

configurado como mandato mercantil, forma primaria de los contratos de colaboración en la que la colaboración no es estable y duradera como en el de agencia, sino aislada y esporádica.

ISABEL MORATILLA GALÁN

1.6. Responsabilidad civil

RESPONSABILIDAD MÉDICA. NACIMIENTO DE UN NIÑO CON MALFORMACIONES GENÉTICAS. FALTA DE INFORMACIÓN A LOS PADRES.— NEGLIGENCIA DE LOS MÉDICOS QUE REALIZARON LAS ECOGRAFÍAS. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA: DEL CENTRO HOSPITALARIO Y LA COMPAÑÍA DE SEGUROS. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE DICIEMBRE DE 2003.)

Ponente: Excmo. Señor don Jesús Corbal Fernández.

Antecedentes.—Como consecuencia del nacimiento de un niño con malformaciones genéticas, de las que los padres no fueron informados durante el embarazo, se reclama una indemnización de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia, número 24 de Barcelona, dictó sentencia con fecha 14 de mayo de 1997. Estimó parcialmente las pretensiones, formuladas por los progenitores don T. N. y doña M. G., en su nombre y en nombre y representación de su hijo O. G., contra los médicos que asistieron a la madre durante en el embarazo, don V. F. (toco-ginecólogo), don A. G., doña M. C., don J. G. (los tres especialistas en ecografías), contra el Hospital donde se produjo el alumbramiento y contra la compañía de seguros Wintherthur. Condenó a los demandados a pagar a los actores la suma de 25.000.000 de pesetas, teniendo que abonar cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Apelada por ambas partes la anterior Resolución, la Sección decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia con fecha 29 de enero de 1998. Estimó el recurso interpuesto por los médicos codemandados y rechazó el deducido por los progenitores con revocación de la sentencia dictada en primera instancia, absolviendo a todos los codemandados, sin especial pronunciamiento respecto a las costas de ambas instancias, es decir, cada parte satisfará las propias y las comunes por mitad.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación.

Doctrina.—El recurso de casación interpuesto por los padres se funda en tres motivos, todos ellos al amparado del número 4.º del artículo 1.692 de la LEC de 1881.

El primero: se alega infracción de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil; y error en la valoración de la prueba por corresponder a los Tribunales y no a las periciales académicas.

El segundo: se acusa infracción del artículo 10.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, Ley General de Sanidad.

El tercero: se alega infracción de la jurisprudencia contenida en las sentencias de 1 y 28 de julio de 1997, sobre riesgo estadístico.

Sostiene el Tribunal Supremo:

«1. Que existió una actuación sanitaria evidentemente deficiente al no detectarse unas anomalías de un feto, y como consecuencia se imposibilitó que el ginecólogo pudiera proporcionar a los progenitores la información adecuada a la que tenían legítimo derecho.

2. Como consecuencia de lo anterior procede estimar el recurso de casación ... en cuanto al motivo primero, siendo innecesario el examen de los restantes... y casar y anular la sentencia recurrida, ...que sienta una conclusión de imposibilidad o grave dificultad de visualización de las malformaciones que es contraria a un elemental criterio de raciocinio lógico, y que en la perspectiva casacional es evaluable como error notorio, pues resulta inverosímil, con las circunstancias concurrentes, visualizar ecográficamente normalidad anatómica de un feto, o no visualizar anomalías físicas como las del caso... Procede acordar la condena de los demandados doctores don A. G., don J. G. y doña M. C., con base en la culpa extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil y absolver al doctor don V. F. (ginecólogo)».

Creemos que por su importancia es necesario destacar cómo el Tribunal Supremo valora la responsabilidad de cada uno de los médicos que atienden a la madre durante la gestación.

«La responsabilidad más grave incumbe al doctor G. por la entidad de la negligencia, el momento en que se produjo y la incidencia que tuvo en la actuación del ginecólogo.

En mucha menor medida, también existió una actuación negligente —descuidada— de los doctores G. y C. y no se aprecia responsabilidad ... en el doctor M., ginecólogo, porque actuó en la confianza del informe ecográfico del doctor G. —que no contenía ningún dato de alarma o riesgo—, y aunque posteriormente conoció el informe ...en la tercera ecografía, ... dado el momento del conocimiento y la proximidad del parto, no le es imputable una especial actitud negligente...».

Se fija la indemnización ... en sesenta millones de pesetas ... para cuya determinación se tienen en cuenta las expectativas de que se han visto privados los actores y la repercusión del hecho en sus vidas..., además del daño moral y el hecho de que, tratándose de una deuda de valor, debe tenerse en cuenta el momento de su efectividad... Teniendo en cuenta la diferente entidad de las negligencias..., se establece que el doctor G. debe responder de la suma de cuarenta y cinco millones de pesetas, y los doctores G. y C., con carácter solidario, de los quince restantes... De la suma total... deberán responder solidariamente las tres entidades codemandadas, el Hospital ... e Institut Català de la Salut con base en el artículo 1.903 del Código Civil (por ... ser respectivamente el Centro Médico al que pertenecían los ecografistas ... y el organismo oficial de que aquél dependía, por ... aplicación de la culpa *in eligendo* e *in vigilando*) y la Compañía de Seguros Winterthur con fundamento en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (arts. 73 y 76)».

COMENTARIO

La lectura de esta sentencia a nadie deja indiferente. La complejidad del caso y la proyección humana del mismo nos hacen reflexionar sobre un tema de gran interés.

Esta sentencia, objeto de nuestro comentario, aborda el supuesto del nacimiento de un niño con malformaciones genéticas, de las que los padres no fueron informados. Los padres consideran que los médicos que atendieron a la madre durante la gestación, actuaron negligentemente, al no informarles de las anomalías del feto, lo que les impidió interrumpir el embarazo, por lo que ejercitan una acción de responsabilidad civil.

La cuestión principal que se plantea es si hubo una deficiente prestación sanitaria al hacerse mal el diagnóstico y no comunicar a la madre las posibles malformaciones, lo que impidió a la misma ejercitar la facultad de interrumpir el embarazo o, por el contrario, el servicio sanitario actuó adecuadamente utilizando todos los medios a su alcance, no siendo posible detectar las malformaciones, por lo que en modo alguno se pudo informar.

Estos casos son conocidos por la doctrina con la denominación inglesa «Wrongfull birth», nacimiento erróneo (si la acción la ejercitan los progenitores) o «Wrongfull life», vida errónea (si la acción la ejercita el hijo) o con la denominación francesa «perte d'une chance», y dentro de ellos se estudian distintos supuestos donde el recién nacido nace con diversos tipos de malformaciones o defectos, y la controversia gira en torno a si los padres, al no haber tenido la información adecuada, han perdido la facultad de optar por realizar un aborto por causas legales, y sobre si de esta pérdida de oportunidad deriva un daño indemnizable.

Para el análisis de la sentencia conviene repasar los presupuestos fácticos de la misma:

El día 30 de junio de 1993, D. A. dio a luz en la Clínica Valle Hebrón a un niño con diversas anomalías físicas, consistentes en la falta del riñón izquierdo, así como de todo el esqueleto de la parte izquierda de la pelvis y la extremidad inferior de este lado. Tales deficiencias de carácter genético no fueron detectadas durante el embarazo, y por consiguiente no se le proporcionó a los progenitores información alguna al efecto.

Para comprender lo ocurrido es preciso, como afirma la propia sentencia, hacer un seguimiento de la asistencia ginecológica y ecográfica de la actora:

1. La primera ecografía se practica el 23 de febrero de 1993, en el Hospital mencionado, por la doctora C. (especialista en ecografías). En el informe se hace constar: que el estado de gestación es de veinte semanas y tres días (DUM). Que el líquido amniótico es normal. Y en el apartado observaciones se indica que requiere control a las 2-3 semanas para valorar placenta (se encontraba en posición anterior y previa) y el número de vasos del cordón umbilical.

Del citado informe resulta que la doctora sospecha que falta una de las dos arterias (arteria umbilical única), y es consciente de que, de confirmarse el diagnóstico, existe riesgo de malformaciones, por lo que manda hacer un control para dentro de dos o tres semanas. Afirma el Tribunal Supremo que de esta actuación no cabe deducir responsabilidad.

2. El día 16 de marzo de 1993, a la tercera semana de la anterior ecografía, se practica por el doctor G. una nueva (veintitrés semanas, cuatro días edad de gestación DUM). En ella se informa que la placenta se halla en posición anterior (dejó de ser previa), que hay normalidad en las extremidades y que el cordón umbilical tiene los tres vasos (asimismo se hace constar la normalidad —N— en cabeza, tórax, abdomen y columna). Es decir, no se confirma el diagnóstico de arteria umbilical única.

El informe, según el Tribunal Supremo, incide en una grave negligencia profesional, porque, cabe entender que no se haya podido visualizar las dos arterias o si faltaba una extremidad, pero resulta inasumible que se visualizaran dos arterias cuando sólo había una o que había normalidad de las extremidades cuando faltaba totalmente la inferior izquierda.

Siendo especialmente trascendente la fecha en que desaparece la sospecha de arteria umbilical única, y por tanto el riesgo de malformaciones, ya no era preciso intensificar las pruebas para facilitar una posible (hipotética) interrupción legal del embarazo. Confiando el ginecólogo que atiende a la madre en que el embarazo se está desarrollando con normalidad.

Es necesario señalar que a la madre le asisten dos ginecólogos, el primero el doctor S., que la atendió con anterioridad a dicha ecografía y no figura como demandado, y el segundo que se hizo cargo de su asistencia con posterioridad a la misma, y que figura como demandado doctor M.

3. El 27 de mayo de 1993 (edad de gestación treinta y tres semanas DUM, edad de gestación ecográfica 32-33 semanas) se realiza la tercera ecografía. En el informe los doctores G. y C. hacen constar: líquido amniótico normal, Doppler normal, probable arteria umbilical única, aunque no se puede afirmar rotundamente. No consta que se haya realizado examen anatómico del feto.

El Tribunal Supremo considera que el ecografista no actuó con la diligencia exigible ya que, habida cuenta del tiempo de gestación y la probabilidad de que existiera una arteria umbilical única, era preciso intensificar las pruebas ecográficas para cerciorarse de si existían malformaciones. Sostiene que a los ocho meses de gestación no es posible visualizar la falta de un riñón, de una parte de la pelvis y de una pierna, porque ello supondría tanto como negar la utilidad de la ecografía. Y una vez conocida la situación del feto, a través del ginecólogo, cabría dar perfecto cumplimiento al deber de información, que como consecuencia resultó omitido.

4. La cuarta ecografía efectuada el 29 de junio de 1993 (a las treinta y ocho semanas, y concretamente el día anterior al parto) ratifica, según la Sala, si cabe más, la deficiente prestación sanitaria del caso. Ya que se hacen constar como normales los datos anatómicos del feto relativos a la cabeza, tórax y abdomen; no se dice nada acerca de las extremidades; y se indica «probable arteria umbilical única». Al día siguiente se produce el alumbramiento.

Vistos con detalle los hechos de la sentencia, puede ser útil recordar cómo ha sido la respuesta del Tribunal Supremo sobre estos casos de malformaciones, en los que la falta de información por parte del médico ha impedido a la madre interrumpir el embarazo.

Debe observarse que cada vez que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en casos parecidos, tal y como se ha adelantado, el tema no ha dejado a nadie indiferente, lo que podemos comprobar fácilmente, ya que cada una de estas sentencias han sido estudiadas y comentadas oportunamente por la doctrina.

Recordémoslas haciendo una pequeña síntesis y destacando alguno de los fundamentos que ha manejado el TS en apoyo de su doctrina:

Sentencia de 6 de junio de 1997 (RJ 1997, 4610). Reclamación de daños y perjuicios por nacimiento de un niño con síndrome de Down. La madre había sido diagnosticada como gestante de alto nivel de riesgo. No se informa a la madre a tiempo del fracaso de la prueba de amniocentesis. Actuación irregular del médico, que causó un perjuicio gravísimo, perjuicio que se podía haber

evitado dada la disposición de la madre para interrumpir el embarazo dentro del plazo legal. Existiendo relación causal entre el perjuicio y la actuación negligente del médico. Se considera que el daño no es patrimonial sino moral. A juicio del TS procede estimar el recurso. Se condena al médico y al Hospital Clínico Universitario de Valencia y al Servicio Valenciano de Salud, al pago de 50.000.000 de pesetas de forma solidaria, por daños morales y patrimoniales. Ponente: Excmo. Señor D. Sierra Gil de la Cuesta (Comentada en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia*, en adelante *CCJC*, núm. 45, 1997, por UREÑA, M., págs. 1105-1116).

Sentencia de 4 de febrero de 1999 (RJ 1999, 748). Reclamación de daños y perjuicios por nacimiento de una niña con malformaciones congénitas. A la madre se le hicieron ecografías de embarazo de bajo riesgo. A juicio del TS procede desestimar el recurso. Se deniega la indemnización y se condena en costas a los padres. Ponente: Excmo. Señor don J. MARINA MARTÍNEZ-PARDO. Voto Particular del Excmo. Señor ROMÁN GARCÍA VARELA (comentada por BEROVITZ RODRÍGUEZ-CANO en *CCJC*, núm. 50/1999, págs. 841 a 860).

El criterio en el que, fundamentalmente, se basa la sentencia, se encuentra recogido en el Fundamento quinto, que establece: «...primero, los hechos probados de ambas sentencias de instancia, declaran expresamente que la actuación médica se adaptó completamente a la *lex artis ad hoc*, esto es, a la conducta exigible a un médico en las circunstancias clínicas y técnicas del Centro donde prestó sus servicios; segundo, porque no se ha demostrado la relación de causa a efecto entre la actuación médica y el hecho del nacimiento de una niña tan tristemente afectada por malformaciones y deformidades. La genética está fuera de las posibilidades de que la doctora evitara el resultado. Además es una simple hipótesis decir que en caso de ser informada la madre gestante, habría tomado la difícil decisión de interrumpir el embarazo. Y en tercer lugar, la doctrina predominante rechaza que el nacimiento en estas circunstancias sea un daño *per se*, y los que defienden que el daño es la privación del derecho a optar, no hacen más que sostener de modo más o menos indirecto, que el daño es el nacimiento...», la fundamentación de la sentencia de 6 de junio de 1997 (RJ 1997, 4610) de esta Sala, no es aplicable al caso, porque en el presente está demostrado que con los medios del lugar fue posible desconocer las malformaciones».

Sentencia de 7 de junio de 2002 (RJ 2002, 5216). Reclamación de daños y perjuicios por nacimiento de un niño con síndrome de Down. La madre de cuarenta años de edad tenía tres hijos y había sufrido un aborto espontáneo anteriormente, ante su preocupación por el nacimiento de este nuevo hijo se le comunica que iba todo normal. Los padres del niño consideran que el médico actuó negligentemente al no informarles de que podían realizarse pruebas para determinar la existencia de malformaciones en el feto, privándole con ello de la facultad de interrumpir el embarazo dentro el plazo legal permitido. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación y deniega la indemnización sin expresa condena en costas.

El argumento principalmente utilizado por el Tribunal Supremo para apoyar su decisión está recogido en el Fundamento cuarto donde considera que: «aun detectadas... por las pruebas... las malformaciones en el feto, ...la presencia del síndrome de Down ...no es imputable al médico, y que establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento del deber de información ...y la privación de aquélla de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada más que en simples conjeturas, pues no se ha

declarado probado ...que la madre quisiera abortar». Ponente: Excmo. Señor don PEDRO GONZÁLEZ POVEDA (comentada por MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J., en *CCJC*, núm. 60/2002, págs. 1097-1121, y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en *CCCJ*, núm. 60/2002, págs. 857 a 863).

La sentencia ahora examinada enlaza directamente con el deber de información que tienen los profesionales, en este caso concreto los médicos con los pacientes o sus allegados, para que éstos puedan escoger libremente dentro de las posibilidades que la medicina les ofrece, es decir, el núcleo de la cuestión se centra en determinar si los doctores intervinientes cumplieron el deber de información.

Deber que en el momento que se produjeron los hechos estaba contemplado en el artículo 10-5 de la Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad, que establece que: «el paciente o sus familiares tienen derecho, en términos comprensibles a él y a sus familiares allegados, a que se les dé información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento». Artículo que se encuentra actualmente derogado, concretamente en los apartados 5, 6, 7, 8, 9 y 11, conforme a la Disposición Derogatoria única de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información clínica, (deber que ahora se contempla en el art. 4).

Deber que ha sido calificado como fundamental por el propio Tribunal Supremo en las sentencias de 12 de enero de 2001 (RJ 2001, 3), y de 11 de mayo de 2001 (RJ 2001, 6197), si bien compartimos la opinión de cierto sector doctrinal que considera que esta afirmación es exagerada (RUBIO TORRANO, ENRIQUE, *Aranzadi Civil*, núm. 19/2001, «Derechos fundamentales y consentimiento informado»).

Estamos ante el segundo caso que el Tribunal Supremo ha concedido una indemnización, por considerar que ha habido un error en el diagnóstico y un incumplimiento del deber de información de los médicos, que ha causado un daño a los progenitores.

Veamos si concurren en este caso los elementos determinantes de la responsabilidad civil médica. Acción médica negligente, perjuicio grave y relación causal entre ambos.

Acción médica negligente: Analizaremos si los médicos que atendieron a la madre durante el embarazo actuaron diligentemente. Creemos que habría que diferenciar, por un lado, la actuación de los médicos que realizaron las ecografías y por otro la del ginecólogo.

En cuanto a los ecografistas, veamos su actuación uno a uno:

La doctora C. realiza la primera ecografía a las veinte semanas y tres días de gestación y sospecha que puede haber malformaciones, ya que no es claro el número de vasos del cordón umbilical, por lo que solicita un nuevo control a las dos o tres semanas. El Tribunal Supremo considera que actúa diligentemente. Nosotros no opinamos lo mismo. El Código Penal español, en el artículo 417 bis.3 de 1973 —vigente conforme a lo dispuesto en la Disposición Derogatoria única 1.^a a) del Código Penal de 1995—, contempla entre los supuestos de embarazo no punibles el caso de: «que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditados al efecto, y dis-

tintos de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto» (sobre el aborto no punible puede verse SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal, parte especial*, 8.ª edición, Dykinson, Madrid, 2003, págs. 85 a 97).

En nuestra opinión, si la doctora tenía dudas sobre las malformaciones del feto, teniendo en cuenta que la gestante estaba de veinte semanas y tres días, debería haber pedido una segunda opinión al Centro de referencia, cuanto antes, o haber realizado una ecografía especializada, antes de transcurrir una semana, porque en cualquier otro caso se estaba impidiendo que la madre hipotéticamente ejercitara la facultad prevista en la ley de interrupción de embarazo. Ya que pasado el plazo de las veintidós semanas no es posible el aborto eugenésico. Por otro lado, debería haber informado a la madre de la importancia de hacerse las pruebas cuanto antes, ante la sospecha de malformaciones, ya que las anomalías en los miembros pueden ser observadas ecográficamente, según los protocolos vigentes y la praxis médica habitual, con lo que hubiera aumentando las posibilidades de poder detectar alguna anomalía. Con esta información se les hubiera dado a los progenitores la posibilidad de tomar la solución más adecuada a sus intereses. Sin embargo, la doctora no manda realizar la ecografía hasta las dos o tres semanas siguientes, teniendo en cuenta que está de veinte semanas y tres días sólo puede servir para obtener un control evolutivo del feto, pero cerraba las puertas al posible aborto eugenésico.

El doctor G. realiza la segunda ecografía (veintitrés semanas, cuatro días edad de gestación DUM), e informa que hay normalidad en las extremidades y que el cordón umbilical tiene los tres vasos (asimismo se hace constar la normalidad —N— en cabeza, tórax, abdomen y columna).

Según el Tribunal Supremo, incide en una grave negligencia profesional, opinión que compartimos. Por otro lado, considera que es especialmente trascendente la fecha en que desaparece la sospecha del riesgo de malformaciones, con lo que ya no sería preciso intensificar las pruebas para facilitar una posible (hipotética) interrupción legal del embarazo. Opinión que no compartimos, porque ya había pasado el plazo legal para ejercitar el aborto eugenésico. Su diagnóstico estaba equivocado, pero a esta altura del embarazo no hacía posible la interrupción del embarazo. Sin embargo, el Tribunal Supremo considera que la entidad de la negligencia es mucho mayor, al establecer que debe responder de 45 millones de los sesenta, mientras que los otros dos ecografistas sólo responden solidariamente de los otros 15.

Nos preguntamos en qué se basa el Tribunal Supremo para considerar su negligencia de mayor entidad, tal vez no está basando el fundamento del daño en la pérdida de la oportunidad de abortar en el plazo legal, que es lo que argumenta, ya que a las veintitrés semanas cuatro días estaba pérdida, sino en el diagnóstico equivocado y en la falta de información que por ello se produce. El Tribunal Supremo fija la indemnización no sólo por las expectativas de las que se han visto privados, sino en la repercusión que el hecho ha tenido en sus vidas y en el daño moral, creemos que el fundamento que subyace, aunque no se refleja abiertamente, es que si se hubiera informado los progenitores estarían mejor preparados psicológicamente para que su hijo naciera con malformaciones, ya que era demasiado tarde para otra cosa.

La tercera ecografía se realiza por los ecógrafos doctores G. y C., a las treinta y tres semanas, y se indica «probable arteria umbilical única», pero no se intensifican las pruebas, con lo que se actúa, según el Tribunal Supremo, con falta de diligencia y sin cumplir con su deber de información. Lo mismo

ocurre en la cuarta donde se indica el día antes del parto, «probable arteria umbilical única» y no se le informa a los progenitores.

En cuanto a la actuación del ginecólogo, lo cierto es que se enteró, posiblemente, de las deficiencias del feto en la tercera ecografía (a los ocho meses de gestación).

El Tribunal Supremo considera que aunque éste debería haber informado a los padres, lo que parece que no ocurrió, dado el momento del conocimiento y la proximidad del parto, no se le debe imputar una especial actitud negligente en relación al caso por lo que se le absuelve.

Es curioso que el Tribunal Supremo exima al ginecólogo, pero no a los ecógrafos que realizaron la tercera ecografía. Creemos que en los dos casos se debería haber medido por el mismo rasero; o se argumenta que es demasiado tarde para que la madre hipotéticamente interrumpa la gestación legalmente, por lo que pese a la información no se podía haber evitado el daño, y el resultado habría sido el mismo, por lo que se les debe eximir dado el momento del conocimiento y la proximidad del parto (criterio que parece aplicarse al ginecólogo), o se entiende que si los progenitores hubiesen tenido la información adecuada estarían mejor preparados psicológicamente para tener un hijo con malformaciones y el daño moral hubiese sido menor, condenándose tanto al médico como a los ecografistas.

En cuanto al perjuicio o daño y a la relación de causalidad: ya se ha puesto de manifiesto por cierto sector doctrinal que en estos casos, el daño no es, en sí mismo, el nacimiento de un hijo con malformaciones, sino la pérdida de la oportunidad (*Perte d'une chance*) que se produce por la negligente información del médico que impide a la madre optar por el aborto establecido en forma legal.

La madre confía en la información del médico y de los ecógrafos. Con esta información la madre puede optar, dentro de los términos que contempla la ley, en interrumpir el embarazo. Si esta facultad se conculca informándola después de pasado el plazo, evidentemente, se ha producido un daño por la pérdida de la oportunidad, la relación de causalidad es clara. Más difícil nos parece establecer una relación de causalidad cuando se considera que con una mejor información los padres estarían mejor preparados psicológicamente.

Debe observarse que en el caso enjuiciado, el Tribunal Supremo no entra a valorar si la madre está o no dispuesta a abortar, como lo ha hecho otras veces, lo cual nos parece acertado, porque *a posteriori* es difícil de saber lo que habría hecho alguien en una situación tan delicada cuando ya no tiene vuelta atrás (resulta muy interesante la argumentación de BERVOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en *CCJC*, núm. 60/2002, págs. 864 y 865).

La carga de la prueba corresponde en estos casos al médico, sentencia de 16 de octubre de 1998, que mantiene en su Fundamento jurídico segundo que la obligación de informar correspondía a los profesionales que practicaron la prueba y al Centro Hospitalario. En el mismo sentido, la de 28 de diciembre de 1998, en su Fundamento Jurídico quinto hace recaer sobre el profesional de la medicina, por ser quien se halla en situación más favorable para conseguir su prueba. Igualmente, la sentencia de 19 de abril de 1999, y, por último la de 7 de marzo de 2000.

Se trata ésta, por tanto, de una sentencia novedosa, que invita a un profundo análisis jurídico.