



Roj: **STS 2494/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:2494**

Id Cendoj: **28079130042015100192**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **19/05/2015**

Nº de Recurso: **4397/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **JESUS CUDERO BLAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 7108/2007,**
STS 2494/2015,
STSJ M 10837/2019

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Mayo de dos mil quince.

Visto por la Sala Tercera (Sección Cuarta) del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. **4397/2010** interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Cesáreo Hidalgo Senén, en nombre y representación de **Dña. Delia**, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (Sección Cuarta) de fecha 18 de mayo de 2010, dictada en el procedimiento ordinario núm. 11/2007, sobre reclamación de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria; son partes recurridas la GENERALITAT DE CATALUNYA, representada por la Abogada de sus Servicios Jurídicos, el INSTITUT CATALÀ DE LA SALUT, representado por el Procurador don Francisco Velasco Muñoz-Cuéllar, y la entidad ZURICH ESPAÑA, COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., representada por la Procuradora doña Adela Cano Lantero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La representación procesal de doña Delia interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el recurso núm. 11/2007 contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación de responsabilidad patrimonial, dirigida con fecha 16 de diciembre de 2005 (y ampliada mediante escritos posteriores de 23 de agosto de 2006 y 8 de enero de 2007) al Institut Català de la Salut, por negligencia en la prestación del servicio sanitario, consistente en la implantación de un método anticonceptivo, que derivó en un embarazo no deseado y en el posterior nacimiento de su hija con una grave e incurable enfermedad de carácter hereditario que podría haberse evitado con el oportuno tratamiento genético en un embarazo programado o, de no ser posible, mediante renuncia a la maternidad.

SEGUNDO. En su escrito de demanda, de 18 de junio de 2007, pretendía la parte actora la nulidad de la mencionada resolución presunta por entender que concurrían los presupuestos necesarios para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial, solicitando una indemnización por un total de 1.649.624 euros, desglosados en 670.363 euros para la propia Sra. Delia (por los gastos médicos, embarazo no deseado y necesidad de mantener a su hija) y de 979.261 euros para su hija por la enfermedad que sufre y las secuelas que la misma le ha provocado.

TERCERO. Las representaciones procesales de la Generalitat de Catalunya, el Institut Català de la Salut y la aseguradora Zurich interesaron, en sus escritos de contestación a la demanda, la desestimación del recurso por considerar que no concurrían los requisitos para estimar la acción de responsabilidad patrimonial por no haberse producido la infracción de la *lex artis* defendida en la demanda.



CUARTO. Concluido el proceso, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya dictó sentencia, de fecha 18 de mayo de 2010 , cuya parte dispositiva desestimó el recurso contencioso-administrativo, declarando ajustada a derecho la resolución presunta impugnada por entender, sustancialmente, que " *la deficiencia psíquica de la hija de la demandante en modo alguno puede ser imputada a ninguna actividad imputable a la Administración Pública demandada, quien no se sometió a controles, asistencia o tratamiento, o incluso información adecuada para prevenir el parto, una vez conocido el embarazo* ", que ha de darse " *por seguro que la implantación del anticonceptivo se llevó a cabo sin lugar a dudas* " y que " *la posible migración del Implanon o cualquier otra circunstancia pudo impedir la eficacia del anticonceptivo, sin que el ICS pueda ser considerado responsable de este hecho, que puede considerarse un caso fortuito dentro de las posibilidades mínimas de eficacia del anticonceptivo* " .

QUINTO. La representación procesal de doña Delia interpuso recurso de casación frente a la citada sentencia, aduciendo catorce motivos de impugnación, el primero de ellos amparado en el artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional (por falta de motivación de la resolución recaída en la instancia) y los trece restantes con fundamento en el artículo 88.1.d) del mismo texto legal , alegando en estos últimos valoración arbitraria e irrazonable de las pruebas periciales, testifical y documentales, arbitraria e irrazonable presunción judicial, infracción de las normas y de la jurisprudencia en relación con la distribución de la carga de la prueba, respecto del deber de la Administración de acreditar la influencia en el daño de actos ajenos a la propia actividad sanitaria y ofrecer una explicación plausible y concreta, respecto del resultado dañoso, en relación con los cánones de diligencia médica y consentimiento informado, la facilidad probatoria, el carácter objetivo de la responsabilidad y la necesidad del consentimiento informado.

SEXTO . Por sentencia de esta Sección de 3 de mayo de 2012 se declaró haber lugar al recurso de casación al estimar el primero de los motivos de casación por entender que la decisión de los jueces a *quo* carecía de la necesaria y suficiente motivación; y situándose en la posición del Tribunal de instancia, desestimó el recurso contencioso administrativo, declarando la resolución presuntamente desestimatoria de la solicitud de responsabilidad patrimonial ajustada a Derecho. Mediante auto de 19 de julio de 2012 se desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido por la recurrente en casación.

SÉPTIMO. Impugnada en amparo por la representación procesal de la Sra. Delia la anterior resolución de esta Sala y Sección, por sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 2015 (recurso núm. 4930/2012) se otorgó el amparo solicitado, declarando vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva y nula la sentencia de esta Sala citada (así como el auto que declaró no haber lugar al incidente de nulidad de actuaciones promovido contra la misma), ordenando finalmente " *retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de la referida Sentencia para que se dicte una nueva resolución judicial respetuosa con el derecho fundamental vulnerado* " .

OCTAVO . Oídas las partes sobre la incidencia de la citada sentencia del Tribunal Constitucional en las actuaciones, por providencia de 24 de marzo de 2015 se designó ponente al Excmo. Sr. Magistrado don Jesus Cudero Blas y se señaló para la votación y fallo del presente recurso la audiencia del 12 de mayo de 2015, fecha en la que efectivamente se deliberó y votó el mismo con el resultado que ahora se expresa.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Cudero Blas, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Como resulta de los antecedentes expuestos, la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 2015 otorgó a la parte recurrente el amparo solicitado y declaró la nulidad de la sentencia de esta Sección que, aunque estimó el recurso de casación deducido frente a la de instancia al apreciarse el error *in procedendo* denunciado en el primer motivo de casación, declaró ajustada a la Derecho la resolución desestimatoria de la acción de responsabilidad patrimonial que se formuló en vía administrativa.

En cumplimiento de lo declarado en la citada sentencia del Tribunal Constitucional (que ordenó la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a aquél en el que esta Sala dictó la sentencia en el presente proceso casacional), procede en primer lugar abordar el motivo de casación que, con amparo en el artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional , imputaba a la sentencia de instancia falta de motivación. Y debemos hacerlo reiterando que, efectivamente, concurre el defecto denunciado por cuanto los razonamientos de la Sala a *quo* no permiten inferir el juicio valorativo efectuado por el Tribunal para llegar a su decisión desestimatoria, habida cuenta que la sentencia no contiene, propiamente, un análisis del material probatorio disponible, al limitarse a señalar que se da por seguro que el anticonceptivo se implantó y que la posible migración del mismo (o cualesquiera circunstancias que impidieran su eficacia) no resulta imputable al Instituto Catalán de la Salud y sí a un caso fortuito.



Por otra parte, también debemos rechazar la alegada inadmisibilidad del recurso de casación que invoca la Generalidad de Cataluña, pues no puede afirmarse que el mismo carezca manifiestamente de fundamento toda vez que critica ampliamente la motivación de la sentencia impugnada, articulando adecuadamente tal extremo a través del cauce previsto en la letra c) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, y le reprocha la irrazonable, arbitraria e ilógica valoración de la prueba que efectúa, también correctamente en base a la letra d) del mismo precepto legal.

Así pues, a tenor de lo dispuesto en el artículo 95.2.d) de la Ley de esta Jurisdicción, este Tribunal debe ahora resolver, ya como jueces de instancia, el fondo de la cuestión controvertida a efectos de determinar si resultaba o no procedente la desestimación de la acción de responsabilidad patrimonial que constituía el objeto del proceso seguido ante la Sala de Cataluña.

SEGUNDO. De los documentos que integran el expediente administrativo, de las alegaciones de las partes y de la prueba practicada en el procedimiento seguido en la instancia se desprenden, como hechos acreditados, los siguientes:

1. El 25 de junio de 2005 doña Delia acudió a la cita prevista en el Hospital Germans Trias i Pujol de Badalona (Barcelona), dependiente del Institut Català de la Salut, para que se le insertara en la extremidad superior izquierda un dispositivo anticonceptivo denominado "Implanon", que, siguiendo las indicaciones del Centro de Salud al que había acudido previamente, había adquirido con anterioridad la propia interesada en una oficina de farmacia.

2. El citado dispositivo consiste en una varilla de plástico, blanda y flexible, que mide aproximadamente cuatro centímetros de longitud y dos milímetros de diámetro, cuyos efectos debían prolongarse durante tres años, y que, a tenor de las prescripciones contenidas en su prospecto, ha de ser insertado por vía subdérmica, por un médico y a través del aplicador especial que se contiene en el producto.

3. El mismo día 25 de junio de 2005 el indicado centro de Badalona emite un "parte de asistencia" en el que, tras señalar que la actuación se ha practicado a una mujer de veinte años que acude por derivación de su ambulatorio para insertar "Implanon", se señala expresamente lo siguiente: " *Se implanta dispositivo en la extremidad superior izquierda sin incidencias* ", añadiendo que " *antes de la colocación, le explico pros y contras del método y se muestra convencida de su inserción* ".

4. El 5 de octubre de 2005 la Sra. Delia se personó en el servicio de urgencias del Hospital Clínic de Barcelona, dependiente también del Institut Català de la Salut, en el que certificaron su estado de gestación de 8 ó 9 semanas a la vista de su última regla (fijada en el 30 de julio de 2005), embarazo que fue confirmado el 11 de octubre siguiente por el equipo del centro toco-ginecológico.

5. Conocido el embarazo, acude a la Clínica Fundació Fiatc, uno de cuyos facultativos (el doctor Aureliano) emite informe médico el 27 de octubre de 2005 en el que se afirma que " *efectuado rastreo minucioso sobre antebrazo izquierdo, no se identificaron imágenes que sugieran la presencia de cuerpo extraño subdérmico* ".

6. Personada, por indicación de la anterior Clínica, en el centro médico Teknon, se expide informe por el doctor Florentino con fecha 3 de noviembre de 2005 en el que se constata que existe una cicatriz de implante subcutáneo, pero que no se localiza implante alguno " *ni mediante palpación, superficial y profunda, ni mediante rastreo ecográfico del brazo, ni mediante la ecografía de partes blandas, ni por exploración radiológica de todo el brazo*" (a tenor de las pruebas efectuadas en el centro Medifiatc). En ese mismo informe señala quien lo emite que " *dicho implante (el "Implanon") no se halla en el brazo de la paciente* " y que " *dada la prácticamente nula posibilidad de embarazo en pacientes usuarias de Implanon, se explica a la paciente la posibilidad de error en la colocación, ya que dicho implante no está colocado, lo que explicaría su gestación* ".

7. El 19 de abril de 2006 la hoy recurrente dio a luz en el Hospital Clínic de Barcelona a una niña aquejada de la enfermedad denominada "anemia hemolítica crónica, en su forma grave, por déficit de piruvato kinasa (quinasa)", como consecuencia de la cual la Generalitat de Cataluña ha reconocido a la menor una minusvalía del 70 por 100.

8. No constan en autos ni las vicisitudes del embarazo de la Sra. Delia, ni las pruebas médicas practicadas durante la gestación.

TERCERO. Doña Delia formuló el 16 de diciembre de 2005 reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Institut Català de la Salut, por negligencia en la prestación del servicio sanitario que derivó en un embarazo no deseado a causa de no haberse insertado el implante y por falta de consentimiento informado para la práctica de la actuación médica. En dicho escrito interesaba una indemnización de 309.755,40 euros por los siguientes conceptos: a) Gastos médicos (179,64 euros); b) Daño moral (150.000 euros); c) Daño emergente derivado de la manutención del hijo (159.575,76 euros).



Posteriormente, tras el nacimiento de su hija, amplió la anterior reclamación mediante sendos escritos de 23 de agosto de 2006 y de 8 de enero de 2007, presentados tras ser diagnosticada la grave e incurable enfermedad de la menor y al determinarse sus secuelas, vinculando también tal padecimiento a la negligencia médica al serle insertado el "Implanon". En el primero de tales escritos, interesaba una indemnización total de 670.363,40 euros y en el segundo solicitaba para su hija la suma de 979.261,57 euros.

Tanto en sede administrativa como en vía jurisdiccional, la demandante defiende que la Administración sanitaria ha incurrido en una clara negligencia médica a consecuencia de la ausencia de colocación, o de la inserción deficiente, del anticonceptivo, provocando los daños antijurídicos consistentes en el embarazo no deseado y, como consecuencia de éste, la gravísima y crónica enfermedad del fruto de esa concepción, añadiendo que no consta el consentimiento informado previo a la implantación del producto.

A su juicio, el material probatorio incorporado al proceso obliga a concluir que existe una clara relación causal entre la inexistente o deficiente inserción del anticonceptivo y los daños mencionados por cuanto:

1. Los informes emitidos por la Clínica Fundació Fiats y el Centro Médico Teknon ponen de manifiesto que el dispositivo anticonceptivo o no se implantó, o se hizo deficientemente, provocando el embarazo no deseado, sea por ausencia de la efectiva colocación, sea por migración.
2. Los documentos aportados con su escrito de demanda (una monografía publicada en la revista iberoamericana de fertilidad, un estudio efectuado por el fabricante del producto, una publicación científica, una nota de prensa de la Unión Europea y otra de la Agencia Oficial del Medicamento de Malta) ponen de manifiesto que el "Implanon" es absolutamente eficaz si se coloca adecuadamente y que está descartada la posibilidad de su migración si se inserta correctamente.
3. La prueba testifical practicada a instancias del Institut Català de Salut no enerva en modo alguno aquella conclusión (la implantación indebida o inexistente) por cuanto la declaración del doctor Luis María , facultativo del servicio de obstetricia y ginecología del Hospital Germans Trias i Pujol en el que se practicó el acto médico, nada aporta a los fines pretendidos, pues ni siquiera recuerda si fue él o un residente bajo su dirección la persona que efectuó la inserción.
4. La Generalitat " *ha ocultado dolosamente al autor del acto médico para impedir que evacuara informe ante el Tribunal y pudiera ser interrogado* ", ya que en vía administrativa ni se aportó la documentación clínica de la reclamante, ni se identificó al facultativo que atendió a la recurrente; y en sede judicial la Administración demandada no aportó, pese al requerimiento efectuado por la Sala competente, los preceptivos dictámenes del Instituto Catalán de Evaluaciones Médicas, ni de la Comisión Jurídica Asesora.
5. La prueba pericial practicada a su instancia acredita la grave enfermedad que sufre la menor y las importantes secuelas que padece.

CUARTO . Las demandadas sostienen, sin embargo, que no puede afirmarse en absoluto que el embarazo de la actora esté vinculado en modo alguno con una mala praxis médica en la colocación del Implanon. Y tampoco que la grave enfermedad que padece su hija pueda asociarse al acto médico efectuado el 25 de junio de 2005. Sustentan su pretensión desestimatoria en los siguientes razonamientos:

1. En el contenido del parte de asistencia emitido el propio día de la colocación del implante, en el que se afirma expresamente que el mismo se colocó sin incidencias y que se informó a la paciente de los pros y los contras de su inserción.
2. En la insuficiencia de las pruebas diagnósticas efectuadas a la Sra. Delia en el Centro Médico Teknon para afirmar que el Implanon se insertó de manera deficiente, pues para determinar si se había producido una migración del producto o si éste no fue debidamente implantado, debería haberse efectuado una resonancia magnética o una ecografía con un aparato de mayor resolución que la empleada en aquel centro.
3. En las diversas razones que podrían explicar la ausencia del anticonceptivo, teniendo en cuenta que se ignora por completo qué pudo ocurrir durante el período de tiempo de cuatro meses que transcurrió entre la colocación del implante y la revisión en la Clínica Teknon.
4. En la testifical Don Luis María , facultativo del servicio de obstetricia y ginecología del Hospital Germans Trias i Pujol en el que se practicó el acto médico, que pone de manifiesto la práctica habitual en la colocación de estos métodos anticonceptivos y las indicaciones que se efectúan a las pacientes.
5. En la improcedencia de vincular la enfermedad que padece la hija de la actora con el acto médico de colocación del Implanon.

QUINTO . En relación con la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, ha señalado este Tribunal con reiteración (por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012, dictada en el recurso



de casación núm. 4229/2011 , y 4 de julio de 2013, recaída en el recurso de casación núm. 2187/2010) que " *no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente* ", por lo que " *si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido*" ya que " *la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados* ".

Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el proceso datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En estos casos, hemos señalado (sentencias de 2 de enero de 2012, recaída en el recurso de casación núm. 3156/2010 , y de 27 de abril de 2015, recurso de casación núm. 2114/2013) que, en la medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales " *puede tener una influencia clara y relevante en la imposibilidad de obtener una hipótesis lo más certera posible sobre lo ocurrido* ", cabe entender conculcada la *lex artis*, pues al no proporcionarle a los recurrentes esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexo causal.

En el caso ahora analizado, la prueba practicada en las actuaciones no permite afirmar con absoluta certeza que el Implanon fuera efectivamente colocado a la Sra. Delia , o que fuera insertado debidamente (por vía subdérmica o justo bajo la piel), o demasiado profundamente (a causa de una inserción intramuscular o en la fascia) provocando su migración. Ni siquiera es completamente descartable que el embarazo tuviera su causa en una ineficacia del producto (improbable, pero que no puede excluirse absolutamente) o en una retirada o extracción del mismo.

Lo único que puede afirmarse con seguridad es que los servicios médicos extendieron un parte de asistencia en el que se señala que el anticonceptivo se implantó " *sin incidencias* ", que algo más de tres meses después de su colocación se detectó un embarazo de la Sra. Delia de ocho o nueve semanas y que, mediante las pruebas diagnósticas efectuadas en la Clínica Teknon tras conocerse el estado de gestión, no se halló en el brazo de la interesada rastro alguno de la varilla de plástico en que el Implanon consiste, aunque sí un " *surco intermuscular interno, cicatriz de colocación de implante* " (informe de dicho Centro Médico que consta al folio 30 del expediente).

Ni siquiera la prueba testifical practicada en la instancia a solicitud del Institut Català de Salut despeja las dudas señaladas. El responsable del servicio de obstetricia y ginecología del hospital en el que se colocó el anticonceptivo señala, ciertamente, que no cabe la posibilidad de no implantarlo o hacerlo inadecuadamente por cuanto es inherente a esa colocación comprobar mediante palpación que se encuentra debidamente situado, añadiendo que la varilla misma se aprecia visualmente. Sin embargo, afirma que no fue él quien redactó el parte de asistencia sanitaria y que no puede recordar el facultativo que colocó el implante.

En relación con esta última cuestión, es efectivamente comprensible que, dado el tiempo transcurrido, Don Luis María no recuerde los hechos. Ocurre, sin embargo, que en la fase de instrucción del procedimiento administrativo se solicitó informe del facultativo que atendió a la Sra. Delia (folio 42 del expediente) y que el Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del hospital Germans Trias i Pujol emitió informe (folios 45 y 46 del expediente) en el que señala que " *no queda claro quién hizo realmente la inserción del dispositivo* ", sin que, finalmente, haya podido deponer como testigo el facultativo que realizó la actividad.

A todo lo anterior debe añadirse que, según se desprende de la ficha técnica del Implanon y del informe emitido por su fabricante, la correcta inserción del implante garantiza la eficacia del anticonceptivo e impide su migración, si bien, de producirse ésta, sería de unos pocos milímetros. Además, siempre según aquellos documentos, " *si el implante se inserta demasiado profundamente, podría no ser palpable y puede dificultarse la localización y/o extracción del implante posteriormente* ", en cuyo caso " *el implante puede localizarse mediante ecografía (de alta frecuencia 12-15 megahercios) o bien mediante imagen por resonancia magnética* ".

Por lo demás, no parece que resulte exigible a la interesada un mayor esfuerzo probatorio que el efectivamente desplegado. La representación procesal de la demandante ha acreditado: a) Que acudió al hospital asignado para que le fuera colocado el anticonceptivo que su Centro de Salud le prescribió; b) Que se efectuó la correspondiente actuación médica mediante la colocación del dispositivo " *sin incidencias* "; c) Que poco más de tres meses después del implante le fue detectado un embarazo de ocho o nueve semanas; d) Que inmediatamente después de conocido su estado de gestación se dirigió a dos centros médicos que, a través de



las pruebas diagnósticas que constan en autos, constataron que no se localiza implante alguno " *ni mediante palpación, superficial y profunda, ni mediante rastreo ecográfico del brazo, ni mediante la ecografía de partes blandas, ni por exploración radiológica de todo el brazo* ".

La Administración demandada, por su parte, defiende la correcta actuación sanitaria en la colocación del implante con base en un lacónico parte de asistencia (que solo constata que se colocó " *sin incidencias* " y que se informó a la interesada de " *los pros y los contras* ") y en la declaración del responsable del servicio en el momento en el que tuvo lugar el acto médico, que no recuerda la actuación concreta ni puede precisar quién la efectuó y que se limita a reflejar la práctica habitual en la inserción de estos productos.

Resulta especialmente relevante, a juicio de la Sala, la falta de identificación del facultativo que practicó el implante, cuya declaración hubiera, sin duda, arrojado luz sobre la cuestión. Este extremo es importante, a nuestro juicio, porque esa identificación no fue posible por exclusiva responsabilidad del centro médico: el Jefe del Servicio de Obstetricia informó, en la fase de instrucción del procedimiento administrativo, que " *no queda claro quién hizo realmente la inserción del dispositivo* ", lo que provocó, como se dijo, que no pudiera ser citado como testigo en sede judicial, como pretendió sin éxito la demandante. Es más: en ese mismo informe (de 23 de mayo de 2008, folio 45 del expediente) se afirma que " *Don Luis María dice que fue la doctora Otilia* (la que colocó el implante) y ella asegura que fue Don Luis María ", añadiendo que " *en cualquier caso, Doña Otilia en aquellos momentos era R1 y por tanto no estaba capacitada para colocar el dispositivo sola, de manera que la responsabilidad siempre sería del facultativo especialista, en aquel caso, Don Luis María* ".

A ello debe añadirse que tanto la ficha técnica del Implanon, como el informe emitido por su fabricante revelan que las posibilidades de migración del anticonceptivo son escasísimas " *si se implanta adecuadamente* " y que, en los pocos supuestos en los que tal migración se ha detectado, el desplazamiento de la varilla es solo de unos milímetros. Ello obliga a rechazar el reproche que las demandadas efectúan a la actora en relación con las pruebas diagnósticas que se le practicaron tras comprobarse su embarazo: aunque la resonancia magnética o la ecografía de alta resolución puedan ser los métodos más adecuados para localizar el implante, lo cierto es que ni la palpación (superficial y profunda), ni el rastreo ecográfico del brazo, ni la ecografía de partes blandas, ni la exploración radiológica de todo el brazo detectaron la existencia del implante, lo que parece resultar incompatible con una colocación adecuada del dispositivo, pues de insertarse éste correctamente, la migración se hubiera situado en los parámetros citados (a escasos milímetros de su lugar de colocación), como resulta de los documentos aportados a las actuaciones procesales.

Tampoco, por último, resultan baladíes las exigencias que la ficha técnica del Implanon contempla a efectos de su debida inserción, que no solo debe efectuarse " *por un médico familiarizado con el procedimiento* ", sino que ha de realizarse por vía subcutánea, cuidando en especial que no se inserte más profundamente (lo que podría provocar daños neurológicos o de migración del implante) y precisando las actividades previas a su colocación en la medida en que " *el implante puede caerse de la aguja antes de su inserción* ".

Todos estos datos conducen a la Sala a resolver las dudas mencionadas a favor de la tesis sostenida por la parte actora, entendiendo, por tanto, que el acto médico en cuestión no se efectuó adecuadamente, lo que provocó el embarazo de la Sra. Delia . Aunque es cierto que la falta de detección del dispositivo no supone necesariamente que éste no se colocara o que se hiciera incorrectamente, la valoración conjunta del material probatorio del que disponemos nos lleva a aquella conclusión, pues las otras hipótesis que barajan las demandadas (fracaso del método anticonceptivo, extracción del mismo en el período intermedio, presencia efectiva del Implanon si se hubiera realizado la prueba radiológica adecuada) carecen de sustento probatorio alguno y, sobre todo, no enervan los extremos esenciales acreditados: pocos meses después de su colocación, la interesada quedó embarazada y el dispositivo anticonceptivo no fue hallado en su brazo tras las numerosas pruebas realizadas, lo que no resulta compatible con una implantación correcta, pues en tal caso la migración habría sido mínima y, por tanto, la varilla hubiera sido fácilmente localizable.

SEXTO . Constatada de este modo la relación de causalidad entre el funcionamiento anormal del servicio y el embarazo no deseado, resta por determinar la cuantía de la indemnización que resulta procedente, para lo cual es necesario partir de la doctrina de este Tribunal en relación con el carácter resarcible del daño consistente en el embarazo no deseado.

Esta Sala ha declarado en ocasiones anteriores (sentencia de la Sección Sexta de 4 de noviembre de 2008, dictada en el recurso de casación núm. 4936/2004) que el nacimiento de un hijo no puede considerarse un daño, " *pues no cabe en el ordenamiento español lo que, en terminología inglesa, se denomina wrongful birth* ", ya que " *no hay nacimientos equivocados o lesivos, pues el artículo 15 de la Constitución implica que toda vida humana es digna de ser vivida* ". Por eso mismo, en la indicada sentencia se descarta expresamente que los gastos derivados de la crianza de los hijos constituyan, en principio, un daño, ya que son inherentes a un elemental deber que pesa sobre los padres y, desde luego, no enervan esa obligación legal.



Ahora bien, estos principios deben matizarse en los casos en los que el nacimiento se produce como consecuencia de un embarazo que la madre habría querido evitar y que no pudo hacerlo como consecuencia del funcionamiento anormal de los servicios sanitarios. En estos supuestos, la doctrina básica la encontramos en la sentencia de esta Sala de 28 de septiembre de 2000, reiterada después en pronunciamientos posteriores, en cuyo fundamento de derecho quinto se afirma lo siguiente:

"Alega el recurrente que la paternidad inesperada le supone un daño moral, que relaciona, entre otras circunstancias, con la situación de inquietud e incertidumbre que ha padecido, así como un daño emergente derivado de los gastos realizados y un lucro cesante relacionado con los gastos necesarios para el mantenimiento de su hija.

Esta Sala ha considerado que el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre -ciertamente presumible cuando de una operación de vasectomía con resultado inesperado de embarazo se trata-, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave. Tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral, en el sentido ordinario de las relaciones humanas, que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad.

Sin embargo, sí podría existir un daño moral, si concurriesen los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma. Esta dignidad es un valor jurídicamente protegido, pues, como dice el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, de 11 de abril, «nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (artículo 10) [...]». En efecto, como añade el Tribunal Constitucional, «la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida [...]».

No cabe duda de que el embarazo habido ha supuesto haberse sometido a una siempre delicada intervención quirúrgica que ha venido en definitiva a demostrarse como inútil y, por otra parte, la frustración de la decisión sobre la propia paternidad o maternidad y, con ello, ha comportado una restricción de la facultad de autodeterminación derivada del libre desarrollo de la personalidad, al que pertenecen también ciertas decisiones personalísimas en cuanto no afecten al mínimo ético constitucionalmente establecido, como no puede menos de ser en un ordenamiento inspirado en el principio de libertad ideológica (artículo 16 de la Constitución).

Junto a estos perjuicios, debe tenerse en cuenta la existencia de daño emergente, ligado a los gastos necesarios para la comprobación de la paternidad, que la intervención quirúrgica realizada convierte en incierta. También, sin duda, al lado del daño emergente, existen consecuencias dañosas que podrían encuadrarse en el lucro cesante. Sería, sin embargo, un grave error integrar este concepto resarcitorio con el importe de las cantidades destinadas a la manutención del hijo inesperado, pues ésta constituye para los padres una obligación en el orden de las relaciones familiares impuesta por el ordenamiento jurídico, de tal suerte que el daño padecido no sería antijurídico, por existir para ellos la obligación de soportarlo. Sólo podría existir lucro cesante en el 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 o de los interesados " .

Trasladando la doctrina expuesta al supuesto ahora analizado, es claro que no resulta propiamente indemnizable el embarazo mismo, pero sí la lesión de la facultad de autodeterminación que el inadecuado acto médico provocó. También deben ser indemnizados los gastos (por pruebas médicas) ligados a la determinación de la presencia del Implanon en la demandante tras constatar su estado de gestación.

En cuanto a los gastos por alimentos del nuevo hijo que también se reclaman, ya hemos dicho que los mismos (en cuanto vinculados a la obligación de alimentos impuesta por el ordenamiento jurídico) no resultan, *prima facie*, indemnizables, salvo los perjuicios efectivos " 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 ", perjuicios que deben ser probados por la parte demandante y que, en el caso analizado, no han sido mínimamente acreditados, al limitarse a afirmar la actora que no tiene familia en España, es soltera, carece de ingresos y no percibe ayudas públicas de ningún tipo.

Ante estas circunstancias, sólo es admisible estimar acreditado el daño moral en los términos precedentemente expuestos, y, en ausencia de todo criterio orientativo de carácter objetivo que permita



cuantificarlo, procede fijar prudencialmente su resarcimiento económico en la suma actualizada (artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) de 80.000 euros.

En relación con la suma que se solicita en la demanda como consecuencia de la enfermedad que padece la hija de la actora, nacida tras el embarazo al que ya hemos hecho referencia, debe descartarse, en primer lugar, la existencia de nexo causal entre dicho padecimiento y el acto médico consistente en la inadecuada colocación del Implanon.

Solo desde una concepción absolutamente maximalista de la relación de causalidad cabría imputar a aquel acto médico la grave enfermedad que padece la hija de la recurrente, a lo que debe añadirse que ignoramos por completo las vicisitudes de la gestación de la demandante, el seguimiento del embarazo por los servicios médicos y si la patología que sufrió la niña se detectó o no durante dicho embarazo a efectos de que pudiera la madre, en su caso y con respeto a la normativa aplicable, acudir a su interrupción si es que era legalmente posible.

Nada hay en autos, en definitiva, que permita vincular ese daño (la grave enfermedad) con actuación médica negligente alguna, pues, desde luego, no puede de ninguna manera afirmarse que exista relación de causalidad entre la colocación del Implanon y la patología que sufre la menor, ni, por otra parte, se ha imputado aquella enfermedad a ninguna otra actividad sanitaria.

SÉPTIMO . De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de esta Jurisdicción , no procede la imposición de las costas procesales causadas, ni las de este recurso, ni las de la instancia.

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

FALLAMOS

Primero. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Cesáreo Hidalgo Senén, en nombre y representación de Dña. Delia , contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (Sección Cuarta) de fecha 18 de mayo de 2010 , dictada en el procedimiento ordinario núm. 11/2007, sobre reclamación de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria, sentencia que se casa y anula.

Segundo. Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Dña. Delia contra la desestimación presunta, por silencio administrativo, de la reclamación de responsabilidad patrimonial, dirigida con fecha 16 de diciembre de 2005 (y ampliada mediante escritos posteriores de 23 de agosto de 2006 y 8 de enero de 2007) al Institut Català de la Salut, por negligencia en la prestación del servicio sanitario, consistente en la implantación de un método anticonceptivo, declarando la citada resolución presunta disconforme con el Ordenamiento Jurídico.

Tercero. Condenamos a la Administración demandada a abonar a Dña. Delia las cantidades siguientes: a) 179,64 euros por los gastos médicos acreditados, más los intereses legales de esa suma, que habrán de calcularse desde la fecha en que se formuló la reclamación administrativa; b) 80.000 euros por daño moral, suma actualizada a la fecha de esta misma resolución.

Cuarto. No hacemos especial pronunciamiento sobre las costas procesales, tanto las causadas en la instancia como en esta casación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . D. Segundo Menendez Perez D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez D.ª Maria del Pilar Teso Gamella D. Jose Luis Requero Ibañez D. Jesus Cudero Blas

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE, AL AMPARO DEL ART. 260 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL , FORMULAN LOS MAGISTRADOS DON Luis Maria Diez-Picazo Gimenez Y DOÑA Maria del Pilar Teso Gamella.

Con el máximo respeto formulamos el presente voto particular. Nuestra discrepancia con el parecer mayoritario nada tiene que ver con la casación de la sentencia de instancia, sino que se refiere a la solución adoptada al abordar luego el fondo del litigio y, más en concreto, a la apreciación de que la Administración sanitaria ha incurrido en mala praxis.

Entendemos que no hay ninguna prueba de que, en la colocación del anticonceptivo denominado "Implanon" a la recurrente, el personal facultativo del Hospital Germans Trias i Pujol de Badalona vulnerase alguna de las



reglas de la técnica aplicables a dicha actuación y, por consiguiente, incurriera en mala praxis. De hecho, la sentencia de la que discrepamos inicia su valoración de la prueba con el siguiente pasaje:

"En el caso ahora analizado, la prueba practicada en las actuaciones no permite afirmar con absoluta certeza que el Implanon fuera efectivamente colocado a la Sra. Delia , o que fuera insertado debidamente (por vía subdérmica o justo bajo la piel), o demasiado profundamente (a causa de una inserción intramuscular o en la fascia) provocando su migración. Ni siquiera es completamente descartable que el embarazo tuviera su causa en una ineficacia del producto (improbable, pero que no puede excluirse absolutamente) o en una retirada o extracción del mismo."

Esto significa que la propia sentencia, como punto de partida, reconoce que no es posible saber qué ocurrió. No existe, así, ninguna prueba directa de la mala praxis. Y el razonamiento posterior de la sentencia se construye sobre meras posibilidades; pero, habiendo incertidumbre en la premisa, ni siquiera cabe la presunción judicial: el art. 386 LEC exige, como es bien sabido, que la inferencia se haga "a partir de un hecho admitido o probado".

Más aún, los argumentos dados por la sentencia para afirmar que, a pesar de dicha incertidumbre, la Administración sanitaria incurrió en mala praxis no son - dicho sea con el debido respeto- convincentes. De entrada, consta que la punción necesaria para colocar el "Implanon" se realizó, porque dejó una cicatriz aún visible cuando tiempo después se comprobó que la recurrente había quedado embarazada. Y no consta, en cambio, que la recurrente tuviera anteriormente dudas sobre la efectiva implantación del citado anticonceptivo; algo que habría debido ser relativamente fácil de verificar, ya que el "Implanon" debe colocarse inmediatamente bajo la piel. Si el "Implanon" no se hubiera colocado o hubiera sido colocado demasiado profundamente, habría debido haber algún rastro de ello en el mismo momento y en los días inmediatamente posteriores.

Tampoco la imposibilidad de conocer quién fue el concreto médico que llevó a cabo la colocación del anticonceptivo -dato al que la sentencia otorga especial significación- resulta, en nuestra opinión determinante. Cuando se practicaron las pruebas, había transcurrido bastante tiempo desde la actuación médica; lo que explica la falta de memoria del Jefe del Servicio. Pero más importante aún, en este orden de consideraciones, es la naturaleza misma de dicha actuación: ambulatoria y breve. En estas circunstancias, no parece razonable exigir a la Administración sanitaria un deber de documentación mayor que el realizado; es decir, redactar y guardar un parte de asistencia.

Queda, en fin, el argumento basado en la ficha técnica del fabricante de "Implanon", según la cual este anticonceptivo, si ha sido correctamente colocado, determina que la posibilidad de embarazo sea prácticamente nula. No hay ninguna razón para dudar de la veracidad de esta información del fabricante. Ahora bien, esto sólo demuestra que el "Implanon" es extraordinariamente efectivo si está correctamente colocado. Nada dice, en cambio, sobre cuál era la facilidad o la dificultad -en el momento en que ocurrieron los hechos- de lograr una correcta colocación, no demasiado profunda. Y tampoco hay datos, que habrían sido particularmente útiles para valorar una eventual mala praxis, acerca del número de colocaciones incorrectas de dicho anticonceptivo.

En suma, sólo hay incertidumbre. En estas condiciones no resulta posible, en nuestra opinión, considerar acreditada la mala praxis de la Administración sanitaria. Debe tenerse presente a este respecto que hacer una afirmación de mala praxis tiene consecuencias negativas para el buen nombre de la Administración sanitaria y de los facultativos que la sirven, no debiendo tampoco olvidarse que, según jurisprudencia constante, sobre la mencionada Administración sanitaria no pesa un deber de éxito en todas sus actuaciones.

D. Luis María Díez-Picazo Giménez D.^a María del Pilar Teso Gamella

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Excmo. Sr. D. Jesús Cudero Blas estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; certifico.