

Trabajo Fin de Grado

LOS DAÑOS MORALES EN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL ÁMBITO SANITARIO: CASUÍSTICA

MORAL DAMAGES IN THE LIABILITY OF THE ADMINISTRATION IN THE HEALTH FIELD: CASUISTICS

Autor/es

FONCILLAS FERRER, JARA

Director/es

MOREU CARBONELL, ELISA

FACULTAD DE DERECHO; AREA DERECHO ADMINISTRATIVO
CURSO 2019/2020

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN

1. ELECCIÓN DEL TEMA.....pág. 4
2. METODOLOGÍApág. 4

II. APROXIMACIÓN AL DAÑO SANITARIO

1. CONCEPTO DE DAÑO SANITARIO.....pág. 5
2. VÍAS DE EXIGENCIA.....pág. 5
 - 2.1.Especialidades en la vía administrativa y contencioso-administrativapág. 6
3. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.pág. 8

III. CONCEPTO DE DAÑO MORAL

1. DOCTRINA CIENTÍFICA.....pág. 9
 - 1.1. Definiciones negativas.....pág. 10
 - 1.2. Definiciones en relación a la clasificación del daño.....pág. 10
 - 1.3. Definición por su función.....pág. 10
2. JURISPRUDENCIA.....pág.10

IV. DAÑO MORAL DERIVADO DE LESIÓN FÍSICA

1. BAREMO DE ACCIDENTES DE TRÁFICO.....pág. 13
 - 1.1.Perjuicio personal básico.....pág. 13
 - 1.2.Perjuicio personal particular.....pág. 14
2. PERJUICIO ESTÉTICO.....pág. 14
3. SUPUESTO PRÁCTICO Y SU CUANTIFICACIÓN.....pág. 15

V. DAÑO MORAL AUTÓNOMO

1. ESTADOS DE ÁNIMO: INQUIETUD Y ZOZOBRA.....pág. 17
 - 1.1.Error en el diagnóstico.....pág. 17
 - 1.2.Retraso en el diagnóstico.....pág. 18
2. ACCIONES WRONGFUL.....pág. 19

2.1. Wrongful conception.....	pág. 20
A) <i>Operaciones de esterilización</i>	pág. 22
B) <i>Mecanismos anticonceptivos</i>	pág. 22
2.2. Wrongful birth.....	pág. 22
2.3. Wrongful life.....	pág. 25
VI. CONSENTIMIENTO INFORMADO	
1. INFORMACIÓN ASISTENCIAL.....	pág. 26
2. PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO.....	pág. 27
3. JURISPRUDENCIA.....	pág. 27
VII. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA EN TIEMPOS DE COVID-19: UNA PREVISIÓN.	
VIII. CONCLUSIONES	pág. 31
IX. BIBLIOGRAFÍA	
1. FUENTES DOCTRINALES	
2. FUENTES JURISPRUDENCIALES	
3. FUENTES NORMATIVAS	

I. INTRODUCCIÓN

1.1.ELECCIÓN DEL TEMA

La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria es una de las cuestiones más actuales del derecho administrativo. Sin embargo, también es un tema controvertido sobre el que el legislador todavía no ha establecido un régimen concreto, por lo que se ha configurado sobre la base de la doctrina científica y judicial.

A nivel personal, tenía claro que mi trabajo debía versar sobre el derecho sanitario, por lo que me dispuse a investigar al respecto. De mi análisis inicial y mi breve experiencia en las prácticas de la carrera tuve la impresión de que se reclamaban indemnizaciones por daños morales, y en ocasiones se concedían, pero sin especificar por qué conceptos, y sin justificar el quantum indemnizatorio. De tal manera, que ante tal incertidumbre centré mi investigación en los daños morales. A este respecto, la doctrina principalmente se ha pronunciado sobre su dificultad probatoria y la problemática de determinar la cuantía indemnizable a falta de criterios objetivos. No obstante, no acababa de entender la aplicación práctica de toda esta teoría, por lo que mi trabajo se centra en la explicación de los daños y los conceptos indemnizatorios que estos incluyen.

1.2.METODOLOGÍA

He configurado este trabajo como una guía práctica para entender los supuestos en los que se generan daños morales en la sanidad pública, bajo qué condiciones pueden dar lugar a indemnización y cuál es el método más utilizado para su cuantificación.

En primer lugar se expondrá una breve aproximación al daño sanitario en la que explicaré las diferentes vías de exigencia, prestando especial atención a la administrativa. También se explicarán las particularidades que presenta el daño sanitario en la aplicación del sistema general de responsabilidad patrimonial. Y por último, realizaré una breve exposición sobre la doctrina de la pérdida de oportunidad y su incidencia en este ámbito.

Continuando con la dinámica del trabajo se expondrán *grosso modo* las principales concepciones del daño moral tanto por parte de la doctrina, como de la jurisprudencia.

A continuación, siguiendo la clasificación realizada por Hurtado Díaz-Guerra (Cap IV) se explican los daños morales que traen causa de una lesión física, con especial mención al perjuicio estético; y los daños morales puros o autónomos. En este último bloque se incluyen las acciones derivadas de los estados de ánimo y los shocks causados principalmente por los errores y retrasos diagnósticos. A este respecto, ante la situación de pandemia global y el previsible aluvión de reclamaciones de responsabilidad, he expuesto cual es en mi opinión el único supuesto que prosperará. Posteriormente, pasaré a estudiar las conocidas acciones *wrongful* en sus diferentes modalidades, las acciones *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life*.

II. APROXIMACIÓN AL DAÑO SANITARIO

Como paso previo a la inmersión en los daños morales en el ámbito sanitario conviene determinar qué es el daño sanitario y cuáles son sus principales características y especialidades respecto a otros daños del ordenamiento.

1. CONCEPTO DE DAÑO SANITARIO

La legislación no define ni conceptualiza qué se debe entender por daño sanitario, limitándose, en el ámbito administrativo, a establecer los requisitos genéricos que deben concurrir para considerar un daño indemnizable por la Administración¹; y en el ámbito civil, a la remisión a los sistemas de responsabilidad contractual y extracontractual generales². Por ende, ha sido la doctrina la encargada de definir qué es la responsabilidad sanitaria, que en palabras de JOAQUÍN CAYÓN-DE LAS CUEVAS es «el instituto que permite indemnizar los daños provocados al perjudicado –en nuestro caso, el paciente- siempre que entre la acción u omisión del prestador de servicios sanitarios y el perjuicio provocado exista una relación de causalidad».

2. VÍAS DE EXIGENCIA

En primera instancia se han de diferenciar las acciones u omisiones delictivas y aquellas que no lo son. En el primer caso, se deberá exigir responsabilidad penal por el delito contra la integridad física que corresponda, y además podrá ejercitarse conjunta o separadamente la responsabilidad *ex delicto* –art 1091 CP-. Por lo que se refiere a las

¹ Capítulo IV, del Título Preliminar de la Ley 40/2015, de de Régimen Jurídico del Sector Público.

² Artículos 1101 y 1902 del Código Civil respectivamente.

segundas, se ha de realizar una nueva subdivisión entre aquellas exigibles vía civil y las exigibles en el ámbito del derecho administrativo.

La responsabilidad civil sanitaria procederá en aquellos casos en los que el prestador del servicio sea privado, o se ejercite la acción directa contra el asegurador de la responsabilidad civil del prestador de servicios sanitarios –art 76 LCS- ya sea este privado, concertado o público. La acción civil se puede amparar tanto en una relación contractual, principalmente derivada de contratos de servicios sanitarios o de contratos de seguro de asistencia sanitaria –art 1137 CC-; como de una relación extracontractual - art 1902 CC-.

La responsabilidad patrimonial sanitaria procederá cuando el prestador de servicios sanitarios sea un ente público o concertado³, o si se demanda conjuntamente al prestador de servicios y a la compañía aseguradora. Es de los daños morales producidos en este tipo de responsabilidad sobre los que versa el presente trabajo.

2.1.Especialidades en la vía administrativa y contencioso-administrativa

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público regula el sistema de responsabilidad patrimonial general mediante la exigencia de cuatro requisitos: I. El funcionamiento normal o anormal de la Administración Pública; II. La realidad efectiva del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado; III. La relación directa de causalidad entre esta actuación u omisión -funcionamiento- y la lesión; IV. La antijuridicidad del daño, es decir, que el perjudicado no esté obligado a soportarlo; y, como causa de exclusión, la no concurrencia de causa de fuerza mayor. Ahora bien, en el ámbito sanitario concurren ciertas especialidades.

En primer lugar, el referido sistema de responsabilidad exige como premisa una actuación u omisión de la administración, lo que aplicado al ámbito sanitario engloba toda actuación prestada en el marco del sistema público de salud, sea cual sea su modo de gestión. Como ya se ha adelantado, también puede exigirse responsabilidad patrimonial a los hospitales o centros de salud concertados, dado que mediante el concierto sanitario la entidad privada se somete al régimen público de responsabilidad.

³ Art 2.e) de Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; art 9.4 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones; y posterior aclaración en Disposición Adicional 12ª Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992. Legislación actualmente derogada, pero en la que tiene su origen la responsabilidad patrimonial de los entes concertados.

Esta situación se consolidó con la anterior ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aunque la jurisprudencia ya venía aplicando dicho criterio, especialmente en relación con MUFACE e ISFAS⁴. Posteriormente se introdujo una cláusula similar en la Ley de Contratos del Sector Público, que rige el mencionado concierto.

Por otro lado, se debe diferenciar la concepción de lesión en el ámbito sanitario puesto que sólo se indemnizará aquella que afecte a derechos fundamentales y que, obviamente, no sea inherente a la propia intervención o prestación prescrita. Se exige además que sea efectiva, aunque en los casos que se estudian (daños morales), en cierto modo se hacen previsiones a futuro; y evaluables económicamente. Este último punto es bastante conflictivo dado que no existe un baremo para cuantificar las lesiones sanitarias, acudiendo al baremo de accidentes de tráfico, en busca de criterios orientativos a pesar de que las situaciones que se regulan son completamente diferentes, principalmente porque, en muchos de los supuestos de responsabilidad sanitaria, el perjudicado presenta patologías o dolencias previas.

En principio, la Ley española regula un sistema de responsabilidad patrimonial objetivo. Sin embargo, reiterada jurisprudencia⁵ modula este carácter objetivo para evitar que la administración pública se convierta en una «aseguradora universal» de todos los riesgos. Así pues, no resulta suficiente con la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir a la *lex artis* como método para determinar cuál es la actuación médica correcta. Dicha *lex artis*, ha sido definida por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 2 de marzo de 2010 como «todo aquello que un profesional debe conocer acerca de su materia y que, por tanto, es exigible que aplique al ejercer su profesión».

A este respecto, también es preciso señalar que la prestación sanitaria constituye una obligación de medios y no de resultados, es decir, una obligación de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar la curación del paciente. Así pues, es exigible a la administración la utilización de cuántos medios conozca la ciencia médica,

⁴ En tal sentido se pronuncian: la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección1ª), de 29 octubre 2012, JUR 2012\353348 (Aranzadi); y Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección6ª), 24 mayo 2007, RJ 2007\5088 (Aranzadi).

⁵ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección6ª), de 30 septiembre 2003, RJ 2004\586; Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección6ª) de 23 marzo 2011, RJ 2011\2530; o más recientemente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo) Sentencia núm. 448/2017 de 28 junio. JUR 2017\227448 (Aranzadi).

de acuerdo con las circunstancias crónicas del paciente concreto. En definitiva, independientemente de si se ha producido o no lesión, se debe examinar si la administración ha puesto todos los medios disponibles para el tratamiento del paciente, y si el personal sanitario ha seguido la *lex artis*, pues solo en caso contrario podrá considerarse la lesión antijurídica.

3. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

En la última década se ha desarrollado jurisprudencialmente la doctrina de la pérdida de oportunidad. Esta es una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite la indemnización en aquellos casos en que no se hubiera vulnerado, pero aún así se hubiera producido un daño antijurídico. Se da en aquellos casos en que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación probables en caso de otro proceder. Esta doctrina conlleva principalmente que la indemnización sea siempre parcial, debido a la falta de certeza del nexo causal entre la omisión médica y las secuelas sufridas por el paciente. Para que la indemnización fuera total, debería acreditarse un grado de probabilidad de que la actuación médica omitida hubiera producido un efecto beneficioso en el estado final del paciente.

El Tribunal Supremo considera que la pérdida de oportunidad es una cierta pérdida de alternativa de tratamiento que se asimila al daño moral y que es indemnizable. Sin embargo, a mi parecer, funciona como criterio de graduación de las indemnizaciones sobre lo que en este trabajo se considera daño moral, es decir, el error o retraso diagnóstico y las denominadas acciones *wrongful*. En tal sentido, también el propio Tribunal Supremo, en la reciente sentencia de 20 de marzo de 2018 establece que «según el grado de probabilidad que se estime concurrente en cada caso, resultará procedente una cuantía u otra, más cercana evidentemente en determinados supuestos a la completa indemnidad, si se considerarán que son muchas las posibilidades de curación [...] y más lejana, si se consideran en cambio remotas tales posibilidades». Así, dependiendo del grado de probabilidad de curación de haberse procedido de otro modo pueden darse varias opciones: si las posibilidades de curación hubieran sido superiores al 80% se considera alto grado de probabilidad y por tanto se convierte en una certeza razonable, aplicando la probabilidad cualificada, y procediendo el 100% de la indemnización. Sin embargo, por debajo del 20 % de probabilidad de curación, se convierte en probabilidad nula, y no procederá ningún tipo de indemnización- Así, en

esta horquilla entre el 20 y el 80% se sitúa la pérdida de oportunidad que da derecho a la indemnización parcial⁶.

Por último, una vez se ha concluido que la reclamación ha de realizarse por vía administrativa y que además concurren todos los requisitos para la exigencia de responsabilidad patrimonial, hay que diferenciar entre los daños físicos, que son aquellos que afectan a la integridad física de la persona, y los daños morales, que afectan a la personalidad del paciente. Siendo estos últimos objeto del análisis que se efectuará a continuación.

III. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DAÑO MORAL

El daño moral dada su propia naturaleza inmaterial encuentra múltiples dificultades para su definición, por ello ni jurisprudencia ni doctrina consiguen concretar un concepto unitario del mismo. Es un concepto jurídico indeterminado que da lugar a diferentes interpretaciones y por lo tanto a diferentes aplicaciones de la ley frente a un mismo supuesto de hecho.

A pesar de que esta figura no se encuentra específicamente contenida en la legislación, viene siendo incluida en la figura de “reparación del daño” desde hace más de un siglo⁷. Aunque, el propio Tribunal Supremo reconoce en múltiples sentencias⁸ que es una noción “difícil, relativa e imprecisa”, centrándose más en la casuística que en dar una concepción general de esta figura

1. DOCTRINA CIENTÍFICA

La doctrina científica concibe principalmente tres modos de conceptualizar los daños morales, ninguno de ellos exento de críticas. Por un lado, se delimita negativamente respecto a los daños patrimoniales, por otro en relación a la clasificación del daño, y por último por su función principal. Teorías que sin ánimo de exhaustividad se exponen a continuación.

⁶ LATORRE LUNA, L., “La aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño moral como concepto indemnizable”, en *Bioderecho.Es*, n.º 8, julio de 2019, p. 4 págs., doi:10.6018/bioderecho.368571. y CAYÓN-DE LAS CUEVAS, J., *En Curso sobre responsabilidad en el ámbito sanitario*, Aranzadi, 2019.

⁷ Fue reconocido por primera vez en STS de 6 de diciembre de 1912.

⁸ STS 22/05/1995; STS 14/12/1996; 05/10/1998.

1.1. Definiciones negativas.

Fue en los inicios la más utilizada y admitida por la doctrina; pero, dentro de esta misma línea general tampoco existía univocidad, dando cada autor una concepción diferente.

Uno de los máximos exponentes de esta teoría es DE CUPIS quien entiende que el daño no patrimonial -moral- solo se puede entender por exclusión del daño patrimonial; siendo el primero todo daño que no pueda incluirse en el segundo bien porque su objeto no es de interés patrimonial o bien por no estar relacionado con un bien patrimonial.

Otra parte de la doctrina sostiene que se debe contraponer a la falta de repercusión en el patrimonio, siendo el daño moral aquel que no implica la disminución de este.

1.2. Definiciones en relación a la clasificación.

A este respecto la clasificación más comúnmente aceptada es la que diferencia entre daños materiales y morales.

Uno de los principales exponentes de la clasificación bipartita es Josserrand⁹, que contrapone el daño material, entendido como el que afecta al patrimonio o a la persona física del damnificado, al daño moral, que recae sobre el afecto a uno mismo. No obstante, hay autores como Vicente Domingo (pág. 51) que establecen una categoría autónoma para los daños corporales dado que pueden incidir tanto en la integridad corporal, como psíquica, y a su vez puede tener o no repercusión en el patrimonio.

1.3. Definición por su función.

Esta concepción recoge las anteriores en cuanto a que se define el daño moral por su función satisfactoria, y no como equivalente, el dinero no puede sustituir el bien dañado, por la propia naturaleza del daño causado, pero sí puede procurar sensaciones agradables que ayudan a equilibrar el patrimonio moral del sujeto en una suerte de compensación (Diez Picazo, pág. 96).

2. JURISPRUDENCIA

En términos de Diez-Picazo el Tribunal Supremo utiliza un “concepto comodín”, es decir, más que definir qué son los daños morales, se ha centrado en sus

⁹ Derecho civil, tomo II, Buenos aires 1950, pags 330-331.

características. Sin embargo, se pueden seleccionar algunas sentencias en las que el Alto Tribunal ha profundizado en su contenido.

La Sentencia del Tribunal supremo de 28 de febrero de 1959 establece que <<el daño moral está constituido por los perjuicios que sin afectar a las cosas materiales, (...), se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales de la salud, el honor, la libertad y análogos>>. No obstante, esta concepción fue rápidamente superada, de tal manera que en la famosa sentencia de 22 de junio de 1984, el Tribunal Supremo estableció que <<actualmente predomina la idea de daño moral representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades, o incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad>>.

Ya en los años 90 el Tribunal Supremo reconoció que a pesar de haberse iniciado en el campo de las relaciones extracontractuales, se había ampliado su concepción, superando los criterios inicialmente exigidos para la aplicación como “pretium doloris”.

En la STS de 31 de mayo de 2000, el tribunal opta por definir los daños morales en torno a las situaciones que lo generan: <<La situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico (Sentencias 22 mayo 1995, 19 octubre 1996 y 24 septiembre 1999). La reciente Jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (S. 23 julio 1990), impotencia, zozobra, ansiedad, angustia (S. 6 julio 1990 (RJ 1990, 5780)), la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (S. 22 mayo 1995), el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente (S. 27 enero 1998 [RJ 1998, 551]), impacto, quebranto o sufrimiento psíquico (S. 12 julio 1999)>>.

No es hasta 2015 cuando el Tribunal Supremo define más claramente que se debe entender por daños morales aquellos que no son susceptibles de ser evaluados patrimonialmente por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no sólo en el ámbito moral estricto, sino también en el ámbito psicofísico de la persona y consiste, paradigmáticamente, en los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica.

IV. DAÑO MORAL DERIVADO DE LESIÓN FÍSICA

Dentro del concepto de daño moral se ha de diferenciar lo que originalmente se denominó *pretium doloris*, que comprende tanto el daño físico, como el dolor moral; del daño moral autónomo. Este epígrafe versa sobre el primero de ellos, el dolor moral derivado de la lesión física.

BARRIENTOS ZAMORANO (pág. 147) explica este concepto en comparación con la figura del “*pain and suffering*” del *Common law*, identificando “*pain*” con el dolor físico y la molestia generados por el daño en sí mismo, y “*suffering*” como la repercusión mental que se sufre como consecuencia de dicho daño.

Dado que este tipo de daño moral está ligado a un daño físico, su valoración es más sencilla, puesto que a través de periciales médicas se obtienen datos objetivos para su valoración. Como ya se adelantó en la introducción, en el Ordenamiento Jurídico español no existe un baremo específico para las lesiones en el ámbito sanitario, sino que se acude al Baremo de Accidentes de Circulación. Ahora bien, este baremo habrá de ser considerado como orientativo dada la falta de identidad de razón para aplicarlo analógicamente¹⁰. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 17 de julio de 2014 estableciendo que «la utilización de algún baremo objetivo puede ser admisible, pero siempre y cuando se utilice con carácter orientativo y no vinculante [...] por lo que no puede acogerse la alegación de la parte que exige que la indemnización se acomode a baremo». A pesar de que este baremo no es vinculante y de que los daños en la responsabilidad patrimonial se pueden cuantificar a través de otros métodos, como la analogía con otros supuestos o cualquier otra argumentación y justificación suficientes; lo cierto es que en la práctica se utiliza frecuentemente. Así pues, se expondrán a continuación tanto los criterios generales del baremo respecto a los daños morales derivados lesión física, así como su aplicación práctica a través de un supuesto.

¹⁰ El art 4.1 del Código Civil establece como requisito la “*identidad de razón*” siendo esta inexistente entre las causas de estos daños, por un lado el baremo regula los daños causados a partir de un accidente de circulación, y por otro, los supuestos de hecho objeto de estudio, son daños causados a raíz de la asistencia sanitaria, en la que, en la mayor parte de los casos, el perjudicado tiene dolencias o afecciones previas.

1. BAREMO DE ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN

En primer lugar, es conveniente recordar los principios rectores de la Ley 35/2015, el principio de reparación integral, que asegura la total indemnidad de los daños y perjuicios padecidos. Por ello se tienen en cuenta las circunstancias personales, familiares, sociales y económicas, y por lo tanto el baremo incluye tanto daños morales, como patrimoniales; y, el principio de vertebración, conforme al cual debe realizarse la valoración separada de los diferentes ítems a los que la parte se acoja.

Este baremo, recoge para cada uno de los supuestos de hecho, a saber, el fallecimiento, las lesiones temporales y las secuelas¹¹, tres tipos de perjuicios: el perjuicio personal básico, el perjuicio personal particular, y el perjuicio patrimonial. Siendo los dos primeros los que interesan a efectos de cuantificar el daño moral. Entre ellos, el perjuicio particular básico es aquel que compensa el dolor, sufrimiento o daño moral general para todas las personas, sin tener en cuenta las circunstancias personales; y, el perjuicio personal particular, compensa el plus de dolor o daño moral que corresponde a cada víctima de forma individual, atendiendo a sus circunstancias personales -por ejemplo si su profesión es deportista de élite-. Si bien los daños morales se recogen en relación con los tres supuestos anteriormente citados, son especialmente relevantes en las secuelas.

1.1. Perjuicio personal básico.

Para poder cuantificar dicho daño moral, hemos de acudir en primer lugar al denominado baremo médico, en el que se contienen las secuelas que integran el perjuicio psicofísico que desde el punto de vista anatómico afectan a la funcionalidad de un determinado miembro u órgano. Además, en el caso de existir perjuicio estético, se habrá que acudir a la tabla habilitada como capítulo especial. Para ello, los informes médico-asistenciales deberán someterse a un dictamen del médico valorador para traducir dichos informes en los conceptos recogidos por el baremo. Cada secuela solo se valorará una vez, aunque su sintomatología encaje en varios apartados, en caso de concurrencia de varias secuelas, se acudirá a la fórmula Balthazar, la Ley inter-gravitatoria, o a la fórmula para secuelas agravatorias.

¹¹ Las lesiones temporales son aquellas que se producen desde que se causa el daño hasta su curación o hasta la estabilización de las secuelas, siendo estas por tanto las que prevalecen finalizado el proceso de curación.

1.2. Perjuicio personal particular.

Este concepto permite indemnizar el plus de daño moral conforme a las circunstancias personales de la víctima, por lo tanto no será aplicable en todos los casos. Para dar lugar a la indemnización deberá obtenerse por el anterior concepto un mínimo de 60 puntos, cuando solo haya una secuela, o de 80, para la concurrencia de secuelas. No obstante, además de este daño complementario, se incluye la pérdida de calidad de vida como concepto indemnizable, compensando la influencia de las secuelas en el desarrollo de las actividades habituales del lesionado, diferenciando si el impedimento es para actividades esenciales de la vida diaria¹², es decir, pérdida de autonomía personal, o si impiden o limitan para actividades específicas¹³, en cuyo caso se considerarán pérdida de desarrollo personal.

2. EL PERJUICIO ESTÉTICO

El artículo 101.1 de la Ley 35/2015 define perjuicio estético como «cualquier modificación que empeora la imagen de la persona. Es un perjuicio distinto del psicofísico que le sirve de sustrato y comprende tanto la dimensión estática como la dinámica». Se entiende por perjuicio estático las mutilaciones, deformidades, ya sea de la piel en general, la cara o parálisis, la disminución o pérdida de sustancia, y las cicatrices; el perjuicio dinámico incluye la cojera y la alteración tanto en los gestos, como del movimiento (MORTE TAMAYO, pág. 15).

En cuanto a su valoración, debe realizarse de manera conjunta, es decir, reconducir el conjunto de perjuicios a una sola categoría. Para ello, se considerará el grado de visibilidad del perjuicio, principalmente la localización del mismo y su tamaño, la atracción a la mirada de los demás, la reacción emotiva reproduce en terceras personas, y la posibilidad de que ocasione alteración en las relaciones interpersonales del perjudicado.

¹² Art 51 Ley 35/2015: “se entiende por actividades esenciales de la vida ordinaria comer, beber, asearse, vestirse, sentarse, levantarse y acostarse, controlar los esfínteres, desplazarse, realizar tareas domésticas, manejar dispositivos, tomar decisiones y realizar otras actividades análogas relativas a la autosuficiencia física, intelectual, sensorial u orgánica”.

¹³ Art 54 Ley 35/2015: “se entiende por actividades de desarrollo personal aquellas actividades, tales como las relativas al disfrute o placer, a la vida de relación, a la actividad sexual, al ocio y la práctica de deportes, al desarrollo de una formación y al desempeño de una profesión o trabajo, que tienen por objeto la realización de la persona como individuo y como miembro de la sociedad”.

El baremo recoge seis grados de perjuicio estético, a los que se asigna una horquilla diferente de puntos, y por lo tanto una diferente valoración económica. El mayor grado de perjuicio es el importantísimo, que incluye grandes quemaduras, pérdida de sustancia o alteraciones de la morfología facial o corporal. A continuación se instaure la categoría de muy importante, consistente en la amputación de dos extremidades o la tetraplejia. La categoría de perjuicio importante, recoge la amputación de una extremidad y la paraplejia. Sigue el grado medio, consistente en la amputación de varios dedos, la cojera relevante o las cicatrices especialmente visibles, principalmente en las zonas descubiertas como pueden ser la cara o las manos. El grado moderado recoge cicatrices visibles, la amputación de un dedo y la cojera leve. Por último, el perjuicio ligero engloba aquellas cicatrices pequeñas fuera de la zona facial.

A este respecto, cabe añadir, que además de la inclusión del perjuicio en uno de estos grados y su consecuente indemnización, cabe adicionar a esta el coste de la cirugía estética derivada del daño.

3. SUPUESTO PRÁCTICO Y SU CUANTIFICACIÓN

A modo de ejemplo, se explicará un caso juzgado en el Tribunal Superior de Murcia en 2015, en el que concurren tanto daños morales derivados de lesión física, como perjuicio estético.

Los hechos fueron los siguientes: D. Luisa, acudió al hospital, donde se le diagnosticó un carcinoma tímico -un tipo de tumor- y se le administró un primer ciclo de quimioterapia durante 3 meses, en el cuarto mes se le realiza una operación quirúrgica, tras la que se examina de nuevo el caso y se envía al laboratorio una biopsia, confirmándose que realmente era un linfoma B difuso de células grandes CD -otro tipo de tumor-.

Examinado y constatado el error diagnóstico inicial, sus consecuencias fueron: I. Tratamiento de quimioterapia, que aunque no ajustado al tipo tumoral, resultó ser eficaz; II. Cirugía innecesaria para el tipo de tumor real; III. Periodo que media entre el diagnóstico erróneo y el correcto; IV. Trastorno depresivo reactivo.

Con independencia de los perjuicios patrimoniales que pudieran derivarse, como perjuicios personales se estimaron: I. Trastorno depresivo; II. Insuficiencia respiratoria derivada de la cirugía innecesaria; III. Cicatriz en el tórax. Respecto al tratamiento de

quimioterapia no se aprecian daños puesto que a pesar de no ser el más indicado, fue eficaz, por lo que no existe un daño efectivo.

Reanudando el objetivo de este apartado, una vez identificados los daños, hay que cuantificarlos, en este caso, la opción elegida es la más habitual, conforme a baremo. Por un lado, la insuficiencia respiratoria encaja con el código 04012 “*Secuelas postraumáticas pleurales*” al que se asigna una horquilla de 10 a 15 puntos, fijándose por el juez 12. En cuanto a la cicatriz, está situada en el pecho y su longitud es de 28,5 cm, por lo que su calificación, como cicatriz visible, encaja en el perjuicio moderado - Código 11002-, al cual corresponde una horquilla de entre 7 y 13 puntos, de la cual, el juez elige el punto medio, asignando a este concepto 10 puntos. Una vez visto el baremo médico, se ha de acudir al económico para transformar los puntos en la cuantía indemnizatoria.

Como se ha explicado en este epígrafe, se valoran por separado los daños derivados de lesión física y el perjuicio estético, aplicando el baremo de accidentes de circulación, si bien de forma orientativa, y transformando la puntuación otorgada por el mismo al *quantum* indemnizatorio.

V. DAÑO MORAL AUTÓNOMO

Como ya se expuso, los daños morales son toda manifestación psicológica que sufre el perjudicado, y que, por su naturaleza, no son traducibles a la esfera económica. En ellos se diferencian los derivados de lesión física y los autónomos, que son independientes de éstas.

Principalmente los daños morales autónomos, también denominados puros, están constituidos por el estado de ánimo del perjudicado, las acciones *wrongful* y la ausencia de consentimiento informado, que son objeto de explicación en este epígrafe. No obstante, la jurisprudencia también ha reconocido otros daños morales puros, como son la demora en el tratamiento, los causados por la esterilización involuntaria y por el extravío o deterioro de muestras biológicas o material genético.

Los daños morales autónomos constituyen además el principal escenario para la aplicación de la pérdida de oportunidad como criterio de graduación de la indemnización en el caso de las secuelas.

1. ESTADOS DE ÁNIMO: INQUIETUD Y ZOZOBRA

El concepto estados de ánimo incluye, a este respecto, el sufrimiento, los padecimientos psíquicos o espirituales, la inquietud, la impotencia, la angustia, y la zozobra. El Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de febrero de 2001 define zozobra como «sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre por la que aquella mala asistencia depara al enfermo, al percibir por ello no sólo que su patología no se le trata con la debida terapia, sino que lo que más le desazona es que ello suponga una agravación de su dolencia en el futuro». Más recientemente, la Audiencia Provincial de Zaragoza en su sentencia 168/2014 ha precisado zozobra como la «sensación anímica de pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre». Ahora bien, no procederá indemnización en todos los casos en que se genere una situación de malestar o incertidumbre, solo en aquellos que tengan una repercusión psicofísica grave.

Como supuestos en los que normalmente concurren estos estados anímicos cabe destacar el error diagnóstico, y el retraso diagnóstico.

1.1. Error diagnóstico

Por este concepto se indemniza al perjudicado que se ve envuelto en uno de los estados de ánimo anteriormente citados a causa de un error diagnóstico cometido por los servicios públicos en sus dos vertientes; tanto al hacer creer a una persona sana que padece una enfermedad, como hacer creer a una persona enferma que está sana, descubriendo posteriormente este error.

De acuerdo con Hurtado Díaz-Guerra, el error diagnóstico puede proceder de tres causas: «I. error por mal funcionamiento del centro sanitario, o por descoordinación o falta de medios; II. Mal funcionamiento del test o método de detección; III. Errónea lectura o interpretación del resultado del test» (HURTADO DIAZ-GUERRA, pág. 193).

A modo de ejemplo se expone el siguiente supuesto visto por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en al año 2019. Un señor acude al Hospital a realizarse una colonoscopia, tras lo cual es enviado a su domicilio. En la madrugada del día siguiente acudió a urgencias quejándose de fuerte dolor abdominal, y aún avisando de la realización de la colonoscopia el día anterior, se le envió de nuevo a su casa. Ese mismo día, por la mañana volvió a acudir a urgencias, donde una vez más lo enviaron a su casa. A los dos días le tuvieron que operar de urgencia y se descubrió que los dolores

procedían de una perforación intestinal durante la colonoscopia. El señor fallece cuatro meses después por las complicaciones que le había provocado la perforación inicial. En este supuesto existe un doble error diagnóstico, el de la madrugada del día siguiente, y el de esa misma mañana.

Como ya se ha expresado en varias ocasiones, el método más habitual de cuantificación es la aplicación orientativa del baremo de accidentes de tráfico. A diferencia de las secuelas, el fallecimiento se cuantifica a través de unas tablas directas en las que a cada concepto se asigna una cantidad. Al cónyuge viudo de 72 años y al menos 15 años de convivencia le corresponde una indemnización de 70.000€ -Tabla 1.A; Categoría 1-; y a los dos hijos mayores de 30 años, 20.000€ a cada uno -Tabla 1.A; Categoría 3-. Así, sin perjuicio de los daños patrimoniales que se pudieran exigir, corresponderá una indemnización de 110.000 €. En este caso, la pérdida de oportunidad ha sido del 100%, es decir, no se gradúa la indemnización, puesto que no se llegó a aplicar el tratamiento correcto, ni los resultados esperados de haberse aplicado desde un principio.

1.2.Retraso diagnóstico

En consonancia con el anterior, también debe indemnizarse la inquietud o zozobra originada a causa de un retraso diagnóstico imputable a la administración sanitaria, tenga o no repercusión física.

En el caso en que el retraso diagnóstico conlleve la aparición de nuevas lesiones o secuelas se suele optar por la cuantificación conforme a baremo por ser el método más cómodo.

Por el contrario, cuando la lesión no conlleva ningún agravamiento del estado de la enfermedad, la jurisprudencia lo considera un daño moral puro. En estos supuestos no hay una preferencia clara a la hora de elegir el método indemnizatorio pudiendo optar tanto por la cuantificación conforme a baremo, por los días “de más” que el paciente ha tenido que soportar a causa de la dilación en el procedimiento diagnóstico o terapéutico; como por la indemnización a tanto alzado justificándose en que el objeto de valoración no es el daño físico, al que sería aplicable el baremo, sino únicamente la incertidumbre causada (HURTADO DIAZ-GUERRA, págs.. 403-404).

Un claro ejemplo de retraso diagnóstico como daño moral puro es el recogido en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 9 de octubre de 2018.

Versa sobre una reclamación de responsabilidad por retraso en el diagnóstico. La actora acude en octubre de 2013 al hospital por incontinencia urinaria desde hacía varios meses, y se le derivó al médico especialista, que sin realizarle exploración, análisis o prueba alguna le remitió al psiquiatra por considerar que se trataba de un problema puramente psicológico. El psiquiatra, al no encontrar problema psiquiátrico le dio el alta. Tras ello, la actora acudió a una consulta privada en la que se le realizaron pruebas diagnósticas con las que acudió a otro hospital en el que se le diagnosticó estenosis de uretra.

En los retrasos diagnósticos es especialmente importante fijar en qué momento se pudo haber diagnosticado la enfermedad. En esta misma sentencia, la actora refiere que tiene problemas de vejiga desde los 2 años de edad pasando por varias infecciones e incluso cirugías. Fijando en los 22 meses de edad, cuando se le detectó por primera vez problemas en el sistema urinario, el inicio del retraso diagnóstico. No obstante, el Tribunal no admite dicha fijación del tiempo, sino que toma como *dies a quo* del retraso la primera visita al hospital en octubre de 2013.

Fijado el retraso en el diagnóstico, éste no conllevó un empeoramiento de la enfermedad, pues la intervención quirúrgica resolvió la estenosis. No obstante la paciente tiene derecho a ser indemnizada por el tiempo en el que padecía la patología y que se podría haber evitado en caso de un correcto diagnóstico en octubre de 2013. En este caso se cuantifica según baremo, y para ello se tienen en cuenta los días que ha estado ingresada en el hospital y que se hubieran podido evitar, haciendo en este caso un total de 153 y fijando una indemnización de 5.000€

2. LAS ACCIONES WRONGFUL

Siguiendo la estela del derecho anglosajón, se han venido aceptando en el Ordenamiento Jurídico español las denominadas acciones *wrongful*. Esta denominación acoge el conjunto de acciones perinatales, es decir, aquellas relacionadas con todo lo acontecido con anterioridad al nacimiento.

Las acciones *wrongful* constituyen la pérdida de oportunidad impropia, en la que se lesiona la autonomía de decisión. Estas se pueden clasificar en aquellas que se

derivan del nacimiento de un hijo no esperado pero sano, las denominadas acciones *wrongful conception*; y las derivadas del nacimiento de un hijo esperado, pero con alguna enfermedad o malformación que se podría haber detectado durante el embarazo, pero que no se hizo, es el caso de las *wrongful life* y las *wrongful birth*.

2.1. *Wrongful conception*

Las acciones *wrongful conception* son aquellas interpuestas por los progenitores por los daños derivados de una concepción no deseada, que había tratado de evitarse a través de medidas anticonceptivas que fallaron.

Estas acciones se derivan bien de operaciones de esterilización, bien de la colocación de mecanismos anticonceptivos internos. Ambos son considerados, cuando se persigue una finalidad no curativa, actos de medicina voluntaria o satisfactiva. En estos casos la obligación será de medios cualificada lo cual conlleva un incremento en los niveles de exigencia tanto en el actuar médico, como en la información proporcionada al paciente. Así pues, en relación con los métodos anticonceptivos se debe informar de sus probabilidades de error.

En este punto, conviene aclarar, que en ningún caso se indemniza la vida del hijo como un daño o perjuicio, sino que el objeto de estas acciones es el estado de ánimo de zozobra, inquietud o ansiedad que se genera por el nacimiento no solo de un hijo no esperado, sino cuya concepción se había tratado de evitar a través de operaciones quirúrgicas o dispositivos anticonceptivos.

La jurisprudencia recoge que es exclusivamente indemnizable el disgusto o angustia inicial al recibir la noticia de un embarazo que se creía imposible por la falta de información o incorrecta técnica quirúrgica¹⁴. O, que en ningún caso se ha de considerar que el niño o la niña nacidos como consecuencia del embarazo sea en sí mismo un daño y perjuicio producido por la falta de información que deba ser indemnizado¹⁵.

En cuanto al papel del consentimiento informado, si bien se explicará en el siguiente epígrafe a fondo, se anotarán a continuación sus especialidades en relación con las acciones *wrongful conception*. Junto con la mala praxis, son las causas de

¹⁴ En este sentido se pronuncian entre otras la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza nº 168/2014.

¹⁵ Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona de 3 febrero 2003.

aceptación de estas acciones. Al ser supuestos de medicina voluntaria, se intensifica la obligación de informar al paciente comprendiendo esta el posible riesgo inherente a la intervención, de las posibilidades de que no se consiga el resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el aseguramiento del éxito de la intervención. Así, la ausencia de información sobre las consecuencias negativas del abandono del tratamiento post-operatorio, o la necesidad o conveniencia de someterse a análisis y cuidados preventivos, vicia el consentimiento, resultando cualquier consecuencia derivada de ellos antijurídica.

La legislación vigente, establece que el consentimiento informado debe ser escrito en caso de intervenciones quirúrgicas, como son la vasectomía y la ligadura de trompas. En estos casos, en los que el consentimiento debe ser escrito, corresponde al prestador probarlo, generalmente aportando el formulario escrito cumplimentado y firmado por el perjudicado. No obstante, en ocasiones muy excepcionales, los tribunales han admitido la enervación de esta presunción a través del actuar del perjudicado y de la historia clínica.

En cuanto a la cuantificación, dado que no existe base objetiva para orientarse en la fijación de la cuantía, la deberá determinar el juez a tanto alzado en cada supuesto de acuerdo con las reglas de la sana crítica y a su prudente arbitrio.

Por lo general, los tribunales suelen fijar una cantidad global por estas acciones, a su prudente arbitrio. De tal manera, que en función del órgano competente será la cuantía de la indemnización¹⁶.

Sin embargo, en algunos casos, los tribunales sí que fijan por qué conceptos concretos se indemniza al perjudicado. Así, la indemnización deberá incluir la prueba de paternidad, de haber sido realizada en el proceso, los ingresos que debió haber percibido la persona que quedó embarazada, y que no percibió a causa del embarazo, y la indemnización por el daño moral concreto atendiendo al impacto psíquico. Por el contrario, no resultan indemnizables el lucro cesante, entendido como el importe de las cantidades destinadas a la manutención de un hijo inesperado, puesto que la manutención del hijo es una obligación para los padres y por lo tanto no sería un daño

¹⁶ Por el concepto de daño moral la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza -JUR 2003\151749- indemnizó con 6.000€; y la Audiencia Provincial de Barcelona indemnizó en un supuesto similar con 58.960€. - SAP B 9559/2014.-

antijurídico. Pudiéndose indemnizar solo en caso de que «se probara la existencia de un perjuicio efectivo como consecuencia de la necesidad de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo de recursos en principio no previstos para dichas finalidades en tanto no sea previsible una reacomodación de la situación económica o social del interesado», tal y como reconoce la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de 25 de septiembre de 2014. A modo de ejemplo, en esta misma sentencia se concede a la perjudicada 98.205 euros como importe de gastos de crianza del menor.

A) Operaciones de esterilización

Las principales operaciones de esterilización son la ligadura de trompas para las mujeres, y la vasectomía para los hombres. Ahora bien, estas técnicas no son infalibles, puesto que es posible una recanalización espontánea que rehabilite tanto las trompas de Falopio como los conductos del escroto. Por ello, el simple hecho de tener un hijo no deseado, no es indemnizable, sino que ha de concurrir falta de información en cuanto a la posibilidad de restauración y de concepción, o negligencia médica en la ejecución de la operación.

B) Mecanismos anticonceptivos

En esta categoría se incluyen tanto los mecanismos anticonceptivos intrauterinos, más conocidos como DIU, como los subdérmicos, aquellos que se instalan bajo la piel¹⁷. Al igual que los anteriores, estos mecanismos tampoco son infalibles, por lo que para que den lugar a indemnización se exige la falta de consentimiento informado, o la mala praxis en la operación quirúrgica.

2.2. Wrongful birth

Junto con las acciones *wrongful life*, las *wrongful conception* engloban los casos de nacimiento con malformaciones o enfermedades que si bien no han sido causadas a raíz del actuar de la Administración, no han sido detectadas durante la gestación. El daño surge de no informar a la madre en el tiempo oportuno de esta información, y privarle por tanto de la decisión de su llevar a cabo o no la interrupción voluntaria del

¹⁷ Anticonceptivo subdérmico: implante hormonal compuesto por una varilla del tamaño de una cerilla que se coloca bajo la piel del brazo de la mujer, ofreciendo protección anticonceptiva entre 3 y 5 años. Fuente: Sanitas.es

embarazo. Se diferencia si la acción es ejercitada por la madre, en cuyo caso se denominará *wrongful birth*, o si es ejercida por el hijo, en cuyo caso será la *wrongful life*.

El supuesto de hecho lo constituye una conducta negligente del personal sanitario en torno al diagnóstico prenatal¹⁸, que conlleva la falta de información de la madre de haber decidido en tiempo y forma la interrupción voluntaria del embarazo.

No todos los errores diagnósticos dan lugar a la indemnización por las acciones *wrongful birth*, sino que, antes de valorar el daño, hay que examinar los siguientes requisitos (MACIA MORCILLO, págs. 70-74):

- Que los padres quisieran voluntariamente llevar el embarazo a término antes del conocimiento de la anomalía o enfermedad.
- Conducta negligente del personal médico, es decir, vulneración de la *lex artis* que se puede dar en los siguientes supuestos:
 - Ausencia de realización de las pruebas recomendadas por el protocolo médico.
 - Error en la toma de las muestras.
 - Error en la interpretación del resultado de las pruebas.
 - Correcta interpretación de las pruebas, pero error en la comunicación a los progenitores.
 - Ausencia de recomendación médica de realización de las pruebas.
- Que la enfermedad o malformación pudiera ser detectada en el momento de realización de las pruebas de acuerdo con el estado de la ciencia. En el mismo sentido se deberá avisar a los progenitores de la fiabilidad de detección y de los posibles riesgos.
- El daño recae sobre el derecho a la autodeterminación, en cuanto se priva a la mujer de elegir la interrupción de su embarazo. Por lo que será necesario el amparo en una Ley que permita el aborto¹⁹.

¹⁸ La Sociedad Española de Ginecología Obstetricia considera los diagnóstico prenatales como <<agrupación de todas aquellas acciones diagnósticas encaminadas a descubrir durante el embarazo un «defecto congénito», entendiendo por tal «toda anomalía del desarrollo morfológico, estructural, funcional o molecular presente al nacer (aunque puede manifestarse más tarde), externa o interna, familiar o esporádica, hereditaria o no, única o múltiple» (www.sego.es)

- La enfermedad o malformación debe ser incurable, pues en caso contrario no sería un supuesto susceptible de aborto, y por ende, no sería objeto de esta acción.

En opinión de MACÍA MORCILLO estas acciones se podrían reproducir también en el los diagnósticos preconceptivos, preimplantatorios o con ocasión de un diagnóstico indirecto.

En consecuencia con lo expuesto, el objeto de esta acción no puede ser ni la vida del hijo²⁰, tampoco las malformaciones o enfermedad, pues no han sido causadas por el médico. El objeto es realmente un daño al derecho de autodeterminación de la madre en cuanto de haber sido informada de la enfermedad o malformación podría haber decidido la interrupción del embarazo de acuerdo con la legislación vigente.

En cuanto a legitimación, corresponde a la madre o a ambos conjuntamente, pero no al padre en solitario. En tal sentido el Alto Tribunal ha especificado que no puede ejercer esta acción puesto que no le corresponde a él la facultad de interrumpir el embarazo y por lo tanto no se ve afectado su derecho de autodeterminación. Sin embargo, aplicando la doctrina *Par Rocochet* o de reclamación del daño de rebote, se podría indemnizar al padre por un daño moral puro causado por el shock y la incidencia que la enfermedad de su hijo pueda tener en su vida personal, sin perjuicio de la posible indemnización por los daños patrimoniales.

La cuantificación en estos supuestos, a falta de una orientación objetiva, se suele realizar a tanto alzado. Por lo general, la sala civil y la sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo tienen concepciones similares respecto a daños morales, pero discrepan en cuanto al contenido de esta acción. La sala Primera del Tribunal no tiene en cuenta la decisión que hubiera tomado la madre de haber tenido la posibilidad de decidir, conocidas la enfermedad o malformación, sobre la interrupción del embarazo;

¹⁹ En el caso de España, esta Ley es la LO 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en cuyo artículo 15 se recoge la legalización de los supuestos y plazos que aquí interesan “b) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.

c) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico”.

²⁰ Como ya se expuso la vida es un bien supremo que en ningún caso puede ser considerado como daño o perjuicio. A lo que es necesario añadir que en este caso era voluntad de los padres tener al hijo.

además, incluye en la indemnización tanto los daños morales, como daños patrimoniales derivados del esfuerzo económico “extra” que conlleva la crianza del hijo afectado. Por su parte, la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, da la posibilidad a la Administración de probar que en caso de haber tenido toda la información disponible, la madre hubiera continuado con el embarazo, en cuyo caso se excluiría la indemnización. En este caso, la regla general es el no reconocimiento de los daños patrimoniales, aunque excepcionalmente si ha reconocido como concepto indemnizatorio una «lesión económica en el notable mayor coste de criar a una hija con una enfermedad o malformación incurable [...] implicando una carga económica muy superior a la ordinaria»²¹»

2.3. *Wrongful life*

Estas acciones recaen sobre los mismos supuestos de hecho vistos para las *wrongful birth*, pero son ejercidas por hijo que ha sufrido la enfermedad o anomalía.

A diferencia de las acciones *wrongful birth*, en las que el daño era la imposibilidad de decidir sobre la continuación del embarazo, por no haber recibido información sobre el estado del feto a casusa de una negligencia médica, en este caso el daño vendría constituido por la propia vida del afectado.

La mayoría de doctrina, y jurisprudencia rechaza la viabilidad de estas acciones en España puesto que supondría el reconocimiento de la vida como daño y el tribunal supremo ha expresado que no debe de admitirse que este tipo de nacimientos sea un daño en sí mismo.

VI. CONSENTIMIENTO INFORMADO

La defectuosa prestación del consentimiento informado constituye un supuesto de daño moral en el ámbito sanitario. En este sentido, esta institución exige el examen de dos derechos diferentes pero íntimamente relacionados, el derecho a la información asistencial y el derecho del paciente a decidir acerca de la aplicación de determinada técnica, intervención o tratamiento.

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 4 de Noviembre de 2008, RJ\2008\5860

1. LA INFORMACIÓN ASISTENCIAL

El derecho a la información asistencial entendido como la información suministrada por los servicios médicos al usuario, es una manifestación del principio de autonomía del paciente, que a su vez se inserta en el derecho fundamental a la dignidad de las personas. Este derecho es una moneda de doble cara que incluye el derecho del paciente a recibir información, pero también la obligación del médico de suministrarla.

Se encuentra regulado con carácter general en la Ley de autonomía del paciente (LAP). Y de forma específica en las leyes de trasplantes, de técnicas de reproducción asistida, de investigación biomédica y en la ley de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo.

La información asistencial debe incluir (art 10 LAP):

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

Así, la información proporcionada al paciente ha de ser veraz, no cabiendo la información placebo aún cuando el fin sea ayudar al paciente; clara, debe ser comprensible y adecuada a las necesidades del paciente, pudiendo hacer uso del denominado privilegio terapéutico; relevante, en cuanto debe incluir al menos la finalidad y la naturaleza de cada una de las actuaciones; y, con carácter general se suministra de forma verbal, dejando constancia en el historial clínico.

El derecho a la información asistencia puede verse limitado por un estado acreditado de necesidad terapéutica, entendiéndose por esta la facultad del médico de poder profesionalmente sin informar al paciente cuando, por razones objetivas, el conocimiento de tal situación pudiera afectar gravemente a su salud psicológica. Estas circunstancias también deberán quedar razonadas en la historia clínica y se deberá informar a sus familiares o allegados de la decisión.

2. PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO

Para que el consentimiento informado sea válido es obvio que se ha de prestar consentimiento ante cualquier actuación –técnica, intervención o tratamiento- que incida en la esfera de la salud del paciente. Esta prestación ha sido ligada por el Tribunal Constitucional al derecho fundamental a la vida (art 15 CE).

Se suele realizar con carácter general de forma verbal, aunque se exigirá la cumplimentación de un formulario escrito en los casos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y la aplicación de procedimientos que supongan riesgos e inconvenientes de notoria y previsible repercusión en la salud del paciente. Ahora bien, si el consentimiento debió hacerse por escrito y se prestó de forma verbal, se considera un defecto formal no invalidante. Asimismo existen una serie de presunciones de prestación de consentimiento como en los casos de intervenciones tras procesos asistenciales prolongados, en función de la formación previa del paciente, las intervenciones previas similares y la presunción de no rechazo.

Por otro lado no será necesario prestar consentimiento en los siguientes casos:

- a) En caso de renuncia del paciente a recibir la información asistencial. No obstante, será obligatoriamente informado en caso de intervención quirúrgica.
- b) En caso de riesgo para la salud pública.
- c) En caso de riesgo inminente y grave para integridad física y/o psíquica del propio paciente y no sea posible conseguir su autorización dado su estado.

3. JURISPRUDENCIA

Una vez fijado el marco en el que se ha de desarrollar el consentimiento informado, se procede a exponer su aplicación práctica. En el ámbito práctico del consentimiento informado, el mayor inconveniente es determinar el nexo causal y cuál es realmente el daño indemnizable.

En primer lugar, si no existe una relación causal entre la deficiencia o falta de consentimiento informado y el daño ya sea moral puro o derivado de lesión sufrido por el paciente, no existirá responsabilidad, pues el actuar de la administración no ha ocasionado el daño.

El ejemplo más sonado a este respecto se da en una sentencia que casó el Tribunal Supremo en 2005. En ella, la paciente a causa de complicaciones en el parto pierde el útero y desarrolla ceguera en el ojo izquierdo. En este caso el Alto Tribunal no observo relación de causalidad ni directa ni indirecta entre la actuación administrativa –ausencia de consentimiento informado- y las lesiones mencionadas, que fueron causadas por la intervención que en lo demás se ajustó a la buena praxis médica.

En segundo lugar, se da la situación en la que sí puede establecerse una relación de causalidad entre la falta de información y el daño. En ella MONTERROSO CASADO (pág. 6) diferencia dos supuestos diferentes: I. Que la ausencia de información sea causa directa del daño, como por ejemplo, un paciente al que no se le informa de que debe dejar la medicación un día antes de la operación y que sufre consecuencias a causa de haberla tomado el mismo día; II. Que la falta o defecto de información sea consecuencia indirecta del daño, sería el caso de una cirugía estética en la que se desarrolla un riesgo típico de la operación del que no se informó previamente al paciente.

VII. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL SANITARIA EN TIEMPOS DE COVID-19: UNA PREVISIÓN

Uno de los efectos más previsibles de la pandemia causada por el Covid-19 es el aumento de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial.

Como ya se ha explicado con anterioridad tanto doctrina como jurisprudencia exigen para la concurrencia de responsabilidad patrimonial el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- I. El funcionamiento normal o anormal de la Administración Pública.
- II. Un daño real, efectivo, evaluable económicamente e individualizado que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar -antijurídico-.
- III. La relación directa de causalidad entre esta actuación u omisión - funcionamiento- y la lesión.
- IV. La no concurrencia de fuerza mayor.

Pues bien, en mi opinión la Administración Pública se amparará en esta causa de exclusión para intentar evitar el aluvión de indemnizaciones que en su defecto tendría que abonar. El legislador entiende por fuerza mayor los daños derivados de hechos o

circunstancias que no se hubieran podido evitar o prever por falta de conocimientos técnicos o científicos al momento de producirse (art 34.1 LRJSP). A este respecto puede comprarse esta situación con las múltiples reclamaciones de responsabilidad del virus del VIH, a las cuales el Alto Tribunal aplicó la excepción del estado de la ciencia, pues en ese momento era un virus desconocido. Por todo ello, en principio, la pandemia provocada por el Covid-19 y el Estado de alarma, podrían ser perfectamente calificados de fuerza mayor. Ahora bien, ha de diferenciarse este hecho de otras actuaciones del Gobierno tanto estatal, como autonómicos, o de diversas situaciones acaecidas en hospitales de toda España.

En mi opinión el único supuesto que puede prosperar es el daño causado por el retraso diagnóstico a causa del uso de test defectuosos, aunque los expertos incluyen también como supuestos con posibilidades la ausencia de test de detección o la insuficiencia de los respiradores en las UCI.

A modo de ejemplo, se expondrá un supuesto hipotético, en el que se realiza una prueba de coronavirus con el test defectuoso el día 20 de marzo, siendo el resultado negativo. A la semana siguiente, el perjudicado acude a urgencias con una neumonía grave, siendo ingresado en la UCI. Finalmente se recupera sin secuelas.

En primer lugar, se realizará un análisis básico de los requisitos para que proceda la responsabilidad patrimonial, que por supuesto deberán ser analizados para cada caso concreto. En este caso, se da una acción de la administración -compra y realización del test-, que causa un daño, en este caso moral por el retraso en el diagnóstico, efectivo y económicamente individualizable, estableciéndose una clara relación directa entre el test defectuoso y el error en el diagnóstico, que además, el sujeto no tiene el deber jurídico de soportar. En cuanto a causas de exclusión de la responsabilidad, no se podría aplicar la fuerza mayor, ni tampoco podría ampararse la administración en el estado de la ciencia, pues existían test que detectaban más del 90 % de los casos positivos.

En este caso, se originaría al sujeto una situación de pesadumbre por la noticia de que efectivamente tenía una grave infección por coronavirus que se le podría haber detectado un día antes, con la consiguiente mejora en el tratamiento, y posiblemente el no ingreso en la UCI. Por lo tanto, el retraso diagnóstico cumple con todos los requisitos para ser indemnizable.

Ahora bien, para la cuantificación concreta de cada caso habrá que estar dictamen pericial que deberá establecer el porcentaje de pérdida de la oportunidad de haber recibido un mejor tratamiento de la enfermedad.

VIII. CONCLUSIONES

A continuación expongo las conclusiones del trabajo:

- I. El derecho sanitario es un sector en auge en la sociedad actual, sin embargo carece de regulación por lo que se ha configurado a través de la doctrina y jurisprudencia, permitiendo indemnizar no solo por las lesiones físicas, sino también por los daños morales derivados de la relación asistencial. Parece necesaria una regulación que contenga los requisitos generales para el acceso a la indemnización, que en este trabajo he denominado especialidades respecto al sistema general. Asimismo resultaría conveniente un baremo propio que se ajuste más a la realidad del ámbito sanitario en el que los perjudicados pueden tener afecciones previas.
- II. El daño moral no se encuentra regulado en ninguna norma, y como consecuencia no existe un concepto unitario y una clasificación. De tal manera que si bien la jurisprudencia suele reconocer determinados “supuestos tipo”, existen supuestos dudosos cuya apreciación dependerá de ante qué órgano jurisdiccional se vea el asunto.
- III. Respecto a los daños morales derivados de lesión física, me reafirmo en la necesidad de un baremo propio del ámbito sanitario o en su defecto una clarificación del actual que facilite su aplicación. De hecho, incluso nos podemos encontrar con lesiones físicas no contempladas en el baremo de tráfico puesto que no es lógico que se produzcan en su ámbito de aplicación.
- IV. Los daños morales autónomos son los más farragosos dentro del sistema sanitario puesto que como se ha podido observar a lo largo del presente trabajo se suelen pedir y conceder indemnizaciones a tanto alzado que varía hasta en 50.000€ dependiendo del tribunal.
- V. Debido a la dificultad y falta de conceptualización del daño moral, cada vez va abarcando más supuestos incluyendo en la actualidad los sentimientos.

- VI. En la última década España ha incorporado a las posibles acciones en materia de responsabilidad sanitaria las acciones *wrongful*. En concreto, se reconoce la acción *wrongful conception*, cuyo objeto es el indemnizar la falta de información o el error en la operación de esterilización o en los mecanismos anticonceptivos. También se reconoce la acción *wrongful birth*, que es la ejercida por la madre de un niño que sufre una enfermedad o anomalía incurable que se podría haber detectado en el diagnóstico prenatal pero que por diversas causas no se hizo. Por el contrario, no se reconocen las acciones *wrongful life*, puesto que ello supondría considerar la vida como un daño, o en su caso, minusvalorar la vida de las personas afectadas.
- VII. En lo que se refiere a al consentimiento informado es la causa de la mayoría de reclamaciones. Su dificultad radica en el hecho de tener que ponderar el proceder médico y la información que se considera suficiente en cada supuesto, no pudiendo convertirse el formulario de consentimiento en un documento plagado de información inentendible para una persona sin conocimientos de medicina. La deficiencia o la ausencia de este consentimiento causa un daño moral, sin embargo, en mi opinión debería excluirse la indemnización en caso de que tan solo se generen daños morales –no físicos-, y que el actuar médico fuera correcto, dado que a mi parecer se excluiría la antijuridicidad del daño.
- VIII. Por último respecto a la previsión sobre la responsabilidad de la administración sanitaria en relación con el Covid-19 habrá que esperar a que se pronuncien los tribunales.

IX. BIBLIOGRAFÍA

1. FUENTES DOCTRINALES

BARRIENTOS ZAMORANO, M “*El daño moral en España y Europa*”. Ratio Legis. Salamanca.

CASADO ANDRÉS, B., “El concepto de daño moral estudios doctrinales” en *Revista de derecho UNED*, núm. 18, 2016.

CAYÓN-DE LAS CUEVAS,J., En *Curso sobre responsabilidad en el ámbito sanitario*, Aranzadi, 2019.

DE ALBA BASTERRECHEA, E., “*El daño causado por la administración sanitaria: presupuestos y valoración*”, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2017.

DIEZ PICAZO, L: *El escándalo del daño moral*. Thomson-civitas, Navarra, 2008.

FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ, JC, “Las reclamaciones por responsabilidad patrimonial contra las administraciones publicas en materia sanitaria – SIDA-VHC” en *VI congreso nacional de derecho sanitario*.

HURTADO DÍAZ-GUERRA, I., *El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

LATORRE LUNA, L., “La aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad y el daño moral como concepto indemnizable”, en *Bioderecho.Es*, n.º 8, julio de 2019.

MACIA MORCILLO, A., en “*La responsabilidad civil médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales*”, Tirant lo Blanch, Valencia.

MONTERROSO CASADO, E, “La cuantificación del daño moral por falta de consentimiento informado: la determinación y la reparación del daño” en *Ponencia presentada al <<Premio Magistrado Ruiz Vadillo>>*

MORTE TAMAYO, N., “*Manual para la aplicación del baremo de la Ley 35/2015*”, Wolters Kluwer; 2016.

SALÀS DARROCHA, J.T., “Las acciones de Wrongful birth y Wrongful life en el derecho y la jurisprudencia españoles”, Aranzadi instituciones (BIB\2005\1702).

VICENTE DOMINGO, E, *Los daños corporales*, Bosch, Barcelona, 1994.

ZAPATA HIJAR, JC, “El proceso contencioso-administrativo en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en el ámbito sanitario. La valoración del daño” en Curso *Cuestiones de la actualidad en la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas. Especial referencia al ámbito sanitario*, Consejo General del Poder Judicial, 2020.

2. FUENTES JURISPRUDENCIALES

2.1. Aproximación al daño sanitario

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 30 septiembre 2003, RJ 2004\586

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), 24 mayo 2007, RJ 2007\5088 (Aranzadi).

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 2 marzo 2010. RJ 2010\3455.

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 23 marzo 2011, RJ 2011\2530

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 27 septiembre 2011. RJ 2012\939 (Aranzadi).

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), núm. 462/2018 de 20 marzo. RJ 2018\1376 (Aranzadi).

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 29 octubre 2012, JUR 2012\353348 (Aranzadi)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo) Sentencia núm. 448/2017 de 28 junio. JUR 2017\227448 (Aranzadi).

2.2.Daño moral derivado de lesión física

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 17 julio 2014. RJ 2014\4080 (Aranzadi)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) de 30 de enero de 2015. JUR\2015\44997 (Aranzadi).

2.3.Daño moral autónomo

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 6ª), de 3 de octubre 2000, RJ\2000\7799

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 139/2001 de 22 febrero. RJ 2001\2242 (Aranzadi).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Civil) núm. 447/2001 de 11 de Mayo, RJ\2001\6197 (Aranzadi).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 581/2002 de 7 de Junio RJ\2002\5216.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 16 de Mayo de 2005, RJ\3120/2005 -

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 5 de diciembre de 2007, RJ\2007\9142.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 4 de Noviembre de 2008, RJ\2008\5860

Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Aragón, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) núm. 466/2018 de 9 octubre. JUR 2019\49346 (Aranzadi).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección 3ª), de 27 de mayo de 2019, STSJ AR 733/2019.

Sentencia Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1ª), de 3 febrero 2003. JUR 2003\140939 (Aranzadi)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª) núm. 285/2003 de 12 mayo. JUR 2003\151749

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª) de 25 de septiembre 2014, Roj: SAP B 9559/2014.-

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5ª), de 13 de febrero de 2014, Roj: SAP Z 168/2014

3. FUENTES NORMATIVAS

Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones

Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992

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

Ley LO 2/2010 de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público.