, de 31 de enero (JUR\2014\81927); STS (Sala de lo Civil) número 495/2006, de 23 de mayo (RJ\2006\3535); STS (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>), número 463/2013, de 28 de junio (RJ\2013\4986)

diagnóstico en el que se puede haber incumplido uno de los deberes que tenía el profesional frente a los progenitores, el deber de información; por otro lado, hay que presumir que el profesional no se habrá comprometido a lograr un resultado concreto, pues queda fuera de su alcance saber con certeza si se producirá.

El pacto celebrado entre las partes sobre si se debe o no obtener un resultado es lo que permite calificar jurídicamente la relación como de medios o de resultado<sup>17</sup>. Para que el profesional sanitario se comprometa a lograr un determinado resultado dando lugar a un contrato de obra, ha de haberlo pactado expresamente con el paciente, es lo que, se venía entendiendo que ocurría en los casos de Medicina voluntaria. El problema es que, normalmente, las partes no se pronuncian acerca de las obligaciones que se van a asumir, por lo que habrá que atender a las circunstancias de cada caso concreto para saber la voluntad de las mismas. Pero no sólo en la Medicina voluntaria se ha considerado posible encontrar obligaciones de resultado, sino que también podría entenderse que concurren cuando el profesional sanitario asume voluntariamente el riesgo derivado del resultado<sup>18</sup>. No obstante, estos contratos de obra pueden ser nulos por tener como elemento objetivo del contrato bienes como la salud, la integridad física, etc. y por ir en contra de lo previsto en el artículo 1271 del CC que prohíbe contratos cuyo objeto sean *res extracommercium*.

En conclusión, en los casos en los que el profesional sanitario ha asumido una obligación de medios, la incumple cuando desenvuelve un comportamiento contrario a la *lex artis*, mientras que en aquellos casos en los que se podría entender que se ha comprometido a la consecución de un resultado, incumpliría la obligación asumida cuando no lo logra.

### 1.3. Responsabilidad subjetiva o por culpa

Como ha quedado claro en el sub-apartado anterior, la responsabilidad que se le imputa al profesional sanitario en la mayoría de los casos, y concretamente en las dos principales acciones que estudiaremos en este trabajo (*wrongful birth* y *wrongful life*) es una responsabilidad por culpa o subjetiva, además de ser la obligación que asume una obligación

17 ALONSO PÉREZ, M.<sup>a</sup>. T, «La obligación del médico como obligación de resultado y sus consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil (A propósito de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1997)», en *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo 1998, pp. 892.

18 MACÍA MORILLO, A. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 174.

de medios. Por ello, para poder hacerle responsable de un daño se habrá de comprobar que no ha cumplido con dicha obligación de medios, cuyo punto de referencia va a ser la *lex artis ad hoc*<sup>19</sup>. Tal y como cita ASUA GONZÁLEZ aludiendo a lo dicho por el TS, la *lex artis* es un «criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina [...] que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos, para calificar dicho acto conforme o no con la técnica normal requerida [...]»<sup>20</sup>.

Algunos de los citados factores endógenos o externos son aquellos que hacen referencia al estado de salud del paciente, al ámbito que le rodea, a las propias circunstancias en las que se desarrolla la actuación médica, etc.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 18 de diciembre de 2006<sup>21</sup> viene a decir esto mismo aludiendo a que la responsabilidad que puede imputarse al médico por una acción u omisión negligente o culposa está vinculada al hecho de no haber puesto en práctica la *lex artis ad hoc* que ha de inspirarle en su actuar. Está aquí reflejando el Alto Tribunal la obligación de medios que le es exigible al profesional sanitario.

Si por el contrario, la responsabilidad del profesional sanitario se calificase como objetiva<sup>22</sup> daría igual que hubiese o no culpa, pues la máxima por la cual se rige este tipo de responsabilidad es que se responde por el daño producido sean cuales sean las circunstancias, situación, personas,etc. que lo han provocado.

No obstante, se ha de tener en cuenta que el resultado de la actividad de los profesionales sanitarios está sujeto al azar, puesto que a pesar de tomar todas las precauciones necesarias y de cumplir con la *lex artis ad hoc* no hay que olvidar que el cuerpo humano es una "máquina imperfecta", y en cualquier caso, no es posible saber cómo va a evolucionar en

19 El término *lex artis* proviene del latín y significa la ley del arte. Hace referencia a un sentido de apreciación sobre si la tarea llevaba a cabo por el profesional es o no correcta, y si se ajusta o no a lo que debe ajustarse. En el caso de los profesionales sanitarios ha de ajustarse a cada caso concreto, y por ello se aludirá a la misma con el vocablo latino *lex artis ad hoc*.

20 ASUA GONZÁLEZ, C, «Responsabilidad civil médica», en *Tratado de responsabilidad civil* dir. por REGLERO CAMPOS, L.F., Ed.Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 78-79.

21 STS (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>), número 7801/2003, de 18 de diciembre (ROJ 7942/2006). Así mismo cfr. la STS (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>), número 922/2005, de 24 de noviembre (RJ\2005\7855) el Alto Tribunal dice que:

«[...] en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico, ha descartado toda clase de responsabilidad más o menos objetiva [...] habrá de responder incluso del riesgo típico si el daño se debió a una actuación descuidada o a la aplicación de técnicas descuidadas [...]»

22 Remito a lo dicho en el sub-apartado anterior para recalcar lo que este tipo de responsabilidad implica.

cada caso concreto. A un médico no se le puede exigir evitar complicaciones que aun siendo previsibles son inevitables; otra cosa es la necesidad de haber informado sobre tales riesgos y sus posibles consecuencias (información y consentimiento informado del que hablaré más adelante)<sup>23</sup>. Así mismo, en aquellos casos en los que no haya una opinión unánime en cuanto a la técnica que ha de utilizarse, no puede exigírselle responsabilidad al profesional sanitario si usa una de las técnicas discutidas teniendo en cuenta todas las prevenciones necesarias (información al paciente, consentimiento informado, cuidado en la intervención, precisión, etc.)<sup>24</sup>. De igual modo, el paciente ha de colaborar con el médico en todo lo posible, puesto que una omisión de datos que pueden resultar de interés puede dar lugar a consecuencias fatales que, en ningún caso, provocarían responsabilidad en el médico, pues éste pudo ver entorpecida su labor en la no colaboración del paciente.

En el tema objeto de este trabajo es de gran importancia el error de diagnóstico que en ocasiones cometan los profesionales sanitarios, puesto que una de las causas por las que se interponen acciones por *wrongful birth* o *wrongful life* es el error en el diagnóstico de enfermedades que tenía el feto durante la gestación, o también posibles enfermedades que este podría tener y que pueden ser detectadas incluso antes de ser el mismo concebido (acciones por *wrongful conception*)<sup>25</sup>. Para saber si dicho diagnóstico se realizó erróneamente habrá de examinarse el momento en que se hizo, teniendo en cuenta todas las circunstancias, puesto que si lo analizásemos en el momento en que se está imputando responsabilidad no estaríamos siendo exactos<sup>26</sup>.

No todo diagnóstico equivocado provoca responsabilidad, ya que no es exigible que el médico siempre acierte en su diagnóstico, así como tampoco es siempre sancionable su error<sup>27</sup>, se ha de tener en cuenta que no sólo influye su intervención, sino los factores externos

---

23 En este sentido cfr. la STS (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>), número 544/2007, de 23 de mayo. (RJ\2007\4667) conforme a la cual:

«[...] relación como de un arrendamiento de obra, sin embargo, también es cierto que ello no conlleva la ineluctable consecuencia de que dicho personal sanitario debe de responder en todo caso en el que el resultado no termine siendo el proyectado, pues siempre podrán incidir en dicho resultado factores ajenos al propio actuar médico [...] tan sólo le es achacable la hipotética falta de diligencia profesional [...]»

24 La culpa comenzaría donde terminen las discusiones científicas. GALÁN CORTÉS, J.C. *Responsabilidad civil médica*, Ed. Aranzadi. Pamplona, 2011, pp. 118.

25 Muestra de ello es la SAP de Málaga (Sección 6<sup>a</sup>), número 80/2000, de 31 de marzo. (AC\2000\915)

26 LARROUMET, C. *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, Ed. Economica, París, 2007, pp. 730.

27 La SAP de Vizcaya (Sección 3<sup>a</sup>), número 386/2001, de 9 de abril (AC\2002\159) pone de manifiesto que no cabe la imputación de responsabilidad en caso de simple error científico o de diagnóstico equivocado, salvo cuando por su propia categoría o entidad cualitativa o cuantitativa resulte de extrema gravedad.

antes mencionados. Sólo será posible exigirle tal responsabilidad cuando obvió los deberes a los que está obligado y que forman parte de la *lex artis*, es decir, cuando ha sido negligente. Además, el médico, al igual que ocurre con otros muchos profesionales, ha de actualizar sus conocimientos de manera continuada pues por el deber que le exige utilizar las técnicas necesarias en cada caso, le resulta imprescindible mantener las mismas al día<sup>28</sup>.

ATÁZ LÓPEZ clasifica el error según los factores que lo han causado. El primer supuesto de tal clasificación es aplicable al tema de nuestro estudio, puesto que el médico actúa sin la diligencia debida en la emisión de un diagnóstico, provocando así un error de diagnóstico que podía haberse evitado atendiendo a la técnica debida<sup>29</sup>.

#### 1.4. La inversión de la carga de la prueba y mecanismos usados para provocarla

En cualquier pretensión indemnizatoria en clave contractual ha de acreditarse el incumplimiento de la obligación -que es de medios-, el daño y la relación de causalidad. En cambio, si estamos ante una reclamación con fundamento extracontractual, la prueba propiamente dicha hará alusión a la culpa o, en su caso, a la negligencia, pero también al daño y a la relación de causalidad.

No obstante, como la obligación de medios se traduce en el desenvolvimiento diligente de la actividad profesional -adecuada a la *lex artis ad hoc*- resulta que su incumplimiento equivale a actuar negligentemente, de modo que los presupuestos de la responsabilidad civil son los mismos con independencia de que la relación sea contractual o extracontratual: en ambos casos la imputación al profesional médico de la responsabilidad requerirá la concurrencia -y acreditación en el proceso- de la culpa, del daño y del nexo causal entre el comportamiento negligente y dicho daño.

A pesar de que como ha quedado reflejado en la breve introducción del apartado dos,

28 «La formación médica continuada es un deber ético, un derecho y una responsabilidad de todos los médicos a lo largo de su vida profesional.» Artículo 7.3 Código de Deontología Médica. Organización Médica Colegial de España.

29 El primer caso de error se produce porque en el proceso psíquico de formación del juicio ha faltado la confrontación con parámetros o criterios reconocidos como correctos en el particular campo de examen, y por tanto, tal juicio no resulta convalidado; en el segundo, los parámetros han sido correctamente utilizados, pero la deducción ha sobrepasado los límites de su aplicabilidad; en el tercero, el parámetro válido a los fines de evaluación, se revela extraño en el ámbito en el cual se desenvuelve la investigación crítica, y se verificará así el cambio de una categoría por otra; y por último, el parámetro es apropiado, pero incapaz de discriminar el caso concreto. ATAZ LÓPEZ, J. *Los médicos y la responsabilidad civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 311-312.

la carga de la prueba corresponde al paciente demandante (*Incumbit probatio ei qui dicit, non qui nega*), en ocasiones, la estricta aplicación de las normas sobre la carga de la prueba (art. 217 LEC2000) puede dar lugar a acentuar la desigualdad existente en la relación entre el profesional sanitario y el paciente, desigualdad que hace alusión -en lo que ahora nos afecta- a las posibilidades que tiene cada uno de ellos para conseguir las pruebas que demuestren la inocencia o culpabilidad.

Se han desarrollado instrumentos que permiten suavizar tales exigencias sin provocar la sobrecarga de responsabilidad en los profesionales sanitarios. Pasamos a mencionar alguno de estos mecanismos.

Debido a la estrecha relación entre el principio de aportación del que afirma y la facilidad probatoria<sup>30</sup> se puede proceder a una inversión de la carga de la prueba haciéndola recaer sobre aquél que se encuentre en mejores condiciones procesales para aportarla, y así lo dice el artículo 217.7 LEC2000<sup>31</sup>. En definitiva, se trata de la inversión de la carga de la prueba a través de lo que sería una distribución dinámica de la misma por encontrarse el profesional sanitario en mejores condiciones para acreditar un hecho determinado<sup>32</sup>.

Uno de los mecanismos usados para atenuar el régimen de la carga de la prueba con respecto al paciente demandante ha sido la configuración de algunas obligaciones de los profesionales sanitarios como de resultado (en casos de Medicina voluntaria). Y es que, en caso de tratarse de una obligación de resultado, la carga de la prueba de los presupuestos de la responsabilidad también recae sobre el demandante, pero se deriva una presunción de culpa de la no obtención de resultado, de modo que la posición en el proceso del demandante es mucho más cómoda. Ya hemos dicho que esta tendencia se ha revertido en la última jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TS.

Además, la atenuación del régimen de la carga de la prueba en relación al paciente demandante se ha operado también a través de *la doctrina de los daños desproporcionados*.

---

30 GALÁN CORTÉS, J.C. *Responsabilidad civil médica*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 124-133.

31 El artículo 217 LEC2000, en su apartado 7 dice:

«Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio».

32 Es posible aludir a la SAP de Madrid (Sección 11<sup>a</sup>), número 549/2013, de 10 de octubre (AC\2013\2119): «[...] en el ámbito de la responsabilidad por culpa profesional la carga de la prueba se invierte, de modo que al perjudicado sólo se le exige probar el daño emanado de una actuación profesional, y es sobre el profesional sobre quien recae la carga de probar que su actuación fue diligente y conforme con la *lex artis*, pues de su lado está la facilidad probatoria a que se refiere el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

y a la STS (Sala de lo Civil), número 63/2003, de 31 de enero (RJ\2003\646).

En la actualidad, viene siendo frecuente la idea de la presunción judicial de culpa debido a que, en ocasiones, las consecuencias derivadas de un acto médico llevan a decir, sin más, que dicho acto es manifiestamente negligente, puesto que tales consecuencias son desproporcionadas en relación a las que se hubieran producido en caso de haberse llevado a cabo la intervención médica correctamente. Por ende, si la actuación médica se hubiera llevado a cabo en condiciones normales no se habría producido el daño, deduciéndose de este modo que el profesional sanitario no actuó con la diligencia debida<sup>33</sup>.

Con esta presunción, el juzgador da por acreditada la culpa, de modo que la demanda de responsabilidad puede estimarse sin que haya de probarse la culpa del demandado, y siendo éste el que tiene la carga de probar que llevó a cabo la actividad con la diligencia debida para así librarse de la responsabilidad que se le imputa, no siendo necesario que pruebe la causa exacta del daño, sino que bastará con que alegue una explicación causal compatible con su presunta negligencia<sup>34</sup>.

En virtud de esta doctrina, el daño sirve de elemento de imputación de responsabilidad civil aun cuando la culpa y el nexo casual se intuyen pero no se pueden demostrar.

## 2. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ARTÍCULO 148 TRLGDCU Y SU APLICACIÓN AL ÁMBITO MÉDICO

¿Es aplicable el Derecho de Consumo a la responsabilidad por daños derivados de la prestación de servicios médicos?

En el artículo 148 del TRLGDCU se establece un régimen de responsabilidad objetiva, al igual que se hacía en el artículo 28 de la derogada LGDCU que ha dado lugar al nuevo Texto Refundido. Este precepto -el artículo 148 TRLGDCU- se aplica únicamente a los daños originados en el correcto uso de los servicios<sup>35</sup> y la responsabilidad objetiva se establece sin

33 Para entender mejor esta doctrina crf. STS (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>), número 1108/2004, de 17 de noviembre (RJ\2004\7238); STS (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>), número 836/2007, de 19 de julio (RJ\2007\4692) y STS (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>), número 1/2011, de 20 de enero (RJ\2011\299) que dice: «La doctrina llamada del daño desproporcionado [...] comporta [...] el reconocimiento de que la forma de producción de determinados hechos es susceptible de evidenciar en principio, con sujeción a reglas de experiencia, la concurrencia de la falta de medidas de diligencia, prevención y precaución exigible según las circunstancias [...]»

34 GALÁN CORTÉS, J.C. *Responsabilidad civil médica*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 239-243.

35 BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentario del Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias : (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Ed. Civitas, Madrid, 2009, pp. 1269.

matiz alguno a diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad por productos defectuosos. La aplicación de este texto normativo queda supeditada a la existencia de un incumplimiento de los niveles de pureza, eficacia o seguridad exigibles que ha provocado daños cuando se estaba haciendo un uso correcto de los servicios.

A pesar de que en la actualidad la noción de que el artículo 148 del citado texto normativo establece un régimen de responsabilidad objetiva pura ya está asentada, ha habido gran discusión al respecto, pues durante mucho tiempo se pensó que prevalecía el elemento culpabilístico. Donde mayor controversia se ha generado al respecto es en el ámbito sanitario, cuyos servicios quedan expresamente citados en el apartado 2 del artículo 148.

La controversia en cuanto a la responsabilidad que puede derivarse de los daños causados con ocasión de la prestación de servicios sanitarios gira en torno a la consolidada afirmación de que la obligación que asumen los profesionales sanitarios es de medios y no de resultados, por lo que se exigirá culpa para imputarles responsabilidad. Por ello, considerar aplicable el artículo 148 TRLGDCU, que recoge un sistema de responsabilidad objetiva, a los servicios sanitarios, supondría contradecir una consolidada jurisprudencia que viene afirmando que en el ámbito sanitario se exige culpa para imputar responsabilidad.

Ante esta situación, la Sala 1<sup>a</sup> del TS, que en principio se mostró muy reacia a aplicar el TRLGDCU a supuestos de responsabilidad sanitaria, se decantó por resolver el problema diferenciando dos supuestos: uno en el que se hacía responsable al médico como profesional que realiza una actividad científica y para el que se seguiría exigiendo culpa, y otro, en el que se hacía responsable al centro sanitario en el que los profesionales sanitarios realizaban su labor y cuyo régimen de responsabilidad sería objetiva, estableciendo así la novedad. El cambio de la jurisprudencia es fruto de la STS de 1 de julio de 1997<sup>36</sup>, en la que se considera al paciente como un verdadero usuario que ha utilizado los servicios sanitarios y que por ello se encuentra en una posición en la que puede exigir al centro sanitario una indemnización basada inicialmente en criterios objetivos<sup>37</sup>. En la actualidad este precepto se aplica por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo cuando el daño es provocado por cuestiones relacionadas con la organización de la prestación de servicios médicos en el centro sanitario<sup>38</sup>.

36 STS (Sala de lo Civil), número 604/1997, de 1 de julio (RJ\1997\5471)

37 GALÁN CORTÉS, J.C. *Responsabilidad civil médica*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 279.

38 Para entender mejor la aplicación del art. 148 TRLGDCU cfr. STS (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>), número 463/2013, de 28 de junio:

«[...] la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha».

También ha de recalcarse que por mucho que se afirme que el artículo 148 TRLGDCU determina la sumisión de los servicios sanitarios a un sistema de responsabilidad objetivo, el precepto no ha sido utilizado por el Tribunal Supremo para atribuir responsabilidad sin hacer presente de alguna manera la culpa<sup>39</sup> y, en ningún caso se ha aplicado la relación al desenvolvimiento de la actuación médica en sí misma.

Debido a toda la discusión acerca de aplicar el régimen de responsabilidad objetiva del TRLGCU a la prestación de servicios sanitarios que ha desembocado en el sistema actual, parece oportuno aludir brevemente a las causas que determinan su aplicación. En primer lugar, al paciente se le ha caracterizado como consumidor<sup>40</sup>, puesto que cumple con las condiciones establecidas en el artículo 3 Texto Refundido. En segundo lugar, la otra parte de la relación prestada, es decir, el centro sanitario encaja en la definición otorgada por el artículo 4 del citado texto en cuanto a prestador de servicios o empresario<sup>41</sup>; a pesar de que, en determinados supuestos es posible asimilar a prestador de servicios al propio médico que los presta, a la actividad propiamente médica desenvuelta por éste no se entiende aplicable este precepto.

En conclusión, el artículo 148 TRLGDCU sólo será aplicable a los servicios sanitarios para imputar responsabilidad, que será objetiva, al centro sanitario donde se prestan tales servicios y por cuestiones de organización.

---

así como la STS (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>), número 1227/2007, de 15 de noviembre (RJ\2007\8110).

39 ASUA GONZÁLEZ, C, «Responsabilidad civil médica», en *Tratado de responsabilidad civil* dir. Por REGLERO CAMPOS, L.F., Ed. Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 792.

40 Artículo 3 TRLGDCU:

«[...] son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.»

41 Artículo 4 TRLGDCU:

«[...] se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.»

## **II. SEGUNDA PARTE. ESTUDIO DE LAS *WRONGFUL ACTIONS***

### **1. CLASES DE *WRONGFUL ACTIONS*, SU CONCEPTO Y PRINCIPALES PROBLEMAS QUE SUSCITAN**

#### **1.1. Clases**

Hasta ahora, se ha tratado de establecer un marco general de la responsabilidad civil médica, intentando relacionarla con las acciones objeto de estudio de este trabajo. Ahora nos centramos en el tema del trabajo: las *wrongful actions*.

Las *wrongful actions* son acciones encaminadas a imputar responsabilidad por haber privado a la madre de la posibilidad de evitar o de terminar el embarazo, y son de tres tipos: *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life*. Teniendo siempre presente que en ninguna de estas acciones se está alegando que fuera el facultativo el que causare la discapacidad al feto<sup>42</sup>.

Antes de profundizar en su explicación se ha de precisar que sus denominaciones no coinciden en todos los autores<sup>43</sup>, vienen del Derecho norteamericano y aunque pueden ser traducidas al castellano (*wrongful conception* como embarazo injusto, *wrongful birth* como nacimiento injusto y *wrongful life* como vida injusta), nuestras traducciones no reflejan todo su contenido, además de que la terminología anglosajona está más aceptada y extendida<sup>44</sup>, por lo que como hace la mayoría de sus estudiosos, a lo largo de este trabajo se usará la

---

42 Alguna de las sentencias estudiadas en este trabajo y en las que se explica detalladamente la noción de estas acciones son las siguientes: SAP de Las Palmas (Sección 5<sup>a</sup>), número 41/2005, de 25 de enero (AC\2005\339); SAP de Cádiz (Sección 1<sup>a</sup>), de 17 de noviembre de 2002 (AC\2002\1929); SAP de Gerona (Sección 1<sup>a</sup>), número 188/2013, de 6 de mayo. (AC\2013\1460); SAP de Albacete (Sección 1<sup>a</sup>), número 244/2002, de 30 de octubre (AC\2002\1867). Quiero destacar las Sentencias de la AP de las Islas Baleares (Sección 5<sup>a</sup>), número 59/2013, de 15 de febrero (AC\2013\2036); de la AP de Salamanca (Sección 1<sup>a</sup>), número 485/2006, de 29 de noviembre (JUR\2007\194526) y la de AP de Tarragona (Sección 1<sup>a</sup>), número 411/2008, de 28 de octubre (JUR\2009\78233) en las que se detalla con precisión el significado de las *wrongful actions* explicando todo lo que estas acciones conllevan.

43 ATAZ LÓPEZ, J. «Las *wrongful actions* en materia de responsabilidad médica», en *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 343.

44 MARTÍN CASALS, M. «Wrongful conception and wrongful birth cases in Spanish Law: two wrongs in search of a right» in Ulrich MAGNUS / Jaap SPIER, *European Tort Law. Liber Amicorum for Helmut Koziol*, Peter Lang. Frankfurt a. M., 2000, pp 182-183; MACÍA MORILLO, A. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 52.

denominación comúnmente admitida: *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life*.

La aparición de las acciones de *wrongful birth* y de *wrongful life* se debe a la disponibilidad de modernas y novedosas técnicas para llevar a cabo diagnósticos prenatales<sup>45</sup>, así como por la generalizada legalización del aborto. Se interponen para lograr un resarcimiento económico por la actuación del profesional sanitario, puesto que de no haber sido por su negligencia, los progenitores habrían obtenido la información de los males o defectos que padecían sus descendientes, y habrían podido adoptar una decisión, respecto de la posibilidad de abortar<sup>46</sup>. Por su parte, los diagnósticos preconceptivos<sup>47</sup> tienen relevancia en cuanto a las acciones *wrongful conception*.

#### A) *Wrongful conception*

Las acciones de *wrongful conception*, hacen alusión a daños producidos por la negligente actuación del médico anteriores a la concepción del feto, y que derivan en el nacimiento de un hijo no deseado. Es decir, se trata de una reclamación de responsabilidad civil consecuencia de una anticoncepción fallida<sup>48</sup>.

Los progenitores habían tratado de evitar la concepción mediante la esterilización voluntaria, el uso de métodos anticonceptivos o la práctica de un aborto. Lo que ocurre es que estas prácticas sanitarias a las que se someten los progenitores fracasan y nace un niño no deseado, hecho que se pretende que puede ser constitutivo de un daño; puede ser también que

45 ÁNGEL YÁGUEZ, R. de, «Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad, Parte I», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1996, Nº 4, pp. 108, pone de manifiesto que el diagnóstico genético prenatal se trata de una de las partes o momentos del llamado consejo genético, que a su vez es el proceso de comunicación que tiene por objeto los problemas humanos relacionados con la existencia, o el riesgo de existencia, de un trastorno genético en una familia. Por otro lado, según GALÁN CORTÉS, el diagnóstico prenatal es el conjunto de procedimientos de que dispone la ciencia médica para diagnosticar un defecto congénito del feto. GALÁN CORTÉS, J.C. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 327; o tal y como lo define la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, las «acciones dirigidas a descubrir durante el embarazo un defecto congénito, entendiendo éste como toda anomalía del desarrollo morfológico, estructural, funcional o molecular presente al nacer, externa o interna, familiar o esporádica, hereditaria o no, única o múltiple».

46 DOBBS, D.B. *The law of torts*. St. Paul. Minn, West Group, 2000, pp. 791; MACIA MORILLO, A. «Negligencia médica en el seguimiento del embarazo y responsabilidad por *wrongful birth*. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 24 de octubre de 2008», en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Nº 18, 2008, pp. 200.

47 Los diagnósticos preconceptivos son aquellos que se llevan a cabo antes de concebir al feto y que otorgan información acerca de las enfermedades o malformaciones que un eventual feto puede padecer.

48 ATAZ LÓPEZ, J. «Las *wrongful actions* en materia de responsabilidad médica» en *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 342.

dichas intervenciones médicas hayan terminado con éxito, pero el profesional sanitario no proporciona a los progenitores la información suficiente acerca de los cuidados y precauciones que tenían que llevar a cabo para evitar consecuencias indeseadas. En estos supuestos, se ha entendido que nos podríamos encontrar más que ante una obligación de medios ante una obligación de resultado, puesto que se busca un resultado concreto que es evitar el nacimiento de descendencia y en cuyo caso se acentúa la obligación del médico de obtener un resultado e informar sobre los pormenores y riesgos de la intervención.

Se suele reclamar indemnización por los gastos económicos derivados de la llegada de un nuevo miembro a la familia que no era deseado, así como, en ocasiones por el daño moral que ha causado el embarazo no deseado<sup>49</sup>.

Difieren de las acciones de *wrongful birth* en que la madre no demanda la posibilidad de terminar con el embarazo<sup>50</sup>, ni necesariamente acoge un daño de salud o genético del niño<sup>51</sup>, sino porque se ha vulnerado su libertad de procreación.

#### *B) Wrongful birth*

En las acciones de *wrongful birth*, son los padres los que interponen reclamaciones en nombre propio para conseguir una indemnización que ayude a paliar los efectos de la privación de la posibilidad de decidir si someterse o no a un aborto. Con esto se deduce se refieren temporalmente al momento posterior a la concepción y, además y a diferencia del supuesto anterior, nos encontraríamos ante una concepción deseada.

La conducta negligente del profesional sanitario puede derivar tanto de no habersele informado a la madre del riesgo de concebir un hijo con malformaciones ni de las técnicas de diagnóstico prenatal, como de aquellos casos en los que las técnicas se realizan defectuosamente dando lugar a resultados erróneos o habiéndose realizado correctamente los resultados no llegan a ser conocidos por los padres dentro del plazo legalmente establecido que permite la interrupción del embarazo (hasta ahora dentro de las 22 primeras semanas de

49 MACÍA MORILLO, A. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp 53.

50 Gracias al objeto característico de estas acciones están más extendidas en todos los ordenamientos y no choca con la legislación de aquellos Estados en los que está prohibido el aborto y en los cuales rechazan las acciones de *wrongful birth* y aceptan las de *wrongful conception*.

51 DOBBS, D.B, *The law of torts*, West Group, St. Paul, Minn, 2000, pp 793.

gestación en casos de aborto por grave riesgo para la vida del feto o para la madre<sup>52</sup>).

Los padres suelen reclamar, por un lado, la indemnización por el daño moral que les ha producido el hecho de tener un hijo discapacitado por habérseles privado de la posibilidad de abortar o no<sup>53</sup>, y, por otro lado, una indemnización económica para poder hacer frente a los gastos extraordinarios necesarios para el cuidado de un hijo discapacitado.

Surge un problema en cuanto a la privación de la posibilidad de abortar, pues no se puede asegurar con certeza que la madre de haber sabido los padecimientos que afectaban al feto, hubiera abortado. Ha habido casos en los que la madre lo había manifestado expresamente al profesional para el caso de que se observaran malformaciones en el feto a lo largo de todo el proceso de seguimiento del embarazo, pero en otros en los que esto no era tan seguro se ha llegado a admitir que por el hecho mismo de querer someterse a dichas pruebas ya se conocía implícitamente la voluntad de abortar en caso de haber malformaciones en el feto. A pesar de las posibles presunciones, este es un tema susceptible de generar discusión<sup>54</sup>. En cualquier caso, es doctrina actual de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que la falta o defectuosa información proporcionada sobre la situación del feto puede afectar a la libertad de la mujer, con independencia de su voluntad de querer someterse a prácticas abortivas o no.

Este tipo de acciones, tienen ya cierto recorrido en España y se incrementa el número de demandas en este tipo de supuestos.

### C) *Wrongful life. El caso Perruche*

Por último, tan sólo queda citar las acciones de *wrongful life*. Éstas son interpuestas por el propio niño nacido con discapacidad -representado por sus representantes legales en caso de ser menor de edad-. En ellas se reclama indemnización por los daños económicos que implica la vida enferma, y también el hecho mismo de haber nacido puesto que el nacido enfermo considera que hubiera sido mejor no nacer, que nacer y vivir con la discapacidad que

52 Digo hasta ahora porque la situación actual variará si sigue adelante el Anteproyecto de Ley que regula los supuestos en los que está permitido el aborto.

53 Daño moral que surge por la carga, y la aflicción que los progenitores tienen que soportar debido a la existencia de un hijo con una enfermedad incurable y que afecta a su calidad de vida.

54 En la SAP de Cádiz (Sección 1<sup>a</sup>), de 17 de noviembre de 2002 (AC\2002\1929) se da un supuesto en el que no se acredita que la madre, en caso de haber sabido la situación en la que se encontraba el feto, hubiera abortado. Esto mismo ocurre en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>), número 836/2007, de 19 de julio (RJ\2007\4692), en la que la madre embarazada le comunicó al doctor que si el feto padecía síndrome de Down optaría por la interrupción voluntaria del embarazo.

padece.

Aceptar este tipo de *wrongful actions* implica aceptar que el hecho de nacer es un daño. Por esto mismo, y, a diferencia de lo que ocurre con las acciones de *wrongful conception* y las de *wrongful birth*, son rechazadas por los Tribunales Españoles, al no poder concebirse que la vida del niño pueda constituir un daño<sup>55</sup>.

Fuera de nuestras fronteras, ha habido Tribunales que han concedido indemnizaciones derivadas de acciones de *wrongful life* por los gastos médicos que podrían haberse obtenido por los padres a través de las acciones de *wrongful birth*<sup>56</sup>. De todos modos, se ha de decir que en la mayoría de las ocasiones, las acciones de *wrongful birth* y de *wrongful life* son ejercitadas simultáneamente.

En la jurisprudencia francesa encontramos un caso de *wrongful life* que marcó precedente en todo el ámbito de estudio de la responsabilidad civil médica derivada de diagnósticos preconceptivos y prenatales: el caso Perruche<sup>57</sup>.

En el citado caso, los padres reclamaron al médico y al laboratorio no sólo una indemnización personal (*wrongful birth*), sino también en favor de su hijo (*wrongful life*). A pesar de que ambas fueron aceptadas, la segunda, ejercitada diez años más tarde, merece más atención. Los hechos son los siguientes: Josette Perruche, embarazada, ante una infección de rubéola de su hija mayor, pidió un diagnóstico prenatal con la intención de saber si su futuro

55 Surge aquí el dilema de si existe o no un derecho a no nacer, el cuál llevaría a plantearse problemas éticos por ser necesario aludir a la conciencia de la vida de cada uno. Tal y como se decía en la introducción, en este trabajo se intenta reflejar el problema desde una perspectiva estrictamente jurídica por lo que no nos adentramos en estas consideraciones éticas.

Cabe citar de entre nuestra jurisprudencia la STS (Sala 1<sup>a</sup>), número 1184/2003, de 18 de diciembre (RJ\2003\9302) en la que aunque inicialmente los padres interponen acción de responsabilidad civil tanto en su nombre como en el de su hijo, a lo largo de la sentencia se estudia tan sólo el daño que se ha producido en los padres, es más, finalmente sólo se recoge la indemnización que ha de concederse a éstos; la STSJ Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1<sup>a</sup>), número 1076/2013, de 7 de octubre (JUR\2013\325263) no admite la calificación del nacimiento como daño; y además, en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>), número 1197/2007, de 23 de noviembre (RJ\2008\24) se dice:

«El daño ocasionado por esta falta de información afecta en exclusiva a los padres demandantes a los que se ha ocasionado un daño moral al verse privados de la información necesaria para poder tomar de forma adecuada sus decisiones. Debe descartarse que se haya producido un daño a la menor, ya que esta Sala ha venido considerando, desde la sentencia de 5 junio 1998 (RJ\1998\4275), que no puede admitirse que este tipo de nacimientos sea un mal en sí mismo».

56 DOBBS, D.B, *The law of torts*. West Group, St. Paul, Minn, 2000, pp. 792.

57 Sentencia del Tribunal de Casación Francés de 17 de noviembre de 2000. Tal y como hace referencia a tal caso el Tribunal de Casación Francés, en la medida en que los errores cometidos por un médico y un laboratorio durante la ejecución de los contratos firmados con una mujer embarazada le hayan impedido ejercer su derecho de interrumpir su embarazo para evitar el nacimiento de un niño con algún tipo de minusvalía, éste último puede demandar la reparación del perjuicio resultante de dicha minusvalía y causado por los errores en cuestión.

bebé padecía también dicha enfermedad, en cuyo caso abortaría. Tanto el médico como el laboratorio que realizaron las pruebas concluyeron erróneamente que el feto estaba sano, Josette continuó con su embarazo y meses después nació Nicolás, que padecía graves trastornos. Se había producido una violación de la obligación de informar que tenían los profesionales sanitarios que había impedido a la madre someterse a un aborto. Los padres obtuvieron para su hijo una indemnización por *wrongful life*, lo que provocó un gran debate acerca de la posibilidad de considerar la vida como un daño y la existencia de un derecho a no nacer.

El caso Perruche tuvo fuertes críticas, pues a pesar de existir una relación de causalidad entre la falta de información del profesional sanitario y el daño a la madre, no la hay en cuanto a la enfermedad del niño, pues ésta no ha sido provocada por la actuación de dicho profesional. Además, el interés del niño podría calificarse como ilegítimo aludiendo a que la vida discapacitada no es un perjuicio. Todo esto hizo que se promulgara en Francia la *Loi du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, cuyo artículo 1 prohibía expresamente la indemnización derivada de acciones *wrongful life* a partir de su entrada en vigor<sup>58</sup>. Esta ley fue aprobada por unanimidad en el Parlamento francés; sólo votó en contra de su aprobación una diputada contraria al aborto que vio en la ley ciertos matices de eugenios.

## 1.2. Principales problemas que suscitan: legitimación activa, comportamiento negligente del profesional y daño

Con carácter general enumero los principales problemas que suscita la responsabilidad civil médica en este tipo de acciones.

En primer lugar, hago alusión al comportamiento negligente de los profesionales sanitarios y al daño derivado del mismo, sin embargo, dejo la profundización sobre el fondo del asunto para los siguientes apartados de este trabajo.

La responsabilidad civil que cabría exigir a los médicos deriva de la falta de información proporcionada a los progenitores: la obligación de información forma parte de la

---

58 LARROUMET, C. *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, Ed. Economica, París, 2007, pp. 712-715.

*lex artis ad hoc* exigida a los profesionales sanitarios<sup>59</sup>.

Dejando de lado por un momento las acciones *wrongful conception*, tanto las acciones *wrongful birth* como las *wrongful life* son planteadas, con sus respectivas diferencias, por el nacimiento de un niño que padece enfermedades psicofísicas. En estas acciones, como decía, no se pone en duda la buena praxis del profesional en cuanto a su actuar técnico, sino que se alude a que a pesar de que el profesional sanitario respetó y siguió en todo momento las instrucciones técnicas que debía aplicar en el desenvolvimiento del trabajo médico propiamente dicho, pudo cometer una negligencia en relación al deber de información al paciente. Cuando, concurriendo ese incumplimiento del deber de información nace un niño enfermo, se suscita la duda de si se ha privado a la madre de la posibilidad de decidir si interrumpir o no el embarazo; cuestión ésta más controvertida en cuanto a las acciones *wrongful life* puesto que éstas son ejercitadas por el propio niño, y aquél no puede saber si su madre hubiera o no abortado sin preguntarle a ella misma.

Derivado de la falta de certeza acerca de si la madre hubiera o no abortado en caso de saber que el feto padecía defectos o malformaciones surge el problema de la determinación de los cursos causales no verificables ya introducido anteriormente y que trataremos en el apartado dedicado a la relación de causalidad haciendo referencia a la dificultad de determinar la existencia de una relación de causalidad entre la conducta negligente del profesional sanitario y el resultado final (nacimiento de un niño enfermo por haber privado a la madre de la posibilidad de someterse a un aborto).

Estamos ante un tema delicado, pues aunque en la actualidad la Medicina es cada vez más certera y segura, no hay que olvidar los porcentajes de fallo. Así, en ocasiones la actuación de los médicos y su análisis dan lugar a falsos positivos o negativos. Mientras que en los falsos positivos<sup>60</sup> se da una información que ratifica la existencia de una enfermedad que puede llevarles a interrumpir el embarazo, en los falsos negativos sucede lo contrario, es

59 ATAZ LÓPEZ, J. «Las *wrongful actions* en materia de responsabilidad médica», en *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 342.

60 Es posible traer a colación los falsos positivos que se han producido en varias ocasiones en los diagnósticos del VIH, puesto que cabe asimilar los errores que se producen en ellos con los que interesan en el presente tema de estudio, son los siguientes: aquellos en los que el error es debido al mal funcionamiento del centro sanitario donde es atendido el paciente; aquellos otros en los que el error es debido al mal funcionamiento del test o de los métodos de detección; y, por último, los que derivan de una errónea lectura o interpretación del resultado del test. SEUBA TORREBLANCA, J.C.; RAMOS GONZÁLEZ, S; LUNA YERGA, A. «Falsos positivos. La responsabilidad civil derivada del diagnóstico erróneo de enfermedades», en *Indret*, Barcelona, 2002. [www.indret.com](http://www.indret.com)

decir, el médico emite un diagnóstico del que se extrae que el feto no padece ninguna enfermedad y en el momento de su nacimiento se observa que sí. Son los casos de falsos negativos los que dan lugar a las reclamaciones<sup>61</sup> objeto de este trabajo, puesto que derivado de ese error en el diagnóstico nace un bebé enfermo habiéndoles privado a los progenitores de la posibilidad de decidir si someterse o no a un aborto.

No es tema menos discutido la legitimación para ejercitar estas acciones que ya adelantaba en párrafos anteriores. A pesar de que en la mayoría de los casos se habla de que los progenitores interponen las acciones, surge la duda acerca de si el padre está también legitimado para ello, no hablo aquí de las acciones *wrongful life* puesto que en éstas los padres, ambos dos, podrán interponer las acciones en nombre de su hijo como sus representantes legales. Es cierto que el padre, como padre que es y asumiendo la obligación que la Ley le impone de cuidar a sus descendientes, se verá luego también afectado por los padecimientos de su hijo y sufrirá junto con él y la madre tanto los daños morales que la situación le produzca, como los extraordinarios gastos económicos<sup>62</sup>. Sin embargo, la facultad de decidir si someterse o no a una práctica abortiva compete a la madre<sup>63</sup>, debido a que una intervención de tal calado afecta a la integridad física de la misma, en consecuencia, es ésta y sólo ésta la que debe prestar el consentimiento consciente, libre y completo. No hay que olvidar que no existe en nuestro Ordenamiento jurídico un derecho al aborto, sino que tales prácticas están exentas de castigo durante determinados plazos<sup>64</sup> para proteger la citada dignidad de la madre, así como su libre desarrollo de la personalidad.

La situación de la legitimación activa varía según el tipo de acciones que se plantean, pues si bien es la madre la verdaderamente legitimada para interponer acciones de *wrongful birth* y siendo ambos progenitores para el caso de acciones de *wrongful life*, en aquellos

---

61 EMALDI CIRIÓN, A. «La responsabilidad jurídica derivada de diagnósticos genéticos erróneos», en *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2001, pp. 1604.

62 Cfr. SAP de Gerona (Sección 1ª), número 188/2013, de 6 de mayo. (AC\2013\1460), se habla de la legitimación del padre derivada de los daños extensibles al mismo indirectamente o de rebote.

63 Tanto la actual Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, como el Anteproyecto de la Ley Orgánica para la Protección de la vida del concebido y de los Derechos de la mujer embarazada así lo regulan, puesto que en ningún caso la mujer embarazada podrá someterse a un aborto coaccionada o cohibida. MARTÍN CASALS lo refleja en "Wrongful Conception and Wrongful Birth Cases in Spanish Law: Two Wrongful in Search of a Right" in Ulrich MAGNUS / Jaap SPIER, *European Tort Law. Liber Amicorum for Helmut Koziol*, Peter Lang. Frankfurt a. M., 2000, pp. 204-205.

64 La despenalización del aborto dentro de unos determinados plazos puede variar en caso de que cambie la legislación actual; remito al apartado II.3 de este trabajo donde se explican las posibles consecuencias del cambio en relación con las *wrongful actions*.

supuestos en los que la negligencia del profesional sanitario se manifiesta en una fase anterior a la concepción no sólo estará legitimada la madre, sino también el padre, puesto que la libertad de procreación es propia de todo individuo ya que deriva de la dignidad de la persona recogida en el artículo 10.1 CE<sup>65</sup>.

Esto es así debido a que cuando los progenitores, individual o conjuntamente, deciden someterse a un diagnóstico preconceptivo lo hacen para saber si su futura descendencia puede padecer enfermedades o defectos genéticos o transmisibles, y si la información que se les otorga es negativa y errónea se produce un falso negativo<sup>66</sup>.

Por último, aludimos brevemente a aquellas ocasiones en las que otros familiares distintos a los progenitores interponen este tipo de acciones. No está fuera de lugar pensar que familiares como hermanos o abuelos quieran sumarse a la acción interpuesta por los progenitores por el perjuicio que les produce el nacimiento de un niño enfermo; sin embargo, en estos casos no se produce para ellos un daño directo, sino indirecto tal y como refleja la teoría de rebote<sup>67</sup> o *par ricochet*.

A través de la teoría del daño de rebote se afirma que el daño que se ha producido directamente en la víctima, puede incidir indirectamente en otras personas, limitando éstas a los parientes cercanos, como, efectivamente, pueden ser hermanos, abuelos o como decía, el propio padre. Estos parientes tienen que acreditar que verdaderamente han sufrido un daño en su esfera personal o patrimonial, hecho que tendrá que hacer cualquiera que alegue que se le ha provocado un daño.

---

65 MACÍA MORILLO, A. «Negligencia médica en el seguimiento del embarazo y responsabilidad por wrongful birth. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 24 de octubre de 2008», en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Nº 18, 2008, pp. 198-199.

66 Volvemos a lo explicado acerca de los falsos negativos que provocan la confianza en los progenitores de no padecer ningún tipo de enfermedad que pueda ser transmisible.

67 MACÍA MORILLO, A. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 82.

## 2. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD

Después de leer a varios autores, no dudo de que los presupuestos de la responsabilidad civil que encuentran mayores dificultades en ser concretados en el tema que nos ocupa son la determinación del daño y la relación de causalidad, y ello es debido a que surgen problemas ético-morales -de los cuales intentaré mantenerme al margen, centrándome sólo en cuestiones estrictamente jurídicas- a la hora de concretar el daño, ¿es posible considerar daño el hecho de nacer con una discapacidad?

Al analizar los presupuestos de la responsabilidad civil vamos a partir de la idea de continuidad<sup>68</sup>, en el sentido de que la concesión o no de indemnización supone la afirmación de que se cumplen todos los presupuestos de la misma que establece nuestro Ordenamiento jurídico. Teniendo siempre en cuenta que el profesional sanitario, presunto causante del daño, quedará exonerado de la responsabilidad que se le pretende imputar en caso de que concurran circunstancias que así lo indiquen (caso fortuito, fuerza mayor, la intervención de tercero o la culpa de la víctima).

En este apartado las acciones de *wrongful conception* van a quedar en un segundo plano, por ser las *wrongful birth* y las *wrongful life* las acciones sobre las que más se ha estudiado en cuanto a la concurrencia de los elementos de la responsabilidad, y por ser también estas últimas, las acciones centrales de este trabajo.

Comenzamos aludiendo a la culpa que, a diferencia del tratamiento que se hará sobre el daño y la relación de causalidad, se examina de una manera general, sin aludir a cada una de las acciones en concreto.

### 2.1. La culpa

La culpa es el elemento de la responsabilidad civil más problemático en la determinación de responsabilidad sanitaria, puesto que a pesar de que ha habido una tendencia a la objetivación de la misma, es necesaria la concurrencia de culpa para imputar responsabilidad al profesional sanitario.

El TS exige la existencia de culpa como criterio de imputación subjetiva en materia de

---

<sup>68</sup> MACÍA MORILLO, A. «La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*», en *Revista de Derecho Universidad del Norte*, N° 027, 2007, pp. 13-14.

responsabilidad civil médica, y, como no podía ser de otro modo, este elemento es decisivo para afirmar o negar la responsabilidad del profesional sanitario<sup>69</sup> tanto en los casos de *wrongful birth* como en los de *wrongful life*<sup>70</sup>.

El *quid* de la cuestión es si el demandado, es decir, el profesional médico fue o no negligente<sup>71</sup> en la prestación del servicio médico. Es aquí cuando retomamos la idea del incumplimiento de la *lex artis ad hoc* que, como decíamos en apartados anteriores, implica que las actuaciones del profesional han de ajustarse a sus conocimientos de la ciencia de la Medicina, y al estado de la misma en el momento de producirse el hecho dañoso.

Sin embargo, es posible que se emita un diagnóstico erróneo o que no sea posible alcanzar diagnóstico alguno, y al mismo tiempo la actuación del profesional sanitario haya sido diligente<sup>72</sup>. Esto ocurre debido a que la ciencia médica no es omnisciente, es decir, tiene límites que pueden dar lugar a que el facultativo no responda por un falso diagnóstico. Eso sí, para valorar la negligencia del profesional sanitario, no basta con tener en cuenta las pautas que marca la ciencia médica, sino que las circunstancias personales del paciente, el tiempo en el que se produce el diagnóstico y el lugar en el que el profesional sanitario lleva a cabo su actividad, influirán notablemente en ese posible falso diagnóstico.

Por todo lo dicho, para poder imputar responsabilidad al facultativo ha de quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles<sup>73</sup>.

La negligencia que venimos citando corresponde a la violación del estándar de conducta exigible encuadrado dentro de la *lex artis ad hoc*. Dicho estándar viene a señalar la

---

69 MACÍA MORILLO, A. «Negligencia médica en el seguimiento del embarazo y responsabilidad por *wrongful birth*. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 24 de octubre de 2008», en Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, Nº 18, 2008, pp. 195.

70 Recordar que las *wrongful life* no vienen siendo admitidas por los Tribunales españoles, a pesar de lo cuál en su análisis ha de tenerse en cuenta la culpa del mismo modo que se tienen en cuenta los otros elementos de la responsabilidad civil.

71 La idea de negligencia siempre requiere de un elemento de comparación que determine dónde comienza la previsibilidad y dónde termina el caso fortuito o fuerza mayor. Esta medida es conocida en la doctrina anglosajona como *standard of care*, que se equipara al buen padre de familia de nuestro CC. Desde los años setenta, el TS se inclina por aplicar la medida del artículo 1104 CC, que observa las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, concretando así la cuestión. GALÁN CORTÉS, J.C. *Responsabilidad civil médica*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 107, nota 115.

72 En palabras de ARCOS VIEIRA, la diagnosis es el acto médico probablemente más conjetal e incierto, y por ello los márgenes para la valoración de la diligencia médica han de ser más flexibles. ARCOS VIEIRA, Mª.L., *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 40.

73 GALÁN CORTÉS, J.C. *Responsabilidad civil médica*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 108.

conducta que le es exigible a una persona razonable en las mismas circunstancias<sup>74</sup>. Además, se ha de tener en cuenta que en el ámbito médico este estándar está por encima de lo que sería el buen padre de familia en otros campos de actuación, esto es así debido a la importancia de los bienes jurídicos que están en juego en toda intervención médica. Así mismo, el estándar variará dependiendo del cargo que posee el profesional sanitario, ya que en la actualidad, en el tratamiento del paciente suele intervenir un equipo médico<sup>75</sup> que ostenta cargos y saberes técnicos diferentes; tan sólo en aquellos casos en los que los errores hayan sido cometidos conjuntamente se puede hablar de responsabilidad compartida<sup>76</sup>, esto implica analizar con detalle la situación y el papel que cada profesional ha tenido, lo cual no resultará tarea fácil.

En el supuesto de hecho que se estudia en este trabajo, la negligencia del profesional se produce normalmente por incumplir el deber de información que tiene frente al paciente, de manera que al no informar de las posibles enfermedades que pueden transmitirse al feto, de las pautas a seguir tras una intervención que se califica de Medicina voluntaria (por ejemplo vasectomía), o ya en fase prenatal, de las malformaciones psicofísicas que tiene el feto, se entiende que se puede estar afectando a la libertad de procreación de los progenitores en los dos primeros casos, y a la posibilidad de decidir si someterse o no a un aborto, en el tercero, puesto que el paciente no está pudiendo adoptar las decisiones conscientemente.

El deber de información al paciente, al igual que el resto de sus derechos y obligaciones, está regulado en la 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<sup>77</sup>. Además cabe observar también su reflejo en las leyes autonómicas<sup>78</sup>.

No son frecuentes los casos en los que el deber de información se omite en su totalidad, lo habitual vienen a ser casos en los que se informa al paciente de su estado de

---

74 GALÁN CORTÉS, J.C. *Responsabilidad civil médica*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 111.

75 Para identificar las competencias y los saberes técnicos a los que se debe ajustar cada grupo profesional son de especial relevancia los Códigos éticos y deontológicos de la profesión, así como los protocolos a los que ha de ajustarse en cada una de sus intervenciones. MACÍA MORILLO, A. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 222-223.

76 GALÁN CORTÉS, J.C. *Responsabilidad civil médica*, Ed. Aranzadi. Pamplona, 2011, pp. 189.

77 Para más información acerca de esta Ley remito al trabajo SEUBA TORREBLANCA, J.C., publicado en InDret, N° 138, Barcelona, abril 2003 con el título *Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica. Presentación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre*.

78 En concreto, en el caso de la normativa de Aragón queda regulado en los artículos 8 y siguientes de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón.

salud, consecuencias y riesgos de una intervención quirúrgica, efectos secundarios de medicamentos, etc., sin mencionar alguno de los puntos esenciales de tal información. Sin embargo, la falta de información por parte de estos profesionales sanitarios carece de consecuencias en los casos en los que los pacientes han obtenido la información por otros medios<sup>79</sup>.

Esto mismo dice DE ÁNGEL YAGÜEZ cuando alega que poco importará que la actuación del médico haya sido llevada a cabo con arreglo a la *lex artis* que se le exige, puesto que de ello sólo deriva la no imputación de responsabilidad por el propio acto médico. Sin embargo, sí cabe reprocharle que la actuación médica que llevó a cabo no fue sino consecuencia de que el paciente no tuvo oportunidad de tomar una decisión diferente, como podría haber sido someterse a la práctica de una interrupción voluntaria del embarazo, pues no se le dio una información completa que le llevase a emitir un consentimiento válido y eficaz<sup>80</sup>. Estos supuestos tienen relevancia porque no ha habido una mala praxis médica, sino que la falta de información ha sido el único comportamiento negligente<sup>81</sup>.

La inexistencia de otros medios o tratamientos que pueda practicar el médico no supone la no responsabilidad del facultativo por incumplimiento del deber de información; hay que tener claro que al paciente siempre le queda la opción de negarse<sup>82</sup>.

La relación médico-paciente está inspirada en la confianza que el profesional sanitario otorga a sus pacientes; a pesar de que ha habido una evolución al respecto<sup>83</sup> debido al progreso tecnológico y a la difusión de conocimientos médicos en la sociedad, la

79 ARCOS VIEIRA, M.<sup>a</sup>L., *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 27.

80 DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Consentimiento informado: algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño*, 2º Congreso de la Asociación Española de Abogados especializados en responsabilidad civil y seguro, Granada 2002, pp. 25.

81 ASUA GONZÁLEZ, C.I., «Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario.» en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*. Nº 8/2013. <http://cesco.revista.uclm.es/indez.php/cerco/issue/view/64/showToc>

82 En la SAP de Albacete (Sección 1<sup>a</sup>), número 244/2002, de 30 de octubre (AC\2002\1867) se dice:  
«[...] la información del médico preceptiva para que el enfermo pueda escoger en libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento, ni intervención [...]»

83 En contraste con lo que ocurre en la actualidad, en el pasado la relación médico-paciente era puramente paternalista, pues el paciente depositaba en el médico toda su confianza y confiaba en su buen hacer sin reparar ni objetar acerca de sus decisiones. El médico era considerado una persona sabia, e incluso llegaba a tomar decisiones que no tenían por qué ser médicas y que afectaban a la vida familiar. GALÁN CORTÉS, J.C. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 23.; BLAS ORBÁN, C., *Responsabilidad profesional del médico*. Bosh, Barcelona, 2003, pp. 39-65.

información<sup>84</sup> que transmite el médico acerca de la enfermedad que se sufre, los posibles tratamientos, los efectos de los mismos, etc., siguen siendo fundamentales a la hora de que el paciente tome decisiones al respecto, es decir, consienta contando con toda la información necesaria.

Hay que remontarse a la Alemania de finales del s.XIX para hallar los orígenes del deber de información del médico al paciente, desde entonces se le ha ido dando forma, y a día de hoy, cabe decir que no hay actuación médica sin información, puesto que de ésta dependerá que el consentimiento que el paciente otorgue para que se le practiquen las intervenciones médicas necesarias sea válido y eficaz o esté viciado. En suma, para que el consentimiento prestado por el paciente sea eficaz y legítimo la actuación profesional, éste ha de prestarse con toda la información oportuna en cuanto a la intervención a la que se va a someter, eso sí, también habrá ocasiones en las que haya que sopesar qué tipo de información otorgarle<sup>85</sup>.

Hemos de diferenciar la información clínica o asistencial y el consentimiento informado, puesto que aunque ambos conceptos están íntimamente relacionados, su fondo es diferente partiendo ya de la idea de que sólo si el paciente tiene toda la información necesaria para conocer su diagnóstico, intervenciones necesarias, riesgos, etc, puede dar un consentimiento verdaderamente válido<sup>86</sup>. En el artículo 3 de la LBAP quedan regulados ambos conceptos como sigue:

"Consentimiento informado: la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.

Información clínica: todo dato, cualquiera que sea su forma, clase o tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla."

---

84 Existe un derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 de la Constitución Española de 1978, el hecho de que el paciente pueda decidir libremente acerca de su salud forma parte de su autodeterminación y del libre desarrollo de su personalidad.

85 Esto es así porque en ocasiones la delicada salud del paciente u otras circunstancias que rodean el caso pueden derivar en un empeoramiento de aquél si conoce toda la información que en otra situación se le daría. Forma parte del papel del médico decidir qué información se ha de otorgar al paciente. Además, se ha de tener en cuenta que por el mismo motivo anterior, en determinadas ocasiones la información no se otorgará al mismo paciente y serán los familiares o allegados los que la obtengan.

86 ARCOS VIEIRA, M.<sup>a</sup>L., *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 15.

Con independencia de la anterior diferenciación, ambos derechos pertenecen a la esfera más íntima del individuo, pues constituyen una manifestación del respeto a la dignidad humana.

Según GALÁN CORTÉS, la concurrencia de un consentimiento informado antes de realizar la actuación médica es necesaria para entender que el profesional ha actuado conforme a la *lex artis*. Su incumplimiento, por tanto, es indicativo de un comportamiento negligente y, por tanto, puede generar responsabilidad<sup>87</sup>, puesto que cabrá apreciar una omisión y por consiguiente culpa sanitaria en virtud de los artículos 1902 y 1903 CC.

El consentimiento informado será otorgado por el paciente tras haber recibido la información oportuna y antes o durante el tratamiento, siempre y cuando se encuentre en una situación que le permita decidir con pleno conocimiento<sup>88</sup>. Habrá de distinguirse también si se trata de un menor o de un mayor de edad, a pesar de esto, prefiero no entrar en tal discusión puesto que provocaría alejarnos del tema de estudio.

La información en la que se fundamenta el consentimiento informado es esencial en toda intervención médica, pero es todavía más necesario, como decía anteriormente, cuando estamos ante supuestos de Medicina voluntaria, puesto que el paciente no tiene una necesidad de someterse a las mismas. Aludiendo a ejemplos que son susceptibles de generar alguna de las acciones tema de estudio en el presente trabajo, cito los casos de vasectomías<sup>89</sup> en las que en caso de que no se informe al paciente de las pautas a seguir tras la intervención o si se le informa mal, puede dar lugar a embarazos no deseados que desembocan en la interposición de acciones *wrongful conception*<sup>90</sup>.

Aunque en principio el consentimiento otorgado tenga un carácter personal, es decir, tan sólo para el médico que se otorga, en la realidad la mayoría de las intervenciones son llevadas a cabos por equipos médicos compuestos por varias personas, lo cual implica la extensión de tal consentimiento a todas ellas. Participarán profesionales como los de enfermería, que pueden y deben participar en el proceso de información clínica del paciente,

---

87 GALÁN CORTÉS, J.C. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 22.

88 *A sensu contrario*, el consentimiento será otorgado por terceros (familiares o personas allegadas) en caso de que el paciente no se encuentre en posesión de capacidad natural de juicio y discernimiento total.

89 Hay discusión acerca de si estas intervenciones son prácticas de Medicina voluntaria o no, pero como la mayoría de los autores me inclino a pensar que sí lo son.

90 Aludo a la STS (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>), número 544/2007, de 26 de mayo (RJ\2007\4667) en la que se explica el enorme rigor que han de seguir los profesionales médicos a la hora de otorgar la información al paciente en las intervenciones de Medicina voluntaria, en este caso, una vasectomía.

aunque dentro del ámbito de su función propia en el proceso de atención al paciente<sup>91</sup>.

Así pues, el consentimiento informado del paciente es fundamental en toda práctica médica, sin embargo, que éste sea otorgado no implica que los médicos se conviertan en irresponsables de sus actos, al contrario, siguen estando obligados a llevarlos a cabo con toda la diligencia que su oficio implica. Los médicos responderán, en todo caso, si actúan negligentemente.

En cuanto a la forma de otorgar el consentimiento, está regulado en la Ley 41/2002 de manera precisa, concretamente en su artículo 8 donde dice que por regla general será verbal, salvo en determinadas actuaciones médicas recogidas también en el mismo artículo en las que se exigirá forma escrita<sup>92</sup>. Por otro lado, cabe la posibilidad de que el paciente obtenga tal información por medios ajenos al facultativo, en cuyo caso no podrá entenderse que ha incumplido esta obligación de informar<sup>93</sup>.

En definitiva, para que quepa imputar responsabilidad al profesional sanitario es necesario que en su actuar haya incumplido los deberes y obligaciones que de acuerdo con la *lex artis ad hoc* ha de seguir, y cuyo resultado es el surgimiento de un daño. En el caso que nos ocupa esta infracción de la *lex artis* consiste en la omisión de la información que debe proporcionarse al paciente o en el hecho de haber proporcionado una información incompleta.

#### *A) Deber de información en los diagnósticos prenatales*

Adentrándome en el tema objeto de estudio de este trabajo, y teniendo ya claro que en el ámbito sanitario es necesario que haya incumplimiento de la *lex artis ad hoc* para que un acto médico provoque responsabilidad, resulta obvio que en el diagnóstico prenatal el deber de información ha de cumplirse minuciosamente.

En la actualidad, el progreso técnico y científico han hecho posible que muchas enfermedades padecidas por el feto sean diagnosticadas incluso antes de nacer. Derivada de

---

91 GALÁN CORTÉS, J.C. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 159.

92 En la SAP de Barcelona (Sección 13<sup>a</sup>), número 508/2010, de 13 de septiembre (AC/2010\1702) se hace alusión expresamente a todo lo que significa el consentimiento otorgado, aludiendo también a la forma en que ha de otorgarse diciendo que la falta de forma escrita no determina la invalidez del mismo.

93 Véase el caso de un paciente que él mismo es profesional en el ámbito sanitario y tiene conocimiento sobre el tratamiento que va a recibir, sus efectos, consecuencias, etc.

estas técnicas, cabe hablar de responsabilidad por muy diversas circunstancias<sup>94</sup>:

- Negligencia en ofrecimiento de información<sup>95</sup>.
- Negligencia en la toma de muestras que pueden generar daños o interrupción del embarazo.
- Negligencia en la valoración e interpretación de los resultados (falsos positivos y falsos negativos)<sup>96</sup>

Son el primero y el tercer supuesto los que derivan en las *wrongful actions* y que, como ya ha quedado dicho, se interponen porque se está imposibilitando a la embarazada decidir si someterse o no a un aborto, puesto que no se le ofrece la posibilidad de practicársele pruebas que determinen posibles enfermedades del feto, no se le informa de los resultados de dichas pruebas o se le informa erróneamente<sup>97</sup>.

## 2.2. El daño

El daño es un concepto muy amplio, y puede definirse como todo menoscabo que sufre una persona en su patrimonio o en su integridad física o psíquica<sup>98</sup>. Surge aquí la dificultad de identificar los bienes e intereses protegidos, que como no podía ser de otra manera, cambian a la vez que evoluciona la sociedad y los valores en los que se inspira la sociedad en cada momento. Debido a que dependerá de las convicciones que tenga cada persona determinar como daño un hecho u otro, partiremos de la concepción generalizada de

94 GALÁN CORTÉS, J.C. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 326.

95 TSJ Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1<sup>a</sup>), número 1/2006, de 10 de enero (RJCA\2006\184), en la que se reclama indemnización por no haber informado a la embarazada de la posibilidad de que el feto estuviera afectado de síndrome de Down.

96 Un ejemplo de responsabilidad por privación de información lo encontramos en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>), número 1002/2005, de 21 de diciembre (RJ\2005\10149). Esta sentencia trata un supuesto en el que se informa a los progenitores de que el feto está sano, y finalmente nace un niño con síndrome de Down. Así mismo, supuesto similar es el tratado en la STS (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>), número 157/2013, de 14 de marzo (RJ\2013\2422) en el que no se informa a la paciente de las graves malformaciones que afectan al feto.

97 Esto mismo se recoge en la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6<sup>a</sup>), de 10 de mayo de 2007 (RJ\2007\3403), puesto que de la falta de la información oportuna derivada de un error de diagnóstico se privó a la madre de la posibilidad de decidir si interrumpir o no el embarazo. Así como la STSJ Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1<sup>a</sup>), número 18/2010, de 25 de enero (JUR\2010\379482) y en la STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8<sup>a</sup>), número 1211/2005, de 16 de noviembre (JUR\2006\69698) en la que de nuevo se trata un caso en el que se le priva a la madre de la posibilidad de decidir si abortar o no, puesto que se le da una información errónea.

98 PARRA LUCÁN, M.A. «La responsabilidad civil extracontractual» en *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, Ed. Colex, Madrid, 2001, pp. 374.

que el nacimiento en sí mismo no puede ser considerado como daño<sup>99</sup>.

La obligación de indemnizar responde al principio de reparación integral -*restitutio in integrum*-, de modo que, la reparación afectará a todos los daños alegados y probados por el demandante, de manera que se vuelva a la situación anterior a la producción del daño<sup>100</sup>.

Estamos ante un elemento necesario e imprescindible de la responsabilidad civil, debido a que sin un daño no es necesario plantearse la concurrencia del resto de los elementos de la responsabilidad, pues se definen en relación a éste<sup>101</sup>. En las *wrongful actions* cobra especial relevancia, pues para determinarlo, los problemas técnico-jurídicos, que hay que afrontar se trastocan en problemas éticos derivados de la posible calificación del nacimiento como un daño.

En este apartado vamos a intentar determinar qué suele considerarse daño en cada una de estas acciones y los problemas que el mismo suscita.

#### *A) Wrongful conception.*

Como ha quedado ya claro, estas acciones se interponen contra el profesional sanitario que no informó correctamente a los progenitores de todas las circunstancias que rodean la esterilización voluntaria a que se habían sometido uno u otro, y como consecuencia se produce el nacimiento un hijo sano, pero no planeado ni deseado<sup>102</sup>.

Con ello, nos tendríamos que preguntar si el hecho de tener un hijo sin discapacidad alguna debido al fracaso de una intervención médica o, a la falta de diligencia por parte del profesional sanitario en cuanto a la información que se debía proporcionar al paciente tras ella, puede ser considerado como un daño susceptible de ser indemnizado. Con carácter general se ha dado una respuesta negativa, puesto que otorgar indemnización por este concepto se rechaza por ser contrario a los valores fundamentales del Ordenamiento jurídico que califican la vida como un bien jurídico supremo que se ha de proteger.

99 Ejemplo, entre otros, de la no consideración del nacimiento como un daño es la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6<sup>a</sup>), de 4 de noviembre de 2008 (RJ\2008\5860) que parte de dicha consideración para resolver la cuestión que se le plantea al Tribunal.

100 GALÁN CORTÉS, J.C. *Responsabilidad civil médica*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 645.

101 MACÍA MORILLO, A. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 330.

102 LARROUMET, C. *Droit civil. Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, Ed. Economica, París, 2007, pp. 710.

Para solucionar el conflicto se ha optado por acoger la doctrina alemana de la separación, o *Trennungsllehre* -también acogida en las acciones *wrongful birth*- que permite separar el daño objeto de las reclamaciones, de la vida del hijo, centrándolo en la lesión de la libertad de procreación como manifestación del principio de libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE, o en los gastos que acarrea el hecho de tener un hijo, que si bien está sano, no era deseado ni estaba planeado<sup>103</sup>. Ambos progenitores están legitimados activamente para interponer este tipo de acciones debido a que se puede entender que la libertad de procreación forma parte de la dignidad propia de cada individuo.

Cuando por lo que se reclama es por una omisión del deber de información, o, por una información defectuosa, no estamos sino acercando el supuesto de hecho a una obligación de resultado, pues como ya se ha mencionado, en los casos de cirugía satisfactiva, como puede ser la práctica de una vasectomía, el profesional sanitario puede entenderse que queda obligado a la obtención de un resultado concreto<sup>104</sup>. Sin embargo, está más aceptada la reclamación basada en la lesión de la libertad de procreación.

En las reclamaciones, además del daño moral derivado de la lesión de la libertad de procreación que había sido ejercida en un determinado sentido y que se ha frustrado como consecuencia de la inesperada concepción de un hijo, se solicita indemnización por un daño patrimonial basado en los gastos derivados del embarazo y del parto<sup>105</sup>. Sin embargo, es dudoso que quepa la concesión de una indemnización por los gastos que se ocasionan en el cuidado y manutención del hijo, puesto que nuestro Ordenamiento califica este hecho como una obligación legal irrenunciable e intransferible de los progenitores frente a los hijos, artículo 154 CC. Ante esta última situación, la mayoría de los tribunales no ha permitido recuperar los gastos por el nacimiento de un niño sano, esto es así por la influencia de la idea de que los padres disfrutan del niño<sup>106</sup>.

---

103 MACÍA MORILLO, A. «La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*» en *Revista de Derecho Universidad del Norte*, N° 027, 2007, pp. 10.

104 ATAZ LÓPEZ, J. «Las *wrongful actions* en materia de responsabilidad médica», en *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 350.

105 Dentro de los daños patrimoniales, cabría solicitar indemnización por el lucro cesante, debido a que la embarazada durante el período de gestación y tras él, puede que haya tenido que cesar en su actividad laboral, hecho que en ningún momento había planeado, pues como decíamos, en ningún momento había planeado tener un hijo. MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIUM, J.«Anticonceptivas fallidas e hijos no previstos», en *Indret*, julio 2001, pp. 8. [www.indret.com](http://www.indret.com)

106 Además, algunos tribunales han limitado la compensación en el período de tiempo que transcurre desde el descubrimiento del embarazo hasta el parto. DOBBS, D.B, *The law of torts*, West Group, St. Paul, Minn, 2000, pp.797.

## B) *Wrongful birth*

Al igual que hacíamos al aludir al daño en las acciones *wrongful conception*, es conveniente recordar brevemente el fundamento de estas acciones. Estamos ante acciones interpuestas por los progenitores contra el profesional médico por la negligencia que éste cometió a la hora de informarles acerca de las posibles malformaciones que tenía el feto, y que les privó de la posibilidad de decidir si someterse o no a prácticas abortivas.

Las reclamaciones por *wrongful birth* pueden verse como una especie de daño al consentimiento informado, protegiendo valores esenciales consistentes en la libertad de elegir, la autonomía y la autodeterminación. Así, es posible considerar la falta de consentimiento informado como un ataque a la autonomía y a la libertad del paciente<sup>107</sup> que impide a los progenitores adoptar una decisión informada sobre su conducta futura. Sin embargo, si se calificase el daño en estas acciones como una lesión al consentimiento informado surgiría el problema de determinar cuál es realmente el daño sufrido, si la lesión de ese derecho en sí, o los efectos que pueden derivar de tal lesión, es decir, la privación de la libre decisión sobre la facultad de abortar.

A la hora de determinar el daño por el que se reclama indemnización se ha de tener en cuenta que éste no puede ser el nacimiento del hijo porque los padres habían planeado tenerlo, pero tampoco pueden ser las malformaciones que aquél sufre, pues éstas no fueron causadas por la actuación del médico<sup>108</sup>, es decir, no hay nexo causal entre la intervención negligente del médico y los problemas de salud que pueda tener el hijo.

Para solucionar la cuestión, en estas acciones puede valer -al igual que para las acciones de *wrongful conception*- la doctrina alemana de la separación o *Trennungsllehre*, que permite separar el daño del hecho de la vida, para así poder identificarlo como la privación a la mujer de la facultad de decidir si someterse o no a un aborto. Privación cuya valoración ha de cuantificarse tomando como referencia las consecuencias que se pretendían evitar a través de ella, esto va a suscitar menos problemas morales y éticos que si se considera como daño al propio niño<sup>109</sup>.

107 GALÁN CORTÉS, J.C. *Responsabilidad civil médica*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 678.

108 ATAZ LÓPEZ, J. «Las wrongful actions en materia de responsabilidad médica», en *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 351.

109 MACÍA MORILLO, A. «Negligencia médica en el seguimiento del embarazo y responsabilidad por *wrongful birth*. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 24 de octubre de 2008», en *Revista Jurídica Universidad*

La citada privación de la posibilidad de decidir si abortar o no, es, en principio, el único daño susceptible de generar indemnización, puesto que es lo único que puede vincularse causalmente a la conducta del profesional sanitario consistente en no informar diligentemente a los progenitores de la situación en la que se encontraba el feto, partiendo en la mayoría de los casos de un falso negativo. Sin embargo, y a pesar de que como decíamos es la privación de la posibilidad de decidir si abortar o no el daño principal a indemnizar, se califica también como daño moral la sorpresa experimentada por los padres al conocer que su hijo, que esperaban estuviera sano, padece patologías psicofísicas. Así mismo, cabría solicitar indemnización por el daño patrimonial consistente en los gastos extraordinarios<sup>110</sup> que los padres se ven obligados a soportar como consecuencia de la discapacidad que padece su hijo, es decir, los gastos adicionales a los que exigiría el mantenimiento de un hijo sano<sup>111</sup>.

Diferente de la privación de la posibilidad de abortar, y ante la dificultad que surge en ocasiones para establecer una relación de causalidad entre el daño y su causante, es el argumento que identifica el daño a través de la teoría de la pérdida de oportunidad y que pasamos a explicar.

#### *b) La teoría de la pérdida de oportunidad*

Tal y como hemos recogido en la primera parte de este trabajo, todo daño ha de ser probado para que pueda imputarse responsabilidad a su autor, sin embargo, en ocasiones no se puede establecer si una determinada conducta ha provocado un daño, pero existe la posibilidad de que con el comportamiento debido no se hubiera producido el resultado lesivo, estamos ante la teoría de la pérdida de oportunidad que tiene una estrecha relación con las

---

*Autónoma de Madrid*, Nº 18, 2008, pp. 196.

110 Estamos aludiendo a daños consistentes en adaptación de la vivienda, del vehículo, atención continuada durante toda la vida del hijo que puede alcanzar edades medianas, etc. Cfr. STS (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4<sup>a</sup>), de 20 marzo 2012 (RJ\2012\4676) que dice:

«[...] los gastos que la recurrida ha debido y deberá afrontar en cuanto madre de una hija con síndrome de Down no pueden considerarse lógicamente desvinculados de la imposibilidad, causada por la Administración sanitaria, de interrumpir legalmente su embarazo».

Así mismo, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6<sup>a</sup>), de 4 de noviembre de 2008 (RJ\2008\5860) considera resarcibles los gastos extraordinarios derivados de cuidar a una hija con síndrome de Down, pues argumenta que son éstos notablemente superiores.

111 En la STS (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>), número 837/2007, de 6 de julio (RJ\2007\3658) se habla de la dificultad en cuanto a la determinación de la cuantía de la indemnización, pues ésta se determinará en función de las circunstancias concurrentes en cada caso.

acciones *wrongful birth*<sup>112</sup>.

El origen de esta teoría son los sistemas jurídicos francés (*perte d' un chance*) e inglés (*loss of a chance of recovery*). Gracias a ella se está facilitando la acreditación del daño y se están flexibilizando las exigencias para la admisión de la concurrencia del nexo causal, de manera que se conecta el comportamiento del profesional sanitario con el hecho del nacimiento del niño a través de la idea de la oportunidad perdida, a la vez que se separa el daño reclamado del hecho de la vida, pues la reclamación que efectúan los progenitores se va a centrar en los gastos derivados del nacimiento del niño y no en dicho hecho en sí<sup>113</sup>.

En las acciones *wrongful birth*, nos encontramos ante casos en los que por negligencia médica, no se ha efectuado el adecuado diagnóstico prenatal que, habría detectado las malformaciones en el feto, y por consiguiente, se ha privado a los progenitores de la posibilidad de decidir no llevar el embarazo a término<sup>114</sup>. O ante casos en los que el diagnóstico detectó las malformaciones del feto pero no fueron comunicadas a los progenitores<sup>115</sup>.

Sin embargo, no parece estar claro que la teoría de la pérdida de oportunidad pueda aplicarse a los casos de *wrongful birth*, puesto que para aplicar esta teoría se exige que la posibilidad de producirse el evento en cuestión sea aleatoria o casual, de manera que en ningún caso quede sujeta a la voluntad de la víctima. Esto último es lo que ocurriría en los casos de *wrongful birth*, pues es la víctima, es decir, la madre, la que ostenta la posibilidad de interrumpir o no el embarazo<sup>116</sup>.

---

112 BERROCAL LANZAROT, A.I. «A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado», en *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, Universidad Complutense de Madrid, febrero de 2011, pp. 36.

113 MACÍA MORILLO, A. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 363 y ss.

114 SAN (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª), de 24 de octubre de 2011 (RJCA\2011\880) en la que no se detectó la anomalía que padecía el feto (síndrome de Down) debido a una mala praxis médica; también la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), número 344/2011, de 31 de mayo (RJ\2011\4000) por privársele a la madre de la posibilidad de abortar debido a la errónea información que se le proporciona.

115 En la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 6 de junio de 2001 (RJCA\2001\1280), la madre embarazada nunca llegó a saber que su futuro hijo padecía síndrome de Down porque no le fueron entregados los resultados de la prueba de tripe screening que se había llevado a cabo. La Audiencia Nacional considera que:

«[...] el daño resarcible es de tipo moral ya que se está ante una situación análoga a la omisión del consentimiento informado, omisión cuya resarcibilidad tiene reconocida el Tribunal Supremo [...]»

116 LUNA YERGA, A. «Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria», en *Indret*, Cornell law school, Ithaca, New York, 2005. pp 13-15; ASENSI PALLARÉS, E; CID-LUNA CLARES, I. «La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N° 2/2013, pp. 238.

Al margen de la discusión acerca de si es o no correcto aplicar esta teoría a los casos de *wrongful birth*, vamos a tratar de examinar en qué consiste exactamente la teoría de la pérdida de oportunidad.

Se ha de partir de la idea de que se trata de una probabilidad estadística, debiendo alcanzar un nivel mínimo de certidumbre que permita admitir que, de no ser por la negligencia del profesional sanitario, no se hubiera producido el daño<sup>117</sup>. Derivado de esta exigencia, ha surgido el problema de la determinación de los límites que indiquen que es posible imputar responsabilidad al profesional sanitario y que ayuden a evitar una aplicación arbitraria de las reglas tradicionales de la causalidad y prueba.

Tanto en España como en los ordenamientos continentales, en general, el nivel necesario para considerar que existe una relación de causalidad es muy elevado, el que corresponde a la normalidad de los acontecimientos, a diferencia de lo que ocurre en los países anglosajones donde se exige que sea más probable que no<sup>118</sup>. Concretamente, en España, se ha propuesto el cálculo de la indemnización, fijando un umbral superior al 80 %, y uno inferior en torno al 15%<sup>119</sup>.

### C) *Wrongful life*

En este tipo de acciones es el propio hijo el que reclama una indemnización por el hecho mismo de haber nacido, pues considera que para él hubiera sido mejor no nacer, que nacer y experimentar el sufrimiento permanente derivado de su enfermedad.

Si en las acciones *wrongful birth* ya surgían problemas éticos a la hora de determinar el daño, en las acciones *wrongful life* se incrementan, puesto que en ellas es inevitable determinar que el daño por el que el niño reclama es su propia vida. Retomamos aquí la pregunta que planteábamos al inicio del apartado cuatro, ¿es posible considerar daño el hecho

117 Los supuestos que en el ámbito sanitario se suelen poner como ejemplo de incertidumbre respecto del desenlace final aunque se hubiera desarrollado la conducta debida son errores o retrasos de diagnóstico y tratamiento de dolencias, falta de información y/o de consentimiento informado y de erróneos o inexistentes diagnósticos prenatales. ASUA GONZÁLEZ, C.I. *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Ed.Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 25.

118 ASUA GONZÁLEZ, C.I. *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Ed.Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 28.

119 BERRICAL LANZAROT, A.I. «A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado», en *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, Universidad Complutense de Madrid, febrero de 2011, pp. 42.

de nacer con una discapacidad?

Se ha intentado generalizar la noción de que la vida no puede considerarse un daño en base a argumentos basados en la contrariedad de esta calificación con los valores que inspiran nuestro Ordenamiento jurídico y que califican la vida como un bien superior<sup>120</sup>.

A pesar de que para solventar el problema de la determinación del daño se ha acudido a la teoría de la separación o *Trennungsllehre* al igual que en las acciones *wrongful conception* y *wrongful birth*, no ha surtido efecto, pues no existe en nuestro Ordenamiento un derecho a no nacer, la privación de la facultad de abortar es de la madre, y además no es posible calificar como daño los defectos que sufre el niño, pues estos no son consecuencia de la actuación del profesional sanitario<sup>121</sup>.

Por otra parte, el niño también solicita indemnización por los daños económicos que le provoca su vida enferma. Sólo en aquellos casos en los que el hijo sólo pretende una indemnización basada en daños económicos podría cabrer la posibilidad de admitir la demanda.

Con todo esto es posible decir que lo que de verdad determina la exclusión de la concesión de indemnización por el daño que para el hijo supone vivir, es el hecho de que no es posible establecer una relación causal entre la vida como daño reclamado y la actuación negligente del profesional.

### 2.3. Relación de causalidad

Por último, vamos a analizar el tercer elemento de la responsabilidad civil, y que junto con la determinación del daño, es el segundo gran obstáculo de la reclamación de responsabilidad civil por *wrongful birth* y por *wrongful life*. Tal y como hace MACÍA MORILLO<sup>122</sup>, en su monografía, así como otros autores<sup>123</sup> estudiosos de la cuestión, vamos a

120 MACÍA MORILLO, A. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 404-414.

121 MACÍA MORILLO, A. «La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life», en *Revista de Derecho Universidad del Norte.*, Nº 27, 2007, pp 25.

122 MACÍA MORILLO, A. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 465-466.

123 Nos estamos refiriendo a autores como DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ en «Relación de causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria», en *Indret*; SALVADOR CODERCH Y FERNÁNDEZ CRENDE en «Causalidad y responsabilidad», en *Indret*, www.indret.com; o GALÁN CORTÉS en su obra *Responsabilidad civil médica*.

estudiar este elemento analizando el momento en el que se produce el daño, pues aquí lo importante no es quién causa los daños, sino el momento en que se causan.

Con vistas a una mejor comprensión de la cuestión, adelantamos que sólo en aquellos casos en los que se pueda probar un nexo causal entre la conducta del profesional sanitario y el daño producido será posible otorgar indemnización. Es decir, la prueba de la causalidad es fundamental e imprescindible. Esto mismo es el fundamento de la teoría de la equivalencia de las condiciones o *but for test*, que forma parte de la llamada causalidad subjetiva<sup>124</sup>, y que implica que de no haber sido por la conducta del que presuntamente se considera responsable, el daño que ahora experimenta la víctima no se habría producido<sup>125</sup>.

Antes de pasar a exponer consideraciones más precisas al respecto, conviene aludir a la dificultad de establecer un nexo causal en las acciones *wrongful birth* y *wrongful life*<sup>126</sup>, estamos ante una doble vía de comprobación de la causalidad, pues primero habrá de comprobarse si el comportamiento del profesional sanitario está relacionado con el diagnóstico erróneo, para luego determinar si dicho diagnóstico ha provocado realmente el daño. A esto hay que sumar la dificultad añadida de que, como hemos reflejado ya a lo largo de este trabajo, en la actualidad, la mayoría de las intervenciones médicas son llevadas a cabo por equipos médicos, lo que provoca que la identificación del comportamiento o evento en cuyo origen se encuentra el falso negativo sea particularmente difícil.

De hecho, las dificultades que habitualmente surgen para establecer el enlace causal en cualquier supuesto de responsabilidad civil, se incrementan en estas acciones debido a que están presentes comportamientos hipotéticos, incertidumbres en el curso causal, y como no, problemas éticos y morales.

En estas acciones se ha de tener siempre presente que no es posible afirmar con certeza absoluta que de haber sabido la madre de los problemas que padecía el feto, ésta hubiera abortado<sup>127</sup>. Este hecho se conoce como problema de los cursos causales no

124 SALVADOR CODERCH,P. y FERNÁNDEZ CRENDE,A. «Causalidad y responsabilidad», en *Indret*, Barcelona, enero de 2006, pp. .3

125 GALÁN CORTÉS, J.C. *Responsabilidad civil médica*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 478.

126 MACÍA MORILLO, A. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 466.

127 Ejemplo de este problema es la STS (Sala de lo Civil), número 581/2002, de 7 de junio (RJ\2002\5216), en la cuál el Alto Tribunal termina por no conceder la indemnización solicitada por la madre de un hijo nacido con Síndrome de Down por no poderse probar que ésta de haber conocido la enfermedad que afectaba al feto hubiera abortado, es decir, hace mención del problema de los cursos causales no verificables. Sin embargo, tal y como vengo citando en el trabajo, por el hecho mismo de no darle la oportunidad a la madre de elegir, se está lesionando su libertad. De esta problemática se habla también en la SAP de Cádiz (Sección 1ª), de 17

verificables, y alude a lo que sería el curso normal de los acontecimientos<sup>128</sup>. Lo que ocurre es que no hay una fundamentación científico-natural, sino que la argumentación se basa en las alegaciones de la madre, que por otra parte estarán influenciadas por un conjunto de valoraciones éticas y morales que impiden llegar a una certeza absoluta y objetiva.

Si ya cuando la acción se ejercita por la madre (*wrongful birth*) surge el problema de que ésta ha de declarar que, efectivamente, de haber sabido de las malformaciones de su hijo habría abortado; es aún más complicado cuando la acción la ejercita el hijo (*wrongful life*), puesto que como hemos dejado claro en apartados anteriores la facultad de someterse o no a un aborto es de la madre, por lo que el hijo demandante no estaría en condiciones de probar que su madre hubiera abortado de saber las condiciones en las que él mismo iba a vivir.

El problema de los cursos causales no verificables es la principal argumentación de aquellos que niegan la existencia de un nexo causal en este tipo de acciones, puesto que nos encontramos ante una situación en la que ni siquiera la madre puede afirmar con seguridad qué es lo que hubiera hecho de haber sabido la realidad en la que se encontraba el feto, y es que la situación en la que se encuentra tras el nacimiento no es la misma que la que habría tenido en el momento de la decisión<sup>129</sup>; por contra, se vienen alegando criterios de probabilidad y presunciones basadas en indicios<sup>130</sup> para combatir el problema de los cursos causales no verificables.

En resumen, si lo que se reclama es el nacimiento de un niño con malformaciones, la relación de causalidad será más difícil de probar, pues en realidad el médico no causó las mismas, estaríamos ante una omisión y ello implica más problemas de prueba que un

---

de noviembre de 2002 (AC\2002\1929), y en la STSJ Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), número 274/2012, de 5 de marzo (JUR\2012\160956).

128 Se alude a que si el médico hubiera actuado diligentemente, los padres (*wrongful birth*) no se hubieran visto privados de la posibilidad de someterse o no a un aborto, es decir, hubiera podido decidir al respecto tal y como el Ordenamiento jurídico les permite. Cuando es el niño el reclamante (*wrongful life*), éste alega que de haberse emitido un diagnóstico correcto, éste no se hubiera visto en la situación de nacer; lo que ocurre es que en esta ocasión volvemos a los problemas éticos acerca de si es posible considerar la vida como un daño. GALÁN CORTÉS, J.C. *Responsabilidad civil médica*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 424 y ss.

129 MACÍA MORILLO, A. «Negligencia médica en el seguimiento del embarazo y responsabilidad por *wrongful birth*. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 24 de octubre de 2008», en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, N° 18, 2008, pp. 204.

130 Muchos de estos indicios se fundamentan en que, en la mayoría de las ocasiones cuando una mujer embarazada decide someterse a diagnósticos prenatales lo hace con la intención de someterse a un aborto en caso de comprobarse que el feto padece malformaciones físicas o psíquicas; y por lo tanto, aunque la madre en ningún momento haya manifestado expresamente dicha intención, los que defienden la existencia de un nexo causal, alegan que se sobreentiende. A pesar de esto, reitero la irrelevancia para la producción del daño que la madre se hubiera sometido a un aborto o no.

comportamiento activo, y además, cabe aludir a la idea ya comentada anteriormente de que la opción de interrumpir o no el embarazo es sólo de la madre. Si por el contrario, se está reclamando por el incumplimiento del deber de informar adecuadamente, es más fácil probar que si el médico hubiera actuado adecuadamente el daño no se habría producido puesto que la madre hubiera tenido la opción de someterse a un aborto<sup>131</sup>, siempre y cuando todavía estuviese dentro del plazo legalmente establecido. Además, ante esta última situación sería irrelevante la decisión que hubiera adoptado la madre de haber sabido las malformaciones que afectaban al feto, puesto que la privación de la posibilidad de abortar o no es anterior a la posible decisión que hubiera adoptado la madre.

Un buen camino para resolver el problema de la causalidad hipotética es la conducta alternativa conforme a derecho<sup>132</sup>. Ésta, aplicada a los supuestos de *wrongful birth*, afirmaría que de haber procedido el profesional sanitario de forma diligente y haber informado correctamente de las malformaciones que padecía el feto, la madre no hubiera abortado. En virtud de la regla de prueba general que implica que quién alega un hecho ha de probarlo, es el médico el que tiene la carga de probar que los acontecimientos hubieran derivado en el mismo resultado actual, es decir, la madre no habría abortado.

Expuestas las consideraciones generales, pasamos a reseñar la relación de causalidad tanto en fase preconceptiva como prenatal. Mientras que en fase preconceptiva el daño que guarda relación con eventos relacionados antes del nacimiento es la privación de la libertad de procreación, y en cuanto al daño que guarda relación con eventos posteriores al mismo son aquellos daños indirectos o de rebote; en fase prenatal el daño anterior al nacimiento es tanto la privación de la facultad de interrumpir el embarazo como el daño moral por la falta de preparación psicológica, y el daño posterior se corresponde con el que se produce en la fase preconceptiva<sup>133</sup>. En ambos momentos habrá que constatar esa doble causalidad que aludíamos al principio, es decir, que el comportamiento del profesional sanitario ha provocado el diagnóstico erróneo y dicho diagnóstico el daño de que se trate.

---

131 GARRIGA GORINA, M. «Negligencia en el diagnóstico prenatal. Comentario a la STS, 1ª, 7.6.2002», en *Indret*, Barcelona, julio de 2003, pp. 8-9.

132 MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J. «Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (*wrongful birth*). Comentario a la STS, 1ª, 18.12.2003», en *Indret*, Nº 217, Barcelona, abril de 2004.

133 MACÍA MORILLO, A. *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 493-511.

### 3. EL ANTEPROYECTO DE LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DE LA VIDA DEL CONCEBIDO Y DE LOS DERECHOS DE LA MUJER EMBARAZADA

A la espera de un posible cambio en la normativa que regula el aborto, considero interesante hacer una reflexión sobre las consecuencias que se sucederían en la materia de estudio; siempre y en todo caso desde una perspectiva puramente jurídica.

En España, la interrupción voluntaria del embarazo fue considerada legal durante la Segunda República Española, sin embargo, con la llegada del régimen franquista dicha despenalización se derogó. Hay que esperar hasta 1985 para volver a ver dicha práctica despenalizada, es la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de despenalización del aborto en determinados supuestos la que despenaliza el aborto inducido en tres supuestos concretos y de acuerdo a unos plazos concretos: supuesto terapéutico (riesgo grave para la salud física o psíquica de la mujer embarazada en el que se permitía la práctica del aborto en cualquier momento del embarazo), supuesto criminológico (violación, que permitía el aborto en las primeras doce semanas) y supuesto eugenésico o embriopático (malformaciones o taras, físicas o psíquicas en el feto que hacían posible la interrupción voluntaria del embarazo en las primeras 22 semanas).

Desde 1985 la interrupción voluntaria del embarazo en España es legal, sin embargo, en 2010 se promulgó otra ley – vigente en la actualidad –, la Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. En dicha Ley el aborto queda permitido, como regla general, durante las primeras 14 semanas de embarazo, digo como regla general porque hay dos excepciones: dicho plazo aumenta hasta las 22 semanas en caso de grave riesgo para la vida o salud del feto o de la madre, y además pasadas esas 22 semanas será posible interrumpirlo en caso de anomalías en el feto incompatibles con la vida o que padecza una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico, circunstancia esta que ha de ser confirmada por un comité clínico.

En la actualidad, existe un Anteproyecto de la Ley Orgánica para la Protección de la vida del concebido y de los Derechos de la mujer embarazada con el que se pretende abandonar el sistema de plazos recogido en la Ley 2/2010 y volver a un sistema de supuestos similar al de la Ley 9/1985. Si esta Ley es aprobada, la situación de las embarazadas en cuanto a la posibilidad de someterse a una interrupción voluntaria del embarazo volvería a

cambiar, y por ello, hago alusión al panorama global en el que quedaría.

Tal y como cita el Anteproyecto de Ley en su Exposición de Motivos, tan sólo en los supuestos excepcionales en los que existe un grave peligro para la vida o salud física y psíquica de la mujer y cuando el embarazo es consecuencia de un hecho constitutivo de delito contra la libertad o indemnidad sexual procede la despenalización del aborto<sup>134</sup>, de este modo lo que se pretende es no dejar al arbitrio de la mujer la decisión de no tener un hijo, o la de no tener un hijo con discapacidad.

Se pretende pues, eliminar el actual sistema de plazos y sustituirlo por un sistema de supuestos, de manera que las acciones objeto de estudio de este trabajo en las que se reclama al profesional la falta de diligencia en la información otorgada a la paciente privándole de la facultad de decidir si someterse o no a un aborto por no estar ya dentro del plazo legal, no tendrán sentido. Como ha quedado ya claro, estas acciones se ejercitan por haber perdido la oportunidad de decidir, pero si la normativa sólo permite el aborto si hay grave riesgo para la vida o salud física o psíquica de la madre, de nada sirvirá alegar que se le ha privado de su decisión de someterse a prácticas abortivas al conocer las hipotéticas enfermedades que padece el hijo puesto que este supuesto de interrupción voluntaria del embarazo no estaría contemplado en la Ley y por lo tanto no sería viable.

Igualmente, el plazo para efectuar la interrupción del embarazo será las veintidós primeras semanas de la gestación, sobreponiendo dicho plazo si no era posible detectar las anomalías con anterioridad al mismo, o si el riesgo vital para la embarazada no se puede evitar ni siquiera mediante una inducción del parto.

Así, ante la posible modificación de la Ley 2/2002, deviniendo la normativa en un sistema de supuestos, he querido dejar anotados los cambios que se producirían respecto a las posibilidades de interrumpir voluntariamente el embarazo y el sentido que tendrían entonces las acciones objeto de mi estudio: ninguno.

---

134 Punto primero de la Exposición de motivos del Anteproyecto de la Ley Orgánica para la Protección de la vida del concebido y de los Derechos de la mujer embarazada.

## CONCLUSIONES

A la hora de analizar el tema de estudio, he intentado plantear la cuestión jurídica sometida a examen desde una perspectiva objetiva. El esfuerzo en enfocar de este modo la cuestión viene justificado, porque, como decía en el apartado dedicado a la introducción, convicciones éticas e incluso ideológicas se ven implicadas y pueden provocar la pérdida de la objetividad necesaria. Y es que, parece difícil no dejarse influir al tratar este tema de los principios a los que ajustamos nuestra vida; era un reto y decidí afrontarlo.

He podido estudiar con detalle un caso concreto de responsabilidad civil médica que hasta hace unos meses ni siquiera sabía que existía, y en el que a día de hoy me gustaría profundizar todavía más.

A pesar de que las *wrongful actions* para reclamar responsabilidad al profesional médico por su actuar negligente en fase preconceptiva o prenatal, no están muy extendidas en nuestra sociedad, cada vez son más los casos que llegan ante nuestros Tribunales debido tanto a la generalizada legalización del aborto como a los avances científicos en técnicas de diagnóstico. No hay que olvidar que sólo en un Ordenamiento jurídico en el que esté reconocida la libertad de procreación o la facultad de aborto -caso de aborto embriopático-, será posible que estas acciones surtan efectos, pues de lo contrario carecerían de sentido; en caso de que en nuestro país siga adelante el Anteproyecto de la Ley Orgánica para la Protección de la vida del concebido y de los Derechos de la mujer embarazada estas acciones dejarán de ser reconocidas por quedar el aborto embriopático al margen de la legalidad.

En las *wrongful actions*, surgen problemas al comprobar si se cumplen o no los presupuestos de la responsabilidad civil, así como también en cuanto a la legitimación para interponerlas. Respecto a esto último, y dejando al margen las acciones *wrongful life* que son interpuestas por el propio niño nacido enfermo o sus representantes legales, en las *wrongful birth* la legitimada, en principio, es la madre por ser su voluntad la que se tendrá en cuenta en un aborto; de todos modos, es posible hablar también de daños indirectos a otros familiares.

Dentro de las *wrongful actions*, las *wrongful conception* son admitidas con carácter general porque no suelen calificar el nacimiento como un daño, sino que derivan de la actuación negligente del profesional en la evitación de la concepción de un niño. Sin embargo, tanto las *wrongful birth* como las *wrongful life* se acercan a la citada calificación,

hecho que no es aceptable.

A pesar de que a la hora de imputar responsabilidad al profesional médico, en estos casos, los principales problemas son el daño y la relación de causalidad, no hay que olvidar que para afirmar responsabilidad es necesario que aquél haya actuado negligentemente y por tanto sea culpable. La culpa suele basarse en un cumplimiento defectuoso del deber de información, y por consiguiente, la no emisión de un consentimiento informado por parte de la embarazada. La prueba de este hecho -en régimen de responsabilidad subjetivo- es del paciente perjudicado, que soportará las consecuencias de no probar suficientemente la culpa del facultativo, es decir, no obtendrá la oportuna indemnización. No obstante, cuando se trata de imputar responsabilidad al centro sanitario y no al propio profesional médico, hay que remitir al TRLGDCU que establece un sistema de responsabilidad objetiva.

En cuanto a la determinación del daño en estas acciones, no es posible calificar el nacimiento de un daño como tal, hecho que viene siendo negado ya sea alegando argumentos basados en que el hecho de tener un hijo siempre provocará satisfacción a los progenitores, otros referidos a la santidad de la vida, u otros que alegan que no existe un derecho a no nacer en nuestro Ordenamiento jurídico.

Y en lo que se refiere a la afirmación de la existencia de un nexo causal entre el daño producido -privación a los progenitores de la posibilidad de haber optado por interrumpir el embarazo- y la actuación del profesional médico -presuntamente negligente-, el principal problema surge en cuanto a los cursos causales no verificables, que llevan a decir que es imposible saber con certeza que la madre se hubiera sometido a un aborto de haber sabido las malformaciones que afectaban al feto. Sin embargo, aunque fuese posible saber con certeza que no iba a abortar, el daño puede entenderse que es el mismo: privación de la posibilidad de decidir si someterse al mismo o no.

En virtud de todo lo dicho, tan sólo en aquellos casos en los que quede fehacientemente acreditado el cumplimiento de estos presupuestos de la responsabilidad civil, será posible imputar al profesional médico el hecho causante del daño, que derivará en la concesión de una indemnización a los demandantes.

La determinación de la cuantía de la indemnización dependerá de muchos factores que serán valorados por el Juez, teniendo en cuenta el tipo de daño producido, es decir, un daño moral derivado de la lesión de la libertad de procreación, la privación de la posibilidad de

optar por el aborto o el sufrimiento de una vida enferma, o bien, un daño patrimonial derivado de los gastos extraordinarios que supone el hecho de tener un hijo sano pero no deseado para los casos de *wrongful conception*, un hijo discapacitado en las *wrongful birth* o por el hecho mismo de vivir discapacitado en las *wrongful life*.

Expuestas todas las conclusiones sobre la responsabilidad médica derivada de diagnósticos preconceptivos y prenatales, he de decir que aunque un tema tan delicado como el presente suponía un reto a la hora de analizarlo y plasmar sus principales problemas, ha resultado una grata experiencia que me ha adentrado en el campo de la investigación más formal y que estoy segura me ayudará a decidir mi futuro profesional.

## Bibliografía y referencias documentales

### Material bibliográfico:

ATAZ LÓPEZ, J.

- *Los médicos y la responsabilidad civil*, Ed. Montecorso, Madrid, 1985
- «Las wrongful actions en materia de responsabilidad médica», en *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 341-353.

ALONSO PÉREZ, M.<sup>a</sup>T.

- *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.
- «La obligación del médico como obligación de resultado y sus consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil (A propósito de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1997)», en *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo, 1998, pp. 887-915.

ÁNGEL YAGÜEZ, R.de.

- «Consentimiento informado: algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño», en 2º Congreso de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad civil y seguro, Granada, 14 de noviembre de 2002.
- «Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad, Parte I», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1996, Nº 4, pp. 105-117.
- «Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad, Parte II», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1996, Nº 5, pp. 141-156.
- «La segunda sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en un caso de wrongful birth (4 de febrero de 1999). ¿Está en contradicción con lo resuelto en la sentencia de 6 de junio de 1997 sobre el mismo problema?», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 1999, Nº 10, pp.117-155.
- «La tercera sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre casos de wrongful birth. Mi intento de conciliar su doctrina con la de las dos sentencias anteriores», en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2002, Nº 17, pp. 179-202.

ARCOS VIEIRA, M.L.

- *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2007.

ASENSI PALLARÉS y CID-LUNA CLARES, I.

- «La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº 8/2013. <http://www.revista.uclm.es/index/php/cerco>.

ASUA GONZÁLEZ, C.I.

- *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2008.
- «Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario», en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº 8/2013. <http://cesco.revista.uclm.es/indez.php/cerco/issue/view/64/showToc>
- «Responsabilidad civil médica», en *Tratado de responsabilidad civil* dir. por REGLERO CAMPOS, L.F., Ed. Aranzadi, 2008.

BLAS ORBÁN, C.

- *Responsabilidad profesional del médico*. Ed. Bosch, Barcelona, 2003.

BERCOVITZ, R.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentario del Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias: (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Ed. Civitas, Madrid, 2009.

BERROCAL LANZAROT, A.I.

- «A propósito de la responsabilidad civil médica. La teoría de la pérdida de oportunidad y del resultado o daño desproporcionado», en *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, 2001, pp. 23-42.

DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C.

- «Relación de causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil sanitaria», en *Indret*, 2003. [www.indret.com](http://www.indret.com)

DOBBS

- *The Law of Torts*, St.Paul, Minn, West Group, 2000.

EMALDI CIRIÓN, A.

- «La responsabilidad jurídica derivada de diagnósticos genéticos erróneos», en *La Ley*:

- revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2001, pp. 1603-1612.
- FOWLER V. HARPER; FLEMING JAMES, JR; OSCAR S. GRAY
- *The Law of Torts*, Ed. Aspez Law & Business, 1956.
- GALÁN CORTÉS, J.C.
- *Responsabilidad civil médica*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2011.
  - *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Ed. Civitas, Madrid, 2001.
  - «La acción de wrongful birth en nuestra jurisprudencia», en *Revista Española de Medicina Legal*, XXII (84-85), 1998 , pp 10-14.
- GARCÍA HERNÁNDEZ, T; MARTÍNEZ LEÓN, C; MARTÍNEZ LEÓN, M<sup>a</sup>.M.,
- «La medicina ante el Derecho y la responsabilidad objetiva», en *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*.1999, pp. 1635.
- GARRIGA GORINA, M.
- «Negligencia en el diagnóstico prenatal. Comentario a la STS, 1<sup>a</sup>, 7 de junio de 2002», en *InDret*, Barcelona, 2003. www.indret.com
- LARROUMET, C.
- *Droit civil. Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, Ed. Economica, París, 2007.
- LUNA YERGA, Á.
- «Oportunidades perdidas. La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad civil médico-sanitaria», en *Indret*, 2005. www.indret.com
- MACÍA MORILLO, A.
- *La responsabilidad médica por diagnósticos preconceptivos y prenatales. (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
  - «Negligencia médica en el seguimiento del embarazo y responsabilidad por wrongful birth. Comentario a la STS (Sala 1<sup>a</sup>) de 24 de octubre de 2008», en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, N° 18, 2008, pp. 189-210.
  - «La responsabilidad civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life», en *Revista de Derecho Universidad del Norte*, N° 027, 2007.
- MARTÍN CASALS, M.
- «Wrongful Conception and Wrongful Birth Cases in Spanish Law: Two Wrongs in Search of a Right» in Ulrich MAGNUS / Jaap SPIER, *European Tort Law. Liber*

- Amicorum for Helmut Koziol*, Peter Lang, Frankfurt a.M., 2000, pp 179-208.
- MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J.  
- «Anticonceptivas fallidas e hijos no previstos», en *Indret*, 2001. [www.indret.com](http://www.indret.com)
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. Et al.  
- *Curso de Derecho Civil (II). Derecho del Obligaciones*, Ed. Colex, Madrid, 2011.
- LACRUZ BERDEJO, J.L.  
- *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, Ed. Dykinson, Madrid, 2009.
- PACHECO JIMÉNEZ, M<sup>a</sup>. N.  
- *Acciones wrongful birth y wrongful life: una controvertida vía de responsabilidad civil médica*, Universidad de Ciencias Sociales de Cuenca, SPCS Documento de trabajo 2011/2.
- SALVADOR CODERCH, P. y FERNÁNDEZ CRENDE, A.  
- «Causalidad y responsabilidad», en *Indret*, 2006. [www.indret.com](http://www.indret.com)
- SEUBA TORREBLANCA, J.C.; RAMOS GONZÁLES, S.; LUNA YERGA, A.  
- «Falsos positivos. La responsabilidad civil derivada del diagnóstico erróneo de enfermedades», en *Indret*, 2002. [www.indret.com](http://www.indret.com)
- SEUBA TORREBLANCA, J.C. y RAMOS GONZÁLEZ, S.  
- «Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica. Presentación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre», en *Indret*, N<sup>º</sup> 138, 2003. [www.indret.com](http://www.indret.com)
- WILMOTH, D.D,  
- *Wrongful birth causes of action: suggestions for a consistent analysis*, 63 Marq. L. Rev. 611, 1980. <http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol63/iss4/3>
- XIOL RÍOS, J.A.  
- *Derecho sanitario en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo*, Madrid, Octubre de 2012.

## Referencias jurisprudenciales

### Audiencias Provinciales:

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6<sup>a</sup>), número 80/2000, de 31 de marzo (AC\2000\915)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3<sup>a</sup>), número 386/2001, de 9 de abril (AC\2002\159)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5<sup>a</sup>), de 29 de abril de 2002 (JUR\2002\206917)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete (Sección 1<sup>a</sup>), número 244/2002, de 30 de octubre (AC\2002\1867)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 1<sup>a</sup>), de 17 de noviembre de 2002 (AC\2002\1929)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5<sup>a</sup>), número 41/2005, de 25 de enero (AC\2005\339)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1<sup>a</sup>), número 485/2006, de 29 de noviembre (JUR\2007\194526)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1<sup>a</sup>), número 411/2008, de 28 de octubre (JUR\2009\78233)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13<sup>a</sup>), número 508/2010, de 13 de septiembre (AC\2010\1702)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 5<sup>a</sup>), número 59/2013, de 15 de febrero (AC\2013\2036)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona (Sección 1<sup>a</sup>), número 188/2013, de 6 de mayo (AC\2013\1460)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11<sup>a</sup>), número 549/2013, de 10 de octubre. (AC\2013\2119)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 4<sup>a</sup>), número 29/2014, de 31 de enero (JUR\2014\81927)

### Tribunales Superiores de Justicia:

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1<sup>a</sup>), número 1211/2005, de 16 de noviembre (JUR\2006\69698)

- Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1<sup>a</sup>), número 1/2006, de 10 de enero (RJCA\2006\184)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1<sup>a</sup>), número 18/2010, de 25 de enero (JUR\2010\379482)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4<sup>a</sup>), número 274/2012, de 5 de marzo (JUR\2012\160956)
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1<sup>a</sup>), número 1076/2013, de 7 de octubre (JUR\2013\325263)

Audiencia Nacional:

- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4<sup>a</sup>), de 6 de junio de 2001 (RJCA\2001\1280)
- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1<sup>a</sup>), de 24 de octubre de 2011 (RJCA\2011\880)

Tribunal Supremo:

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), número 604/1997, de 1 de julio (RJ\1997\5471)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil ), número 495/1997, de 6 de junio (RJ 1997\4610)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), número 581/2002, de 7 de junio (RJ\2002\5216)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), número 63/2003, de 31 de enero (RJ\2003\646)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>), número 7801/2003, de 18 de diciembre (RJ\7942/2006)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1<sup>a</sup>), número 1184/2003, de 18 de diciembre (RJ\2003\9302)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>), número 1108/2004, de 17 de noviembre (RJ\2004\7238)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6<sup>a</sup>), de 10 de mayo de 2005 (RJ\2005\9332)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>), número 922/2005, de 24 de

noviembre (RJ\2005\7855)

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>), número 1002/2005, de 21 de diciembre (RJ\2005\10149)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), número 495/2006, de 23 de mayo. (RJ\2006\3535)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6<sup>a</sup>), de 10 de mayo de 2007 (RJ\2007\3403)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>), número 544/2007, de 23 de mayo (RJ\2007\4667)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>), número 544/2007, de 26 de mayo (RJ\2007\4667)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>), número 837/2007), de 6 de julio (RJ\2007\3658)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>), número 836/2007, de 19 de julio (RJ\2007\4692)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>), número 1227/2007, de 15 de noviembre (RJ\2007\8110)
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de septiembre de 2010. (RJ\2010\5155)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>), número 1197/2007, 23 de noviembre (RJ\2008\24)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6<sup>a</sup>), de 4 de noviembre de 2008 (RJ\2008\5860)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>), número 583/2010, de 27 de septiembre (RJ 2010/5155)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>), número 1/2011. (RJ\2011\299)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>), número 344/2011, de 31 de mayo (RJ\2011\4000)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4<sup>a</sup>), de 20 de marzo de 2012 (RJ\2012\4676)
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>), número 157/2013, de 14 de

marzo (RJ2013\2422)

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1<sup>a</sup>), número 463/2013, de 28 de junio (RJ2013\4986)