

VISTO BUENO DE LA TUTORA DEL TRABAJO FIN DE MÁSTER

La Profesora D^a María Elena Sánchez Jordán, como Tutora del Trabajo Fin de Máster titulado “Consecuencias jurídicas de un error en técnicas de reproducción asistida”, realizado por el D. Daniel Corredera Delgado, informa favorablemente el mismo, dado que reúne las condiciones necesarias para su defensa.

En cumplimiento de lo previsto en la Guía docente de la asignatura, se propone la calificación de 9.5, en atención a la claridad expositiva, la dificultad de las cuestiones tratadas, la correcta sistematización y el uso ejemplar de bibliografía y jurisprudencia.

En La Laguna, a 23 de enero de 2019.

Fdo.: M^a Elena Sánchez Jordán

Facultad de Derecho
Apartado 456
38200 La Laguna
Santa Cruz de Tenerife. España

T: 922 317310
disjur@ull.edu.es

Este documento incorpora firma electrónica, y es copia auténtica de un documento electrónico archivado por la ULL según la Ley 39/2015.
La autenticidad de este documento puede ser comprobada en la dirección: <https://sede.ull.es/validacion/>

Identificador del documento: 1732149

Código de verificación: 61uGkF0S

Firmado por: María Elena Sánchez Jordan
UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

Fecha: 23/01/2019 13:59:50



Máster Universitario en Abogacía

Universidad de La Laguna

Facultad de Derecho

Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife

Curso 2018/2019

Convocatoria: Enero 2019

Consecuencias jurídicas de un error en técnicas de reproducción asistida

Realizado por el alumno **D. Daniel Corredera Delgado**

Tutorizado por la Profesora **Dña. María Elena Sánchez Jordán**

Departamento: **Disciplinas Jurídicas Básicas**

Área de conocimiento: **Derecho Civil**

ÍNDICE

I.	SUPUESTO DE HECHO.....	2
II.	CUESTIONES QUE SE PLANTEAN.....	3
III.	DICTAMEN JURÍDICO SOBRE LAS CUESTIONES PLANTEADAS	3
1.	Impugnación de la paternidad derivada de la TRA	5
A)	El sistema español de determinación de la filiación cuando se emplean TRA: ¿verdad biológica o verdad formal?	5
B)	Consecuencias jurídicas del error cometido por la CRA	11
C)	La posesión de estado: su trascendencia jurídica	16
D)	El interés superior del menor	20
E)	Respuesta a la primera cuestión.....	26
F)	Planteamiento de una eventual estimación de la acción de impugnación: consecuencias sobre los alimentos prestados	27
2.	Responsabilidad de la CRA	32
A)	Responsabilidad penal o responsabilidad civil	32
B)	Naturaleza jurídica de la relación entre la CRA y la mujer usuaria	34
C)	Sujeto responsable, causa y criterio de imputación	38
D)	Los daños objeto de indemnización.....	43
E)	Respuesta a la segunda cuestión	47
IV.	CONCLUSIONES	48
	BIBLIOGRAFÍA	52

I. SUPUESTO DE HECHO.

Doña Cristina F. F., de 31 años, mantiene una relación sentimental no matrimonial con Don Alejandro L. L., de 43 años de edad, con el que comparte su vida diaria. Doña Cristina es madre de una niña menor de edad, fruto de un matrimonio anterior. A su vez, Don Alejandro también es padre de tres hijos, menores de edad, de una relación anterior.

Después de varios años de relación estable, y aunque ambos ya son padres, desean tener descendencia común. Sin embargo, para alcanzar su objetivo no pueden acudir a la reproducción natural, puesto que Don Alejandro se ha realizado una vasectomía trece años antes, por lo que resulta imprescindible recurrir a la reproducción artificial.

Ante este impedimento, Doña Cristina y Don Alejandro acuden a la Clínica de Reproducción Asistida -en adelante CRA-, para someterse a algún tratamiento reproductivo que les permita ser padres. La técnica de reproducción asistida propuesta por la CRA es la “fecundación in vitro” con material genético de Don Alejandro, por ser la más adecuada, atendiendo a las circunstancias físicas (menor capacidad de fertilización del semen) y el deseo de tener descendencia común (es decir, hijos “de sangre”).

Una vez informados por parte de la CRA de que, por las circunstancias concurrentes, las probabilidades de éxito son menores que en casos “normales”, ambos prestan su consentimiento y se someten al tratamiento de fertilización in vitro. Así, se procede a la extracción de semen y óvulos, para su posterior fecundación y transferencia de los embriones obtenidos al interior de Doña Cristina.

Pese al pronóstico poco favorable, finalmente la técnica de reproducción asistida resulta exitosa, dando lugar a un embarazo gemelar, que se desarrolla de forma adecuada y sin complicaciones hasta dar a luz a una niña y un niño, Laura y Pablo.

Tras el nacimiento, llega al conocimiento de los progenitores por medio de unas pruebas médicas, que el factor sanguíneo de los dos menores es RH negativo, lo cual parece no tener explicación, pues tanto Doña Cristina como Don Alejandro tienen factor sanguíneo RH positivo, y científicamente esto resulta imposible. A partir de este momento Don Alejandro comienza a tener serias dudas acerca de su paternidad, y

sospecha que los menores son fruto de una infidelidad de Doña Cristina con otro hombre. Por el contrario, Doña Cristina, consciente de que no ha mantenido relaciones sexuales con ninguna otra persona, cree firmemente que la CRA ha cometido un grave error, y la han inseminado con semen que no era de su pareja.

Tres años después, la relación entre Doña Cristina y Don Alejandro termina, debido en gran parte a las sospechas de infidelidad por parte de Don Alejandro, quien abandona el domicilio familiar y corta por completo la relación con sus dos hijos menores, negándose a contactar con ellos y a contribuir económicamente para sus alimentos.

Doña Cristina, que debe hacer frente a una doble maternidad en solitario y que no cuenta con recursos económicos suficientes para ello, se plantea la posibilidad de reclamar judicialmente una pensión de alimentos para sus hijos menores, si bien, se muestra muy preocupada por la intención de Don Alejandro de impugnar su paternidad, y que ello pueda afectar al reconocimiento de la pensión alimenticia.

II. CUESTIONES QUE SE PLANTEAN.

El varón que consiente someterse a técnicas de reproducción asistida con aportación de material genético propio, y que además ejerce su paternidad durante un razonable periodo de tiempo, ¿puede dejar de considerarse padre como consecuencia de un error médico y, consiguientemente, dejar de pagar alimentos a los menores de edad?

En caso de darse una respuesta positiva a la cuestión anterior, ¿sería posible reclamar responsabilidad a la clínica o centro médico en el que se llevaron a cabo las técnicas de reproducción asistida?

III. DICTAMEN JURÍDICO SOBRE LAS CUESTIONES PLANTEADAS.

Tal y como puede inferirse del propio título, lo que se pretende con este dictamen es analizar las consecuencias jurídicas que pueden derivarse de un error médico en la aplicación de técnicas de reproducción asistida, y en particular, las consecuencias jurídicas sobre la filiación resultante.

En la primera parte del dictamen se intentará dar respuesta a la cuestión principal que se nos plantea, esto es, si puede Don Alejandro ejercitar acción de impugnación de su paternidad y si puede ser estimada por los tribunales civiles, lo que adelanto que, a la vista de las circunstancias concretas que se han dado en el supuesto de hecho, no considero posible.

Para ello me propongo, en primer lugar, realizar un breve estudio del sistema legal de determinación de la filiación en este tipo de técnicas, especialmente en la reproducción asistida con aportación de material genético propio (TRA homóloga), así como la protección que se otorga a la filiación derivada de la misma, a los efectos de concretar si la normativa o, en su caso, la interpretación que pudieran dar los tribunales a ésta, permite el ejercicio de la acción. A lo largo de dicho estudio haré hincapié, sobre todo, en el papel fundamental que juega el consentimiento del varón, no sólo a la hora de establecer la filiación, sino también en el hecho mismo de la generación, lo que necesariamente me llevará a cuestionar la prevalencia de la verdad biológica o de la verdad formal en la determinación de la filiación.

A continuación, trataré de exponer las consecuencias jurídicas que se derivan de la impugnación de la filiación y de su acogida por los tribunales civiles, advirtiendo de la desigualdad y la discriminación de género que puede suponer para la mujer usuaria de las técnicas.

Seguidamente, examinaré la trascendencia jurídica que tiene la posesión de estado en lo que se refiere a las relaciones de filiación, como situación jurídica con entidad suficiente para consolidar o incluso constituir el vínculo filial, aun cuando no concurre el dato biológico.

En último lugar, abordaré el principio fundamental del interés superior del menor, que debe ser observado con especial atención en la interpretación y aplicación de las normas, y que podría verse vulnerado de estimarse la acción de impugnación.

Tras esto, me encontraré en condiciones para dar una respuesta definitiva a la primera cuestión planteada.

No obstante, como veremos, la falta de precedentes judiciales en nuestro país no nos permitirá realizar si quiera una estimación de las probabilidades de que la acción de impugnación sea estimada o desestimada. Esto me llevará a plantearme el supuesto de la

estimación de la acción, y con ello, la posibilidad de reclamar responsabilidad a la clínica en la que se llevó a cabo la reproducción asistida.

Para responder entonces a la segunda cuestión de este dictamen, determinaré primero el tipo de responsabilidad en que se ha incurrido al cometer el error médico, distinguiendo si pudiera existir responsabilidad penal (y con ello responsabilidad civil derivada del delito) o tan solo responsabilidad civil.

Aclarado este extremo, examinaré la naturaleza jurídica de la relación médico-paciente que da origen a la responsabilidad tratando de delimitar su carácter contractual o extracontractual, y en todo caso, si se trata de una obligación de medios o de resultado.

En el siguiente apartado intentaré concretar cuál es el sujeto que ha de asumir la responsabilidad, la causa de imputación y el criterio por el que se le atribuye la misma, para lo que se analizará la jurisprudencia en materia de responsabilidad médica.

Finalmente, para concluir, identificaré con exactitud cuáles son los daños causados que deben ser objeto de indemnización.

1. Impugnación de la paternidad derivada de la TRA.

A) El sistema español de determinación de la filiación cuando se emplean TRA: ¿verdad biológica o verdad formal?

El Código Civil concibe actualmente dos categorías de filiación, la filiación por naturaleza (aquella que deviene de la reproducción natural) y la filiación por adopción, a las que atribuye los mismos efectos¹. Los artículos 112 CC y ss. contienen las reglas generales para la determinación de la filiación por naturaleza, así como las acciones que se pueden ejercitar tanto para reclamar como para impugnar la filiación legamente determinada, distinguiendo siempre en función de su origen matrimonial o extramatrimonial. Este sistema general de filiación tiene como principio inspirador el de veracidad biológica, en la medida en que las reglas de determinación están orientadas,

¹ Art. 108 CC: “La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.”

en su mayoría, a hacer coincidir la filiación jurídica (paternidad legal) con la filiación biológica (paternidad genética), estableciendo incluso presunciones de paternidad en los supuestos en que existe matrimonio.

Junto con estas reglas generales conviven una serie de reglas especiales, que son las previstas en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida –en adelante LTRHA-, que resultan de aplicación en aquellos supuestos de reproducción asistida con material reproductivo de donante, las denominadas como TRA heterólogas (Arts. 7 y 8 LTRHA)², y también en el supuesto particular y menos frecuente de la fecundación post mortem (Art. 9 LTRHA)³.

Estas reglas especiales configuran el consentimiento formal del marido o varón, prestado con carácter previo a la aplicación de las TRA, como título determinante para la atribución de la paternidad, al no existir vínculo biológico que permita establecerla a su favor. Es tal la trascendencia y el significado que adquiere el elemento volitivo, que parte de la doctrina ha llegado a considerar la filiación derivada de las TRA como una tercera categoría de filiación⁴.

Dispone el artículo 8 LTRHA, en su apartado primero que *“Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”*. Por otra parte, en el párrafo segundo también se prevé el supuesto de TRA heteróloga en pareja estable o de hecho, para el cual *“Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de*

² Recuérdese que entre los supuestos de TRA heterólogas se incluye también el de la doble maternidad legal, condicionado por la necesidad de mediar matrimonio, tal y como prevé el artículo 7.3 LTRHA.

³ La LTRHA regula en su artículo 9 la aplicación de estas técnicas en el supuesto de fallecimiento del varón antes de producirse la fecundación o el nacimiento, permitiendo la determinación de la filiación como matrimonial o extramatrimonial, si bien de la redacción actual del artículo se desprende que la aplicación de estas técnicas y la determinación de la filiación derivada, sólo será posible cuando el marido o varón haya aportado, previamente al fallecimiento, su material genético. No caben, por tanto, las TRA heterólogas.

⁴ Así lo considera, entre otros, ELEONORA LAMM en “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”. *Rev. Bioética y Derecho no.24*. Barcelona. Enero de 2012: *“las TRA provocan la disociación del elemento genético, biológico y volitivo en distintas personas, pasando a ser este último el decisivo en la determinación de la filiación. De esta manera, las TRA ponen en evidencia la necesidad de reestructurar el sistema que adopta el CC debido a que han dado lugar a un tercer tipo de filiación que se distingue de las dos anteriores”*.

*donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad”*⁵. Como vemos, la LTRHA confiere al consentimiento otorgado por el varón el carácter de elemento determinante de la filiación paterna, ya sea matrimonial o no, y al mismo tiempo impone un mecanismo de protección que da garantías, principalmente al menor fruto de las TRA, pero también a la mujer usuaria de las técnicas. Así, el varón que haya prestado su consentimiento no podrá impugnar su paternidad sobre la base de la no coincidencia de la filiación jurídica con la filiación biológica. Las posibilidades de impugnar únicamente quedarían limitadas, entendemos, a la existencia de vicios del consentimiento⁶.

Resulta paradójico, sin embargo, que para los casos de TRA homóloga, como el que ahora analizamos, el legislador no ha introducido previsión alguna en la LTRHA en lo que se refiere a la determinación de la filiación, por lo que habrá que acudir a las reglas generales del Código Civil, tal y como señala el artículo 7.1 LTRHA⁷. Esta falta de previsión específica puede deberse, quizás, a que el legislador ha debido creer, erróneamente, que este tipo de maternidad/paternidad no puede dar lugar a ningún tipo de problemática, o que en caso de darse, ésta será perfectamente salvable con las reglas generales del Código Civil. Pero lo cierto es que aplicar las reglas de filiación de un sistema que gira en torno a la verdad biológica en otro sistema donde el elemento principal es el volitivo, sin duda no parece la solución más adecuada.

En el supuesto que estudiamos los progenitores no están casados, por lo que no regirá nunca la presunción de paternidad del artículo 116 del CC, sólo aplicable cuando media matrimonio. Por tanto, el varón que ha aportado su material genético y ha consentido la inseminación de la mujer, sólo podrá acudir a la vía del reconocimiento e inscripción en el Registro Civil para determinar la paternidad en su favor, en conformidad con los artículos 120.1º CC⁸ y 44.4 b) de la Ley de Registro Civil⁹.

⁵ Debe tenerse en cuenta que la referencia al apartado 8 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil –en adelante LRC–, lo es en realidad al apartado 7, el inmediatamente anterior, que es donde se regula el citado expediente registral.

⁶ Aún en este caso, considero que las posibilidades de que la acción de impugnación prospere son reducidas, no sólo por la dificultad que puede entrañar la prueba de la concurrencia de error, violencia, intimidación o dolo, sino también por la incidencia de otros factores como puede ser la posesión de estado. Se trata de una cuestión que abordaremos más adelante.

⁷ Art. 7.1 LTRHA: “La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos.

⁸ Art. 120.1º CC: “La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: 1.º En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil.”

En relación a este punto, debe tenerse en cuenta que ciertos sectores doctrinales han discutido acerca de la posibilidad de aplicar de forma analógica el artículo 8.2 LTRHA, en lugar de acudir al reconocimiento como forma de determinación de la paternidad¹⁰. Este ejercicio interpretativo no carece de sentido, pues tal y como exponen PÉREZ MONGE¹¹ y RIVERO HERNÁNDEZ¹², y con ellos coincido, lo lógico sería que si el consentimiento prestado para la fecundación heteróloga sirve como escrito indubitado para tramitar el expediente registral previsto en el artículo 44.7 LRC¹³, con más razón debería surtir los mismos efectos en la fecundación homóloga, en la que el varón no solo presta su consentimiento, sino que además aporta su propio material genético¹⁴.

Por otra parte, de no aceptarse la aplicación analógica del artículo 8.2 LTRHA, y por ende la equiparación de efectos entre el consentimiento prestado en una fecundación heteróloga y el prestado en una fecundación homóloga, en un sentido estricto, nos encontraremos con que en esta última el consentimiento nunca podrá cumplir la función de asunción de la paternidad. Tampoco parece identificarse este consentimiento con el reflejado en el artículo 5 LTRHA, a través de un contrato gratuito y formal de donación de gametos, celebrado entre el donante y el centro, y para el que se garantiza el anonimato del donante y la ausencia de vínculos de filiación respecto de los hijos nacidos¹⁵. En este caso, la donación ni es anónima, ni se formaliza entre el donante y el centro, sino entre el varón y su pareja, que es la concreta destinataria de los gametos.

⁹ Art. 44.4 b) Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil: “*La filiación paterna en el momento de la inscripción del hijo, se hará constar: b) Cuando el padre manifieste su conformidad a la determinación de tal filiación, siempre que la misma no resulte contraria a las presunciones establecidas en la legislación civil y no existiere controversia. Deberán cumplirse, además, las condiciones previstas en la legislación civil para su validez y eficacia.*”

¹⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. “Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida”. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005, pag. 27.

¹¹ PÉREZ MONGE, M. *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2002, p. 172.

¹² RIVERO HERNÁNDEZ, F. en LACRUZ BERDEJO, J. L., *et. al.*, *Elementos de Derecho civil IV*. Madrid: Dykinson, 2002, p. 528.

¹³ Recordemos, de nuevo, que la referencia del artículo 8.2 LTRHA al apartado 8 del artículo 44 LRC es errónea, pues realmente el expediente registral se regula en el apartado inmediatamente anterior.

¹⁴ Señala el artículo 44.7.1º LRC que: “*Podrá inscribirse la filiación mediante expediente aprobado por el Encargado del Registro Civil, siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, si concurre alguna de las siguientes circunstancias: 1.ª Cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente reconozca la filiación.*”

¹⁵ Art. 5 LTRHA: “*1. La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado...4. El contrato se formalizará por escrito entre los donantes y el centro autorizado.* Antes de

Es indiscutible, pues, que el consentimiento prestado por el varón con carácter previo a la aplicación de TRA cumple una triple función¹⁶: autorizar los actos médicos necesarios para la obtención de su semen¹⁷, autorizar su utilización para la fecundación de su pareja, y por encima de todo, asumir la paternidad del nacido.

Así, como señala RIVERO HERNÁNDEZ la solución más adecuada y razonable consistirá en “atribuir al consentimiento del varón el valor que le es propio, y ligar a él la paternidad del menor, que conllevará en todo caso la asunción de responsabilidad y el desempeño del rol social de padre”¹⁸.

Esta es, precisamente, la opción por la que se ha decantado el legislador catalán para determinar la paternidad no matrimonial de los menores nacidos mediante TRA homólogos; así, el artículo 235-13.1 del Código Civil de Cataluña¹⁹ establece que: “*Los hijos nacidos de la fecundación asistida de la madre son hijos del hombre o de la mujer que la ha consentido expresamente en un documento extendido ante un centro autorizado o en un documento público*”. De esta forma, se determina la paternidad del menor nacido a favor de aquel varón que ha consentido, sin hacerla depender de otros factores como la procedencia del material genético, y lo más importante, sin necesidad de reconducirla a la vía del reconocimiento.

Siguiendo con esta tarea interpretativa, y partiendo de la necesaria consideración del consentimiento del varón como elemento principal y atributivo de la paternidad, independientemente del dato biológico, cabe plantearse también la posible aplicación analógica del artículo 8.1 LTRHA²⁰ al supuesto que nos ocupa. Como ya citamos anteriormente, este artículo viene a establecer la imposibilidad tanto de la mujer usuaria como de su marido (sólo cuando media matrimonio), de impugnar la filiación del menor

la formalización, los donantes habrán de ser informados de los fines y consecuencias del acto. La información y el consentimiento deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad...5. La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.”

¹⁶ ALKORTA IDIÁKEZ, I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2003, p. 241.

¹⁷ En ciertos casos, podría ser necesario someterse a intervención médica para la obtención del material genético.

¹⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, p.528

¹⁹ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia

²⁰ Art. 8.1 LTRHA: “*Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación*”.

nacido a través de TRA con contribución de donante, cuando hubieran prestado previa, expresa y formalmente su consentimiento²¹. Está claro que la finalidad última de esta prohibición es proteger al menor, de forma que su maternidad o paternidad no se haga depender de la voluntad arbitraria de los progenitores, puesto que, de no existir esta regla, la acción de impugnación siempre prosperaría al no concurrir el elemento biológico. Pero esta finalidad tuteladora del interés del hijo, creemos que debe perseguirse siempre, ya sea la TRA heteróloga u homóloga, y aunque medie o no matrimonio, pues en caso contrario se estará contraviniendo el principio de igualdad de todos los hijos con independencia de su filiación, proclamado por el artículo 108 CC.

De acuerdo con este fin, el Código Civil Catalán establece, de nuevo, un sistema de protección específico para la filiación derivada de TRA, y que además es de aplicación general a todos los supuestos de TRA. En este sentido, señala el artículo 235-28.2 que: *“Si la filiación se deriva de la fecundación asistida de la madre, la acción de impugnación no puede prosperar si la persona cuya paternidad o maternidad se impugna consintió la fecundación de acuerdo con los artículos 235-8 o 235-13, y tampoco, en ningún caso, si es progenitor biológico del hijo”*²². Se refuerza así la idea del consentimiento como elemento preponderante en la determinación de la filiación, a la vez que se le proporciona a ésta un blindaje frente a una eventual impugnación. Aunque la imposibilidad de ejercitar la acción de impugnación no sería absoluta, sino que al igual que sucede en el supuesto del artículo 8.1 LTRHA, cabría ejercitarla sobre la base de la concurrencia de vicios del consentimiento.

La conclusión a la que ha de llegarse, por tanto, es que la voluntad o consentimiento del varón constituye el elemento principal en la determinación de su paternidad, y que, de la misma manera, debe tener siempre una prevalencia absoluta sobre el elemento biológico cuando lo que se pretende es dejar sin efectos la paternidad así determinada. Todo ello a pesar de que la actual redacción de la LTRHA no prevé de forma específica la filiación no matrimonial derivada de TRA homóloga, y tampoco el Código Civil aporta soluciones satisfactorias.

²¹ Llama la atención, sobre el artículo 8.1 LTRHA, el hecho de que hace referencia sólo a la mujer usuaria y su marido, por lo que en principio, siguiendo la literalidad del precepto, no se aplicaría en el supuesto de la doble maternidad legal, supuesto que sí está expresamente previsto en el artículo 7.3 LTRHA. Considero, en este caso, que cabría la aplicación analógica.

²² La redacción del artículo, sin duda, es totalmente acertada pues impone la misma prohibición para todo aquel que haya consentido la TRA, con independencia de si ésta ha sido heteróloga u homóloga, si la pareja es heterosexual u homosexual, o si están casados o no.

Esta idea es precisamente la que se ha venido sosteniendo por ciertos sectores doctrinales, que se inclinan por la primacía de la voluntad en la determinación de la filiación por encima e incluso en contra del dato biológico, en lo que se ha denominado como tesis de la voluntad procreacional²³. Para estos juristas, el elemento biológico no debería ser el único presupuesto determinante del vínculo entre padre e hijo, puesto que en esta relación confluyen otros elementos de gran relevancia, como son los elementos psicológico y social, a los que se ha de reconocer su valor. Esto, además, quedaría corroborado por lo que ocurre en la adopción, supuesto en que la filiación se determina única y exclusivamente por la voluntad o consentimiento, demostrando que el elemento biológico no tiene por qué ser preponderante, pudiendo incluso omitirse. Y es que hoy en día, desde la perspectiva social (y también desde la jurídica), un padre adoptivo no es menos padre que uno biológico. Tal y como señala URÍA ACEVEDO sobre esta línea de argumentación, en cuyo favor me posiciono, “admitir las consecuencias de la paternidad plena por el simple dato de la derivación biológica prescindiendo de las relaciones que dieron origen a la generación no se condice con un régimen de filiación guiado por los principios de interés del menor e igualdad”²⁴.

B) Consecuencias jurídicas del error cometido por la CRA.

Centrándonos entonces en el concreto supuesto de hecho objeto de este dictamen, nos encontramos con que han nacido dos menores, Laura y Pablo, a través de una TRA que en principio era homóloga, pues debía practicarse con el material reproductivo de Don Alejandro. Sin embargo, la fecundación de la mujer usuaria, Doña Cristina, se produjo con el material reproductivo de otro hombre. Se trata de un error que fue cometido, de forma incuestionable, por la Clínica de Reproducción Asistida, pues Doña Cristina nunca mantuvo relaciones con otro hombre, y la fecundación tuvo lugar precisamente durante el periodo en que se practicó la TRA. Pero aun dándose esta circunstancia, no debe olvidarse que los menores han nacido por la exclusiva voluntad de Don Alejandro; fue su consentimiento la causa eficiente del nacimiento. La voluntad y el deseo de ser padre es absolutamente inequívoco, y ello hasta el punto de que siendo

²³ Tesis que vendría destacando y teniendo cierta acogida, sobre todo, entre autores italianos, según afirma ALES URÍA ACEVEDO, M. M. en *El derecho a la identidad en la filiación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 211. Cita esta autora, entre otros, a los siguientes juristas italianos: FERRANDO, G., «L’interesse del minore nella procreazione assistita», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1, 1994, p. 129; VARCELLONE, P., «La filiazione», *Trattato di Diritto Civile Italiano*, Vasalli, vol. III, t. II, Turín, 1987, pp. 309-329.

²⁴ URÍA ACEVEDO, *op. cit.*, p. 211

consciente de su baja fertilidad, pues se había realizado una vasectomía varios años antes, decide someterse a intervención médica para la obtención de gametos, todo para lograr la paternidad.

No cabe negar, a la vista de los hechos, que Don Alejandro tanto a la hora de autorizar la práctica de la TRA, como en el momento de reconocer a los menores nacidos, incurre en error; su deseo era tener descendencia biológica, de su propia sangre, y fue esta la razón por la que acudió a una TRA homóloga, aportando su material genético, y no a una TRA heteróloga. Por la misma razón reconoció expresamente su paternidad sobre los dos menores, inscribiéndose tal filiación en el Registro Civil, ya que en un principio confió en que eran sus hijos biológicos. Su consentimiento, sin duda alguna, estuvo viciado de error²⁵. No obstante, este vicio del consentimiento alcanzó también al prestado por Doña Cristina, que consintió sólo ser inseminada con el semen de su pareja, como condición principal y única de la TRA a la que se sometió. Así pues, el error como vicio del consentimiento prestado por ambos progenitores tuvo su origen en un elemento externo y ajeno a la pareja, fue inducido por la Clínica de Reproducción Asistida.

A pesar de ello, una interpretación adecuada, con especial observancia de las particularidades del supuesto de hecho y del valor trascendental del consentimiento, debería llevarnos a considerar este vicio como insuficiente para que alcance carácter invalidante.

Por otra parte, reconocer a Don Alejandro la posibilidad de acceder a la impugnación de la filiación sobre el fundamento de la concurrencia de error, esto es, por la vía del artículo 141 CC²⁶, o bien conforme al 140 CC²⁷, por no ajustarse la filiación a la realidad biológica, significaría colocar a Doña Cristina en una posición de

²⁵ En principio, se cumplirían todos los requisitos que el Tribunal Supremo considera necesarios para apreciar la concurrencia del error como elemento invalidante del consentimiento: que el error recaiga sobre el objeto del negocio jurídico o las condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, que no sea imputable a quien lo padece, que exista nexo causal entre el error y la finalidad pretendida, y que no pueda ser evitado por quien lo padece (doctrina reiterada en las SSTs 745/2002 de 12 de julio, 43/2003 de 24 de enero, 1090/2004 de 12 de noviembre, 829/2006 de 17 de julio, entre otras).

²⁶ Art.141 CC: *“La acción de impugnación del reconocimiento realizado mediante error, violencia o intimidación corresponde a quien lo hubiere otorgado. La acción caducará al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento, y podrá ser ejercitada o continuada por los herederos de aquél, si hubiere fallecido antes de transcurrir el año”.*

²⁷ Art. 140 CC: *“Cuando exista posesión de estado, la acción de impugnación corresponderá a quien aparece como hijo o progenitor y a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos. La acción caducará pasados cuatro años desde que el hijo, una vez inscrita la filiación, goce de la posesión de estado correspondiente”.*

desigualdad real ante la ley, pues ésta nunca podrá ejercitar acción de impugnación alguna, teniendo en cuenta que en nuestro sistema actual de filiación la maternidad queda siempre determinada por el hecho cierto del parto²⁸, con independencia del elemento genético²⁹ o del volitivo³⁰. Nos encontraríamos con la situación de que un mismo hecho (la negligencia cometida por un tercero) que afecta a una institución que se presume igualitaria, como es la maternidad/paternidad, tendría consecuencias jurídicas distintas para cada progenitor, y que vendrían apoyarse únicamente en la diferencia de sexos.

Las consecuencias, además, serían absolutamente desfavorables para la mujer. En el caso de que Don Alejandro vea estimada su acción de impugnación, se extinguirán de forma súbita todas sus responsabilidades parentales³¹, teniendo una especial repercusión la cesación de la obligación de prestar alimentos, mientras que Doña Cristina se verá obligada a afrontar una maternidad doble en solitario, con todo lo que ello supone, y con recursos económicos insuficientes. Se trata de consecuencias que considero aún más injustas, si cabe, por el hecho de que ha sido la progenitora a quien han fecundado con el semen de una persona desconocida, de forma no deseada, y quien ha soportado las mayores cargas derivadas de la maternidad, antes y después del nacimiento de los menores: intervenciones médicas para lograr la fecundación, el periodo de gestación de los gemelos, el propio parto o el periodo de lactancia natural.

De cara a nuestro ordenamiento jurídico, ello contraviene de plano las disposiciones de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y particularmente lo dispuesto en su artículo 3, que señala que “*El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil*”. A

²⁸Tal y como afirma RIVERO HERNÁNDEZ, F. en “¿Mater semper certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español”. *Estudios Monográficos*. Madrid: 1997, p. 26: “*maternidad equivale a parto sin excepción y sin distinción alguna en relación a la genética. Se obvia la voluntad de la pareja comitente que desea el nacimiento de un hijo, aún cuando deba recurrir al auxilio de métodos científicos e intervención de terceros.*”

²⁹La mujer puede haber sido fecundada con óvulos procedentes de donante, por lo que no coincidiría el elemento genético.

³⁰Entiéndase excluido el supuesto de la doble maternidad legal, con previsión en el artículo 7.3 LTRHA, en el que la maternidad de la mujer no gestante se determina a través de su consentimiento formal, previo y expreso a la aplicación de la TRA, aún cuando aporte sus propios óvulos.

³¹Estas responsabilidades, conforme al artículo 154 CC, comprenden entre otros, el deber de velar por los hijos, de tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes.

continuación del mismo, el artículo 4 viene a completar esta previsión estableciendo que *“La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”*³². Se puede deducir, pues, que la interpretación del régimen de impugnación en el sentido de su literalidad y la aplicación estricta del mismo significará la asunción de todas las obligaciones familiares únicamente por la mujer, y por tanto, el desconocimiento total del citado principio de igualdad.

La decisión adoptada en este sentido por los tribunales civiles, permitiendo el ejercicio de la acción de impugnación, y en su caso estimándola, supondría una clara vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley y prohibición de la discriminación, recogido en el artículo 14 CE³³. El Tribunal Constitucional ha ido delimitando a lo largo de los años el alcance y contenido de este derecho fundamental que, como ya advertimos, constituye un principio inspirador del ordenamiento jurídico; destaca la STC 90/1989, de 11 mayo, en la que el Tribunal declara: *“el artículo 14 de la Constitución Española prohíbe, por una parte, que se dé un tratamiento desigual tanto en las previsiones normativas, como en su aplicación concreta, por un poder público, a quienes se encuentren en situaciones esencialmente similares, y, por otra, que si se introducen elementos de diferenciación para justificar tratamientos distintos, esos elementos han de ser razonables y no constituir una excusa o pretexto para producir, de hecho, un tratamiento arbitrariamente desigual, y, por tanto, discriminatorio”*.

La vulneración de este derecho fundamental, en resumen, se produciría en su vertiente formal referida a la interpretación y aplicación de la ley, en la medida en que tenemos: dos situaciones idénticas, por cuanto ambos progenitores han incurrido en error al prestar su consentimiento, si bien, provocado por la negligencia de un tercero; la aplicación estricta de las normas del régimen de impugnación (ya sea por no coincidencia del dato biológico, o por vicio del consentimiento), que están previstas para supuestos de infidelidad y no para supuestos como el que nos ocupa; la falta de

³²Esta configuración como principio informador se repite de nuevo en el artículo 15, al señalarse que *“El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos”*; Como vemos, se trata de un principio que vincula y ha de ser observado también por el Poder Judicial, por los órganos jurisdiccionales, en su tarea de interpretación y aplicación de las normas.

³³Dispone el artículo 14 de la Constitución española que: *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*.

interpretación de las mismas conforme a la realidad de los hechos y los bienes jurídicos protegidos; y los efectos discriminatorios que se derivan, una paternidad impugnada y una maternidad inimpugnada. Así, la decisión judicial estimando la impugnación sólo podría venir motivada por el tradicional papel de la mujer en nuestra sociedad, ligado a la crianza de los hijos y la asunción de todas las obligaciones parentales, papel discriminatorio que, afortunadamente, ha quedado completamente obsoleto en estos días³⁴.

Con todo, debe tenerse claro que la discriminación, o la diferencia de trato, no tiene su origen en el hecho de que la mujer no pueda impugnar su maternidad, en lo cual estoy de acuerdo, pues resultaría no sólo ética o moralmente inaceptable, sino también jurídicamente, por la desprotección que supondría para los menores. El trato discriminatorio se genera en el momento en el que se permite al progenitor varón el ejercicio de la acción de impugnación, en un supuesto que se ha visto absolutamente

³⁴ Cabe mencionar, a propósito de lo comentado, que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado recientemente, acerca de la discriminación por razón de sexo en relación con la maternidad y paternidad. El Tribunal, en la STC 111/2018 de 17 de octubre, desestimó el recurso de amparo presentado por un padre de familia y la asociación Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que denegó que el permiso de paternidad (de 13 días en la fecha en que se promovió el recurso) fuera equiparable al de maternidad, esto es, con una duración de 16 semanas. El TC subraya en la sentencia que *“la atribución del permiso por maternidad, con la correlativa prestación de la seguridad social, a la mujer trabajadora, con una duración superior a la que se reconoce al padre, no es discriminatoria para el varón. La maternidad, el embarazo y el parto son realidades biológicas diferenciadas de obligatoria protección, que se refiere a la protección integral de las madres. De ahí, que las ventajas que se determinen para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre”*. Sin embargo, y en lo que aquí nos interesa, la sentencia cuenta con un voto particular formulado por la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón, quien considera que el Tribunal en su análisis ha permanecido ajeno a una realidad mucho más compleja de la que se contiene en la sentencia. La Magistrada, con el mismo razonamiento que se sigue en el presente trabajo, se pronuncia en los siguientes términos: *“La Sentencia ignora que existe un efecto claro de discriminación indirecta de las mujeres, asociado al hecho de la maternidad, que el legislador debiera tratar de erradicar por mandato del art. 9.2 CE. Un Tribunal Constitucional de este siglo debería haber reconocido la necesaria evolución de la realidad social, y profundizado en el análisis de los efectos reales de las medidas de protección que aquí se cuestionan”*; *“la diferencia normativamente dispuesta entre los permisos de cuidado de menores recién nacidos atribuida a los hombres y la que se reconoce a las mujeres, está basada en el sexo, es decir en una de las categorías prohibidas contenidas en el art. 14 CE”*. Concluye la Magistrada diciendo que *“el Tribunal pierde la ocasión de vincular los permisos que buscan la conciliación personal, familiar y laboral, con el disfrute del derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH), derecho del que son titulares los progenitores pero también, y a mi juicio sobre todo, los niños y las niñas. Los hijos y las hijas, sobre todo, en franjas de edad muy baja, no son responsabilidad preferente de su madre, ni el vínculo con ella merece un mayor grado de protección que el vínculo paternofamiliar. Esta consideración, implícita en la Sentencia, consolida una división de roles en el cuidado que puede y debe ser revisada, para adaptarla a una visión más actual y coherente con el art. 9.2 CE, de lo que es la igualdad material entre los sexos”*.

condicionado por la intervención negligente de un tercero³⁵, recayendo todas sus consecuencias únicamente sobre la mujer.

C) La posesión de estado: su trascendencia jurídica.

Dejando a un lado por el momento los argumentos hasta ahora expuestos, es preciso resaltar que en el supuesto que analizamos concurre una circunstancia determinante que, en mi opinión, debiera reducir aún más las posibilidades de que la impugnación prospere. Y es que Don Alejandro ha venido ejerciendo plenamente su paternidad sobre los dos menores desde el momento de su nacimiento, y al menos durante los tres años posteriores. Ha concurrido, por tanto, lo que se conoce como posesión de estado.

Este concepto, que carece de definición legal en nuestro ordenamiento jurídico, consiste en la apariencia de una relación de filiación creada por el ejercicio constante de sus potestades y deberes, y que puede servir de base para constituir jurídicamente dicho estado civil³⁶. Tanto la doctrina como la jurisprudencia asimilan la posesión de estado a un reconocimiento de hecho de la filiación, que se podrá constatar por la presencia de tres elementos: el “nomen”, utilización por el hijo del apellido del supuesto padre; el “tractatus”, comportamiento afectivo propio de la relación de filiación; y la “fama”, el goce público y notorio de la relación de filiación³⁷. Como vemos, se trata de un concepto que no tiene una definición legal, pero que sí ha sido definido y delimitado por la doctrina y la jurisprudencia.

³⁵ De la misma manera que no podría entenderse, por ejemplo, que un padre pudiera impugnar su paternidad con fundamento en el vicio del consentimiento, cuando después de varios años, al hijo se le diagnosticara una enfermedad genética transmitida por la madre, y que ella misma desconocía que la padecía.

³⁶ OLIVA BLÁZQUEZ, F. y PIZARRO MORENO, E. en HORNERO MÉNDEZ, C., *et al.*, *Derecho de Familia 2ª (Edición 2017)*. Valencia : Tirant lo Blanch, 2017, p.192

³⁷ Así lo ha venido exigiendo el Tribunal Supremo: SSTS 223/1988 de 17 de marzo, 162/2003 de 27 de febrero, 267/2018 de 9 de mayo. No obstante, hoy en día se acepta que puede darse la posesión de estado aún cuando no concurren los tres requisitos de forma simultánea, tal y como afirma el Alto Tribunal en la última sentencia citada, la num. 267/2018 de 9 de mayo: “Hay que admitir que resulta posible la acreditación de la posesión de estado aun en ausencia de alguno de sus tres elementos clásicos. En particular, puesto que se trata de reclamar una filiación extramatrimonial no determinada, no sería exigible el nomen en el sentido estricto de que el supuesto hijo usara los apellidos del progenitor, pero sí resulta absolutamente imprescindible el tractatus. Es decir, actos del progenitor (a los que pueden sumarse los de su familia) que den credibilidad a la situación posesoria, actos de atención y asistencia al hijo, actos que comporten el cumplimiento de la función propia de un progenitor. E igualmente es necesario que concorra la fama, entendida como notoriedad y reflejo de la naturaleza del fenómeno posesorio”.

La posesión de estado constituye una situación jurídica relevante, en tanto en cuanto se configura como un medio subsidiario para establecer aquella filiación que por un motivo u otro no fue determinada legalmente. Así, el artículo 113 del Código Civil establece que *“La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado”*. Esta vía subsidiaria se articularía a través de la acción de reclamación de la filiación, que según dispone el artículo 131 CC podría ejercitarse por *“cualquier persona con interés legítimo”* siempre que ésta se hubiera manifestado constantemente por la posesión de estado. También sería posible acudir a la vía extrajudicial para lograr la determinación de la paternidad, conforme al artículo 49.2º de la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil, según el cual *“Podrá inscribirse la filiación natural mediante expediente gubernativo aprobado por el Juez de Primera Instancia, siempre que no hubiera oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, si concurre alguna de las siguientes circunstancias: ...2.º Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia”*³⁸.

La importancia de la posesión estado, y en lo que aquí nos interesa, reside en que puede servir para probar la existencia real y efectiva de una relación de filiación, incluso en aquellos supuestos en los que la ausencia del elemento biológico o del volitivo no permita o no haya permitido la determinación legal de la filiación³⁹. En este sentido, la Ley de Enjuiciamiento Civil, al regular el proceso especial de filiación dispone en su artículo 767.3: *“Aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo”*.

³⁸ Destaca aquí que el citado artículo parece admitir la existencia de la posesión de estado incluso cuando se manifieste por actos de la familia del padre, por lo que en principio, siguiendo la literalidad del artículo, podría estimarse aún cuando el supuesto padre no hubiera ejercido como tal.

³⁹ Piénsese, por ejemplo, en el supuesto del hombre que no reconoce la filiación extramatrimonial respecto del hijo concebido con su pareja, pero aún así ejerce como padre durante toda su vida. También, el supuesto del hombre que no habiendo reconocido al hijo que ha gestado su pareja, porque sabe que ha sido concebido con otra persona, ejerce igualmente su paternidad sobre el menor. Se trataría de situaciones que crearían un vínculo sólido de filiación, a pesar de no tener eficacia legal. En este tipo de casos, la posesión de estado continuada legitimaría al hijo, y le serviría de prueba para poder establecer oficialmente su filiación.

Este valor probatorio, y en cierta medida constitutivo de una relación de filiación, ha sido efectivamente reconocido por la jurisprudencia en numerosas ocasiones. Un ejemplo significativo lo encontramos en la STS núm. 836/2013 de 15 de enero de 2014. En este recurso de casación se planteó como cuestión de fondo la posibilidad de determinar judicialmente la filiación extramatrimonial por la vía de la posesión de estado de una mujer homosexual, tras la ruptura de su relación de pareja con otra mujer, en relación con el niño nacido durante dicha relación mediante la técnica de reproducción asistida con material genético de un donante anónimo. La filiación del menor nacido no se había podido determinar legalmente a favor de la mujer no gestante, debido a que no estaban casadas al momento de prestar el consentimiento, conforme exigía el artículo 7.3 LTRHA. No obstante, había quedado acreditado que el sometimiento a la TRA se había llevado a cabo como un proyecto común, que el menor llevaba como segundo nombre el primer apellido de la mujer no gestante, y que ésta había ejercido como madre al menos durante los tres años posteriores al nacimiento, y hasta que se produjo la ruptura de la relación. En relación a esto, el Tribunal concluyó: *“...los consentimientos prestados con ocasión del empleo de las técnicas de reproducción asistida, claramente acreditados de los hechos obrantes y que llevó a la madre biológica a poner como segundo nombre del niño el primer apellido de su pareja, como antecedente o causa de la filiación reclamada, integran y refuerzan la posesión de estado de la mujer homosexual tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción, como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada”*.

Asimismo, el Tribunal Supremo considera que, como ha concurrido la posesión de estado efectiva y se ha consolidado la relación de filiación, ha de prevalecer el interés superior del menor. Sobre este principio afirma el Tribunal que *“su proyección sobre la protección de la vida familiar alcanza, sin distinción, a las relaciones familiares con independencia, como razón obstativa, de la naturaleza matrimonial o no de la misma, o al hecho de la generación biológica tomado como principio absoluto, en sí mismo considerado, de forma que incide en la existencia del lazo de familiaridad establecido con el niño permitiendo o favoreciendo su desarrollo conforme al libre desarrollo de la personalidad del menor”*.

Con base en los fundamentos expuestos el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la mujer no gestante, reconociendo y declarando la filiación

extramatrimonial fundada en la posesión de estado⁴⁰, si bien hay que mencionar que la decisión no fue unánime, pues se formuló un voto particular por tres magistrados de la sala.

Por otro lado, la relevancia de la posesión de estado y el reconocimiento de la misma por el legislador queda también patente en el papel que ésta juega en el ejercicio de las acciones de filiación y que justifica una regulación diferente de las mismas en función de si existe o no posesión de estado. Esto se plasma mediante el establecimiento de límites en cuanto a los sujetos legitimados para entablar las acciones de reclamación o de impugnación, y de plazos de caducidad para ejercitarlas⁴¹. De esta manera, se facilita la reclamación de la filiación cuando concorra posesión de estado⁴², mientras que se obstaculiza cuando aquella falta⁴³; y para la impugnación, se favorece el ataque cuando no hay posesión de estado⁴⁴, y se dificulta cuando sí concurre⁴⁵.

En definitiva, la conclusión que puede y debe extraerse a partir de lo expuesto es que la posesión de estado, cuando se desempeñan los deberes y responsabilidades parentales durante un periodo de tiempo considerable, es de entidad suficiente como para entender consolidado un vínculo filial, y que no podrá deshacerse aunque luego se descubra que no se ajusta a la verdad biológica⁴⁶.

⁴⁰ En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Supremo en sentencia núm. 740/2013 de 5 de diciembre, en un caso muy similar al que ahora comentamos. El Alto Tribunal estimó la acción de reclamación de filiación matrimonial por posesión de estado deducida por la ex cónyuge de la madre biológica de dos menores, inscritas en el Registro civil como hijas de la demandada. Ambas habían prestado su consentimiento informado para la fecundación in vitro de la demandada, con anterioridad a la celebración del matrimonio y por tanto sin cumplir los requisitos del antiguo artículo 7.3 LTRHA para atribuir la doble maternidad matrimonial. Entendió la Sala que la posesión de estado “*constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico, y que en la práctica queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida, porque constituye la voluntad libre y manifestada por ambas litigante del deseo de ser progenitoras*”.

⁴¹ DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida”. *II Congreso Mundial Vasco: La filiación a finales del Siglo XX*. Vitoria: 1987, p. 206

⁴² Con posesión de estado, para reclamar la filiación, matrimonial o extramatrimonial, estaría legitimado cualquier persona con interés legítimo, y sin plazo de caducidad (art. 131 CC).

⁴³ Sin posesión de estado, para reclamar la filiación matrimonial estarían legitimados los progenitores y el hijo, sin plazo de caducidad (art. 132 CC); mientras que para la no matrimonial estarían legitimados el hijo, sin plazo de caducidad, y los progenitores en el plazo de un año (art. 133 CC).

⁴⁴ Sin posesión de estado, en la filiación matrimonial sólo podrá impugnar el hijo, sin plazo (art. 137.4 CC), y en la no matrimonial podrá impugnar aquél a quien perjudique, también sin plazo de caducidad (art. 140 CC)

⁴⁵ Con posesión de estado, en la filiación no matrimonial podrán impugnar los progenitores, el hijo y los perjudicados, en el plazo de cuatro años (art. 140 CC).

⁴⁶ Así lo entiende DELGADO ECHEVERRÍA, J., *op. cit.*, p.207: “*el lapso de tiempo por el que se mantiene la posesión de estado significa en la realidad la consagración legal de un status filii y familiae derivado de los hechos voluntarios y sostenidos en el tiempo sin necesidad esencial de correspondencia con la verdad material*”.

Este razonamiento resulta extrapolable a nuestro caso. Don Alejandro empezó a ejercer como padre incluso antes del nacimiento de los menores, en cuanto que desde el sometimiento a la TRA hasta que finaliza el periodo de gestación de Doña Cristina, se desarrollan funciones propias de la paternidad (pruebas y revisiones médicas de la mujer, adaptación de la vivienda familiar, etc.). Una vez nacidos los menores, siguió cumpliendo con todas sus responsabilidades, con absoluta normalidad, hasta que acabó su relación sentimental con Doña Cristina, momento en el que los menores ya habían cumplido los tres años de edad. Tanto el niño como la niña llevaron como primer apellido el de Don Alejandro, siendo identificados así en el colegio. La paternidad de Don Alejandro era notoriamente conocida por su entorno. Además, los menores se encontraban totalmente integrados en la familia de Don Alejandro, manteniendo una relación excelente con sus padres (abuelos) y con los hijos de su relación anterior (hermanastros). Tomando en consideración todos estos aspectos, es incuestionable que existe una relación de filiación establecida y consolidada, más allá de la no existencia del vínculo biológico.

La impugnación de la filiación por Don Alejandro, y su eventual acogida por los tribunales vendría a significar, entonces, el reconocimiento de una verdad, como es la falta de paternidad biológica, y al mismo tiempo la negación de otra verdad, como es la existencia de un vínculo de filiación afectivo.

D) El interés superior del menor.

Todos los argumentos expuestos y las opiniones y consideraciones vertidas hasta este punto del dictamen, desde la prevalencia del consentimiento sobre el elemento biológico, pasando por la discriminación por razón de sexo en la ley y en su aplicación, y hasta la posesión de estado como determinante o como prueba de la filiación, creemos que suman argumentos de peso suficientes para que los tribunales civiles no estimen la eventual acción de impugnación ejercitada por Don Alejandro. Pero por encima de todos ellos hay un motivo que debiera inclinar decisivamente la balanza a favor de la no estimación: el interés superior del menor.

La posibilidad que tiene Don Alejandro de impugnar la paternidad responde al principio constitucional de libre investigación de la paternidad, recogido en el artículo 39.2 CE que dispone: *“Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres,*

cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad". La ubicación de este principio, al final de un apartado en el que se alude sólo a la protección de los hijos y madres, puede llevar a creer que está orientado preferentemente a la defensa de los derechos e intereses de aquellos. En efecto, así lo entendía en un primer momento la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo⁴⁷. En los últimos años este criterio ha cambiado y la investigación de la paternidad ha dejado de ser un instrumento sólo a favor de los hijos, convirtiéndose en un derecho casi fundamental, también para los progenitores, pues como declara el Tribunal Constitucional *"guarda íntima conexión con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad como desde la configuración de la paternidad como una proyección de la persona"*⁴⁸.

Sin embargo, este derecho del progenitor a investigar la paternidad encuentra un importante límite, el interés superior del menor, también denominado como "favor filii". Este interés superior debe tener una especial incidencia en el supuesto que analizamos, en la medida en que las consecuencias o efectos negativos de la decisión judicial recaerían principalmente sobre dos menores, colocándolos en una situación de vulnerabilidad (emocional, afectiva, social y económica).

El interés superior del menor es un principio fundamental del ordenamiento jurídico, previsto en el ya mencionado artículo 39 CE que en sus cuatro apartados trata de establecer una serie de garantías para la protección de los menores, pero sin llegar a recoger un concepto o, al menos, los elementos que permitan delimitarlo. En su lugar, el apartado cuarto hace una remisión directa a lo previsto en los *"acuerdos internacionales que velan por sus derechos"*. Ciertamente, son varios los textos internacionales que de

⁴⁷ Así, por ejemplo, la STC 7/1994, de 17 enero, FJ 3º, apartado B: *"El art. 39.2 C.E. declara que "la ley posibilitará la investigación de la paternidad", e inscribe esta prescripción en la idea de "protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación". Lo cual conecta directamente con el art. 14, en cuanto prohíbe que prevalezca discriminación alguna por razón de nacimiento. Y, por añadidura, la Constitución establece directamente un deber: "los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio" (art. 39.3 C.E.). La finalidad de la norma que permite la práctica de las pruebas biológicas no es otra que la defensa en primer lugar de los intereses del hijo, tanto en el orden material como en el moral, y destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica, como ha destacado la doctrina del Tribunal Supremo"*.

En la misma línea, la STS 212/1994, de 14 de marzo, FJ 6º, párrafo segundo: *"Es cierto que la ley permite la investigación biológica de la filiación y paternidad, pero también lo es que no ha introducido en nuestro sistema una investigación indiscriminada, perturbadora del orden interno familiar y contraria al estado civil y posesión de hecho del mismo que gozan las personas. La ley apoya la verdad material, pero en favor de los hijos y de la familia, no como elemento distorsionador del orden interno"*

⁴⁸ STC 138/2005 de 26 de mayo, FJ 4º. El mismo criterio en las SSTC 273/2005 de 27 de octubre y 52/2006 de 16 de febrero.

una u otra forma hacen referencia al interés superior del menor, reconociendo los derechos que éstos poseen, así como la necesidad de otorgarles una especial protección por parte de los Estados, tanto a la hora de legislar como a la hora de aplicar la ley. Así, por el ejemplo, la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las ONU (1989), que en su artículo 3 proclama: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*⁴⁹.

No obstante, en ninguno de estos tratados internacionales se ha recogido un concepto o definición de lo que es el interés superior del menor, o cuáles son las directrices que han de seguirse para su valoración, por lo que ha venido considerándose como un concepto jurídico indeterminado y difuso, susceptible de ir variando con cada legislación o cada pronunciamiento judicial. Pero esta situación cambió en 2014 con la publicación por el Comité de los Derechos del Niño, de la Observación General número 14 al artículo 3, párrafo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en concreto, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

Destaca la Observación por reconocer al interés superior del menor un triple concepto. En primer lugar, el interés superior del menor constituye un derecho sustantivo, lo que se traduce en el *“derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión de batida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño”*. Este derecho, además, es de aplicación directa y puede invocarse ante los tribunales. En segundo lugar, constituye un principio interpretativo fundamental, de manera que *“si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”*. Por último, el interés superior del menor constituye una norma de procedimiento, lo que exige que cualquier decisión que pueda afectar a un menor, deba incluir una estimación de las posibles repercusiones sobre el mismo, evaluándose el interés con suficientes garantías procesales. En su caso, en la decisión que se adopte *“se deberá explicar cómo*

⁴⁹ Entre los textos internacionales que recogen los derechos del niño y el interés del menor cabe citar: la Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979); Carta Europea de los Derechos del niño (1992).

se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones”.

La nueva forma de concebir el interés superior del menor, a partir de la Observación General número 14, se plasmó a nivel interno en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor (Ley 1/1996, de 15 de enero) a través de la reforma llevada a cabo por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Se dedicó el artículo 2 íntegramente al interés superior del menor, recogiendo su concepto y desarrollo en cuanto a interpretación y aplicación. Éste proclama: *“Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.* Por tanto, queda claro que cualquier decisión a tomar por los tribunales y que pueda tener efectos sobre los menores, ha de pasar necesariamente el filtro del interés superior del menor, que ha de prevalecer siempre.

Podemos decir entonces, que la primera pregunta que se plantea en este dictamen puede responderse atendiendo al interés superior del menor. Bastará con aplicar el principio del interés superior del menor en sus tres vertientes a los argumentos propuestos hasta ahora.

En primer lugar, como principio interpretativo fundamental, el interés superior del menor exige que las normas aplicables al presente caso sean interpretadas y aplicadas en la forma en que mejor satisfaga al interés del niño. Así, las normas para la determinación de la filiación, contenidas en la LTRHA y en el Código Civil, deben interpretarse de forma que al consentimiento prestado por el hombre se le atribuya el valor y los efectos que realmente tiene, como título de determinación de la paternidad. Las TRA homólogas en parejas no casadas, que no están previstas específicamente en la LTRHA, tienen que asimilarse a las TRA heterólogas, aplicándose analógicamente los

artículos 8.1 y 8.2 LTRHA, con el fin de reforzar el valor del consentimiento y limitar las posibilidades de impugnación.

El régimen de impugnación de la filiación está pensado para supuestos de infidelidades (la vía del artículo 140 CC) o bien para supuestos de vicios del consentimiento (la vía del artículo 141 CC) cuando han sido inducidos o provocados por el otro progenitor. No se ajusta en absoluto a nuestro caso, puesto que no se ha dado ninguna infidelidad, y el vicio del consentimiento ha sido inducido por un tercero, afectando por igual a ambos progenitores. La aplicación estricta de dichas normas, supone la discriminación de la mujer por razón de sexo, y también la vulneración de los derechos de los menores. Por tanto, se requiere una interpretación de las mismas atendiendo a las particularidades del supuesto de hecho, a la consolidación de la filiación por la posesión de estado y al interés superior de los menores.

En segundo lugar, como norma de procedimiento, el interés superior del menor exige que antes de adoptar cualquier decisión que afecte a los menores se evalúen las repercusiones o efectos negativos que pudieran tener sobre aquellos. En este caso, la estimación de la impugnación vulneraría varios derechos de los menores:

Por un lado, se vería vulnerado el derecho a la paz y estabilidad familiar de los dos menores, derecho que viene garantizado por el artículo 39.2 CE: *“Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”*. La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) establece en su artículo 16.3 que *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*. El núcleo familiar constituye el eje principal sobre el que los hijos desarrollan su personalidad, es donde crean su propia identidad, y por este motivo debe garantizarse siempre la estabilidad familiar, impidiendo que los hijos sufran cambios que perturben su integridad emocional⁵⁰. La estimación de la impugnación vulnera por completo este derecho puesto que los menores se quedarán sin

⁵⁰ En relación al deber de preservar la estabilidad familiar, cabe citar la STS 679/2013 de 20 noviembre. En este asunto el Tribunal acabó concediendo la guarda y custodia de una menor a quien fue considerado su padre hasta que el mismo impugnó con éxito su paternidad. Señaló el Tribunal que: *“El interés superior real, y no simplemente abstracto de la niña, no puede ser interpretado solamente desde el punto de vista de la familia biológica, sino que el eje debe situarse en el propio interés (STS 13 de junio 2011), y ello exige que no se haga prevalecer el interés de la madre biológica, simplemente conectado con la acción de paternidad ejercitada en su día por el recurrente, sino el que resulta de la valoración de la valoración los hechos desde la realidad de la vida familiar y no desde la pura abstracción amparada no solo por una convicción de paternidad, sino teniendo en cuenta una situación efectiva que, en estos momentos, resulta indudablemente beneficiosa para la niña puesto que protege todos los intereses en juego”*.

un padre, de forma repentina (e inexplicable para ellos), y también se quedarán sin sus hermanos por parte de padre, sin tíos y primos, y sin abuelos⁵¹. La quiebra de la estabilidad familiar puede tener efectos devastadores para los menores.

Por otro lado, se puede ver vulnerado el derecho a la identidad de los menores, derecho previsto en el artículo 8.1 de la Convención de los Derechos del Niño, según el cual “*Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas*”. También se encuentra protegido este derecho por la Carta Europea de los Derechos del Niño, que señala en el artículo 7.10: “*Todo niño tiene derecho a la protección de su identidad y, dado el caso, deberá poder conocer ciertas circunstancias relativas a sus orígenes biológicos, con las limitaciones que impongan las legislaciones nacionales para la protección de los derechos de terceras personas*”. Si se estima la acción de impugnación los dos menores quedarán sin filiación paterna determinada, y además, no podrán investigar acerca de su verdadero origen biológico, pues al haberse empleado material genético de un donante para la fecundación, entraría en juego la garantía de confidencialidad, conforme al artículo 5.5 LTRHA⁵². Asimismo, el derecho a la identidad de los menores se verá perjudicado por la pérdida del apellido paterno, por el que venían siendo identificados en el colegio y en todo su entorno. Por último, también se vulnera la identidad entendida como sentido de pertenencia a una determinada familia, ya que los menores perderán la relación con sus hermanos, tíos, primos y abuelos paternos⁵³.

⁵¹ Hay que aclarar que los efectos perjudiciales para los menores no se derivan del hecho de tener una familia monoparental, pues hoy en día es otro tipo de familia muy común y frecuente, sino que se producen por el hecho de haber tenido un padre y una familia paterna durante más de tres años, y que de un momento a otro éstos desaparezcan.

⁵² Art. 5.5 LTRHA: “*La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan; Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones; sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.*”

⁵³ ALES URÍA ACEVEDO, M. M., *op. cit.* pp. 408 y 409. La autora aborda la ruptura del vínculo filial con el consiguiente desconocimiento de los orígenes biológicos y los efectos que se derivan. Afirma, en este sentido que: “*La falta de información acarrea consecuencias negativas como baja autoestima, inseguridad y ansiedad que pueden degenerar en patologías. Incluso los niños muy pequeños acusan la necesidad de saber quiénes son sus padres biológicos y conocer todo el entorno social y la historia familiar de dónde provienen. En el caso del niño es fundamental para la conformación de la identidad la*

El último derecho principal de los menores al que puede afectar la impugnación es el recogido en el artículo 27 de la Convención de los Derechos del Niño, el derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Sobre este derecho de los menores, establece el citado artículo que *“es responsabilidad primordial de padres y madres proporcionárselo”* y, al mismo tiempo *“es obligación del Estado adoptar medidas apropiadas para que dicha responsabilidad pueda ser asumida y que lo sea de hecho, si es necesario, mediante el pago de la pensión alimenticia”*. Este derecho se vería seriamente comprometido, ya que los menores no podrían percibir alimentos por parte de quien era su padre; en ese caso los menores tendrían que subsistir con los únicos ingresos de la madre, que pueden resultar insuficientes para atender sus necesidades.

Finalmente, el interés superior del menor como derecho sustantivo implica que a la hora de adoptar una decisión judicial, si son varios los intereses contrapuestos y estos son incompatibles, deberá prevalecer siempre el del menor sobre los demás⁵⁴. Aquí los intereses legítimos en juego son el derecho de Don Alejandro a investigar la paternidad y que se adecúe a la verdad biológica, y el interés superior de los menores, que se traduce en el derecho a conservar la filiación paterna, la familia o el sustento económico. La acción de impugnación no sólo está orientada al descubrimiento de la verdad biológica, sino que tiene como fin último e inexcusable la extinción del vínculo filial en todos los aspectos. Luego, al tratarse de intereses contrapuestos y no conciliables, debe prevalecer el interés superior del menor.

E) Respuesta a la primera cuestión.

Tras este análisis, y con ánimo de dar una respuesta definitiva a la primera pregunta que se plantea en este dictamen, podemos concluir que la acción de impugnación ejercitada por Don Alejandro ante los tribunales civiles no debe prosperar

calidad de las relaciones con su familia, los cuidados y estabilidad que recibe, el conocimiento y comprensión de su pasado y genealogía y la actitud de la comunidad para con él.”

⁵⁴ Así lo prevé específicamente el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: *“En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes; En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir; Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados”*

de ningún modo. Por tanto, Don Alejandro será considerado como padre a todos los efectos.

Esto significa que, aun en el caso de que éste decida no ejercer su paternidad sobre los menores, desvinculándose por completo de ellos y cesando la relación afectiva, persistirá su obligación de prestarles alimentos mientras sean menores de edad e incluso después de cumplida la mayoría de edad si éstos no han terminado su formación y no tienen ingresos propios que les permitan llevar una vida independiente, tal y como establece el artículo 142 CC. Si Don Alejandro se niega también a contribuir económicamente para cubrir las necesidades mínimas de los hijos menores, Doña Cristina podrá reclamar judicialmente, además de la guarda y custodia, el establecimiento de una pensión de alimentos en favor de sus hijos, lo que se sustanciará por el proceso especial previsto en el artículo 769 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil; pensión que será reconocida con total seguridad por los tribunales civiles. Así pues, Don Alejandro podrá dejar de ejercer su paternidad sobre los menores, si así lo decide, pero la obligación de prestar alimentos será absolutamente ineludible⁵⁵.

F) Planteamiento de una eventual estimación de la acción de impugnación: consecuencias sobre los alimentos prestados.

Debemos advertir, no obstante, que nuestro posicionamiento a favor de la desestimación de la acción de impugnación no puede ser corroborado a partir de pronunciamientos jurisprudenciales, puesto que prácticamente no se han dado en nuestro país litigios como el que estudiamos. Los avances médicos y tecnológicos que se utilizan en la medicina reproductiva, unidos al continuo control que ejercen las autoridades sanitarias sobre los centros de reproducción asistida públicos y privados, con el fin de garantizar la seguridad y calidad de los tratamientos, hacen que un supuesto como el nuestro de fecundación por error con material genético de otra persona, sea casi imposible. Tan sólo podemos encontrar un precedente en nuestra jurisprudencia, en un supuesto de hecho análogo al que analizamos, y que se sustanció en un Juzgado de Primera Instancia de Gran Canaria. En este caso, el “padre” de los dos

⁵⁵ Cabe citar aquí la importante STS 881/1993 de 5 de octubre, que confirma los argumentos empleados por la AP de Bilbao para desestimar el recurso de un padre que pretendía la cesación de la obligación de prestar alimentos por carecer de recursos. El TS reproduce literalmente lo declarado por la AP: *"La obligación de dar alimentos es una de las obligaciones de mayor contenido ético del Ordenamiento jurídico, alcanzando rango constitucional como taxativamente establece el art. 19 de la Constitución Española. Tal obligación resulta por modo inmediato del hecho de la generación y es uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad, art. 154.1.º del Código Civil "*

menores había terminado su relación sentimental con la madre de aquellos, y una vez dictado un auto de medidas provisionales que le obligaba a prestar alimentos a los hijos, decidió impugnar su paternidad. El Juzgado acabó estimando la impugnación con el fundamento de la no coincidencia del dato biológico, y sin entrar a valorar la posible negligencia cometida por el centro de reproducción asistida. Con motivo de ello, la progenitora inició otro procedimiento distinto para determinar la responsabilidad del centro de reproducción asistida, que acabaría con la sonada SAP Las Palmas núm. 226/2016 de 16 de mayo, de la que nos ocuparemos más adelante.

La falta de pronunciamientos jurisprudenciales no nos permite hacer una evaluación sobre las probabilidades reales de que la acción sea o no estimada, y tampoco permite adivinar los criterios o interpretaciones por las que pudieran inclinarse los tribunales. Es por ello que, necesariamente, debe plantearse en este dictamen el supuesto de que los tribunales fallen a favor de Don Alejandro y declaren extinta la relación de filiación; en ese caso, tendremos que determinar si se le puede exigir a la Clínica de Reproducción Asistida responsabilidad por el error cometido, de qué tipo, con que alcance y por qué conceptos.

Existe además un motivo que, en mi opinión, nos puede llevar a creer que la acogida de la impugnación por los tribunales es bastante probable; este motivo se refiere a la postura que viene manteniendo el TS sobre los reconocimientos de complacencia en cuanto a títulos de determinación de la filiación, y que si bien no se ajustan plenamente a nuestro supuesto de hecho (por la particularidad que éste presenta), guarda una estrecha relación por los efectos que despliega el consentimiento en la filiación y por el valor que se le reconoce en la ley y por los tribunales. Después de todo, la paternidad de Don Alejandro respecto de los menores ha quedado determinada legalmente mediante el reconocimiento⁵⁶.

Los reconocimientos de complacencia son aquellos en los que su autor, a sabiendas de que no es el padre biológico del reconocido, efectúa voluntaria y libremente la declaración solemne con la finalidad de asumir la paternidad, de admitir

⁵⁶ Debido a la falta de previsión específica en la LTRHA en cuanto a la determinación legal de la filiación no matrimonial en supuestos de TRA homólogas. Recuérdese que el artículo 8.2 LTRHA, que considera el documento donde se refleja el consentimiento del varón como escrito indubitado para tramitar el expediente registral, sólo es aplicable a la TRA heteróloga. El artículo 7.1 LTRHA remite a las leyes civiles para la determinación de la filiación, por lo que ésta se reconduce al reconocimiento.

como propio al hijo anterior de la mujer con la que convive⁵⁷. El Tribunal Supremo, en la STS 494/2016 de 15 de julio⁵⁸, fijó doctrina sobre las distintas cuestiones jurídicas que plantean los reconocimientos de complacencia, y en especial se pronunció acerca de la posibilidad de impugnar la paternidad por reconocimiento en los siguientes términos: *“Cabe que quien ha realizado un reconocimiento de complacencia de su paternidad ejercite una acción de impugnación de la paternidad, fundada en el hecho de no ser el padre biológico del reconocido. Si esa acción prospera, el reconocimiento devendrá ineficaz. La acción procedente...será la que regula el artículo 140.II CC si la paternidad es no matrimonial y ha existido posesión de estado, aunque ésta no persista al tiempo del ejercicio de la acción”*. Así, el TS consolida definitivamente el posicionamiento favorable a la posibilidad de impugnar los reconocimientos de complacencia no sólo con base en la existencia de vicios del consentimiento, sino también en la no correspondencia con la verdad biológica; postura que ya venía manteniendo en anteriores sentencias como la 751/2010 de 29 de noviembre, o la 318/2011 de 4 de julio. Esto, a mi juicio, carece totalmente de sentido puesto que no se corresponde en absoluto con los fines que persiguen las acciones de impugnación de la filiación: la investigación de la paternidad para hacer valer la verdad biológica. Quien ha reconocido como suyo al hijo de su pareja aún sabiendo que no lo es, no puede luego pretender dejar sin efectos ese reconocimiento sobre el fundamento de no ajustarse a la verdad biológica, puesto que ya lo sabía desde un principio; la impugnación contraviene en todo caso la prohibición de ir contra los actos propios⁵⁹. En mi opinión, esto significa

⁵⁷ GONZÁLEZ PÉREZ DE CASTRO, M., *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Madrid: Dykinson, 2013, p. 168

⁵⁸ En este asunto el recurrente se había casado con una mujer, que ya tenía una hija de seis años fruto de una relación anterior. El marido reconoció a la menor como hija suya. Un año después de contraer matrimonio, terminó la relación sentimental, y dos años después el hombre impugnó su paternidad lo que la esposa atribuyó al interés del marido de no seguir pagando la pensión de alimentos a la menor. El demandante solicitó la declaración de nulidad del reconocimiento por no corresponderse con la verdad biológica. Finalmente, el TS fijó doctrina admitiendo la posibilidad de impugnar el reconocimiento de complacencia sobre el fundamento de no ajustarse a la verdad biológica, aunque acabó desestimando el recurso por entender que se había producido la caducidad.

⁵⁹ En este mismo sentido se manifestó el Magistrado D. Xavier O'Callaghan Muñoz en el voto particular formulado a la sentencia que mencionamos más arriba, la STS 318/2011 de 4 de julio. El Magistrado critica contundentemente la decisión adoptada por la Sala, y empieza formulando el voto: *“Se ha dicho en la doctrina que el Derecho avanza, en muchos casos, a través de los votos particulares. Esto se pretende en el presente caso. Tenemos una reiterada jurisprudencia que estimo equivocada y, peor aún, contraria al sentido jurídico, a la realidad social y al ordenamiento vigente. En palabras llanas y en síntesis, el caso lo resolvemos en forma verdaderamente sangrante: un hombre se enamora de una mujer soltera que tiene un hijo reconocido sólo por ella, de una relación anterior; él, en el calor de su enamoramiento reconoce a aquel hijo como suyo, a sabiendas que no lo es; más tarde, se extingue aquel amor y rompe, como si fuera un simple papel, aquel reconocimiento y, con ello, el estado civil de aquel niño (o ya chico o ya hombre). En otras palabras, su reconocimiento depende exclusivamente de la voluntad del*

desvalorizar el reconocimiento como creador de un estado civil y también desvalorizar la propia institución de la filiación. Además, afecta a la seguridad jurídica y atenta contra el estado civil del reconocido, porque se crea una filiación que se rige sólo por el deseo del reconocedor, sin atender a otros intereses, y únicamente limitado por el plazo para el ejercicio la acción⁶⁰.

Todo esto puede ponerse en relación con nuestro caso. Es verdad que el reconocimiento de complacencia no puede asimilarse totalmente al que se da en supuestos de reproducción asistida, pues tal y como afirma el TS en la Sentencia 494/2016 de 15 de julio (FJ 4º, apartado 6º) hay una diferencia clara y decisiva: “*el reconocedor de complacencia es ajeno a la decisión de la madre de engendrar al que será reconocido por aquél*”. Pero ambos casos coinciden en que el elemento principal para determinar la paternidad es el consentimiento del hombre con independencia del dato biológico, y que la paternidad despliega los mismos efectos y queda sometida al mismo régimen de impugnación. Estos datos invitan a creer que si en el reconocimiento de complacencia el reconocedor puede impugnar su paternidad por la falta de correspondencia biológica (que ya conocía al momento de reconocer) siendo su acción estimada automáticamente si se prueba que la ha ejercitado en plazo, con más razón y mayor facilidad se estimará la impugnación del hombre que consintió una TRA homóloga y luego se demuestra que no coincide el dato biológico. De seguirse esta manera de entender la filiación, será muy probable que los Tribunales estimen la pretensión de Don Alejandro, que como hemos señalado anteriormente, podrá recurrir a la vía del vicio del consentimiento (art. 141 CC) ejercitando la acción en el plazo de un año desde que cesa el vicio⁶¹, o bien a la vía de la falta de correspondencia biológica

reconocedor; cuando el reconocedor se pelea con la mujer, se separa y se termina la posesión de estado con el reconocido ¿Se aplica realmente el párrafo primero del artículo 140 del Código civil alegando el reconocedor que no es padre (lo que es cierto), prescindiendo que lo sabía y aceptaba cuando reconoció (lo que también el cierto? La realidad social y el ordenamiento entiendo que no lo admiten y espero que la Sala -más pronto o más tarde- cambie el criterio que ahora ha mantenido en el pleno e impida este desaguisado. Amén.” Se pronuncia también sobre la doctrina de los actos propios (FJ 4º, párrafo quinto): La doctrina de los actos propios, sin que sea preciso entrar aquí en el análisis de la misma, por harto conocida y tratada en doctrina y jurisprudencia, no permite que un acto jurídico como el reconocimiento voluntario, libre, consciente, pueda ser objeto de revocación arbitraria, simplemente porque el sujeto activo ha roto su relación con la madre.

⁶⁰ En la misma línea se han pronunciado algunas Audiencias como la SAP Pontevedra 232/2013 de 12 de junio, o la SAP Mallorca 183/2017 de 14 de junio.

⁶¹ Es cierto que Don Alejandro, tal y como se expuso en los hechos, tuvo conocimiento de la no coincidencia del tipo sanguíneo de los menores con el suyo poco después del nacimiento y con motivo de unas pruebas médicas, mientras que la acción de impugnación se ejercitaría una vez transcurridos tres años. Sin embargo, Don Alejandro podría realizarse una prueba de ADN antes de ejercitar la acción, para que se confirmara definitivamente la falta de paternidad, con el fin de que empezara a correr el plazo de

(art. 140, segundo párrafo CC) ejercitando la acción antes de que se cumplan los cuatro años desde la inscripción.

En cualquier caso, hay que dejar claro que aunque prospere la acción de impugnación y quede extinguida la filiación, no procederá en ningún caso la devolución de los alimentos que Don Alejandro hubiera podido prestar a los menores hasta la firmeza de la resolución. Dicha imposibilidad ha sido impuesta por la recién dictada STS 629/2018 de 13 de noviembre⁶², en un asunto en el que el recurrente reclama la devolución de los alimentos prestados a quien había sido considerado su hijo hasta que impugnó con éxito su paternidad. El TS considera (FJ 3º apartado b) que: *“Estos alimentos, como las demás obligaciones que integran la potestad de los padres -velar por ellos, tenerlos en su compañía, educarlos, formarlos, representarlos y administrar sus bienes- (artículo 154 CC), y el propio hecho de la filiación (artículo 111 CC), han surtido sus efectos en cada uno de los momentos de la vida del niño porque la función de protección debía cumplirse y el hijo debía ser alimentado, lo que impide que pueda solicitarse su devolución por el hecho de que no coincida la paternidad real, basada en la realidad biológica, con la formal.”*. Por último, el Alto Tribunal concluye de forma clara: *“los alimentos no tienen efectos retroactivos, "de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida". No se devuelven los alimentos como tampoco se devuelven los demás efectos asociados a estos derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos.”*. Conforme a este criterio pues, Don Alejandro no podrá solicitar la devolución de los alimentos prestados a los menores, ni siquiera los gastos que hubiera podido satisfacer a Doña Cristina con motivo del tratamiento de reproducción asistida, de pruebas médicas, del embarazo o incluso del parto, en cuanto

un año desde este momento. En ese caso, recaería en Doña Cristina la carga de probar que Don Alejandro conocía su falta de paternidad desde mucho antes, con lo que el plazo habría caducado. Evidentemente, supone una dificultad añadida. Esta posibilidad vendría amparada por la doctrina fijada por el TS en la todavía reciente STS 743/2016 de 21 de diciembre, según la cual: *“basta al demandante con fijar el dies a quo que considera aplicable para el inicio del cómputo del plazo de caducidad, siendo así que para apreciar que la acción caducó previamente a su ejercicio deberá quedar acreditado que tal fijación no es la correcta y, en lo que a este caso interesa, que el demandante tenía efectivo conocimiento de que no era el padre biológico de la menor desde una fecha anterior a la que él afirma - que es la de la obtención del resultado de la prueba biológica-. Sostener lo contrario, obligaría al demandante a la realización de una prueba imposible por su parte, consistente en demostrar un hecho negativo referido a que no tenía conocimiento del hecho de no ser el padre de la menor desde un momento anterior al de la práctica de la prueba biológica”*.

⁶² Confirma la teoría de la no devolución de los alimentos con la que había resuelto unos años antes en la STS 202/2015 de 24 de abril.

que se trata de gastos que tienen como beneficiarios últimos a los menores y no a la madre⁶³.

2. Responsabilidad de la CRA.

A) Responsabilidad penal o responsabilidad civil.

Declarada extinta la relación de filiación, hemos de determinar si es posible exigir responsabilidad a la Clínica de Reproducción Asistida por los daños causados tanto a Doña Cristina como a sus dos hijos menores, como consecuencia de la práctica de la TRA con el material genético de otra persona distinta de Don Alejandro.

Para ello conviene empezar por el artículo 1089 CC que señala cuál puede ser el origen de las obligaciones (en este caso, la obligación de resarcir los daños): *“Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”*. Así pues, la responsabilidad civil que obliga al causante de los daños a su reparación puede ser contractual, si deriva del incumplimiento total o parcial de los términos de un contrato, o de su cumplimiento defectuoso, o bien puede ser extracontractual, si deriva de la comisión de delitos o de actuaciones culpables o negligentes.

En este caso, la especial gravedad que revisten los hechos puede llevar a plantearnos, en primer lugar, la posible responsabilidad penal del personal médico-sanitario que llevó a cabo la fecundación. En este sentido, cabe destacar que el Código Penal, dentro de los delitos relativos a la manipulación genética, prevé un tipo delictivo especial para los supuestos de reproducción asistida llevada a cabo sin el consentimiento expreso de la mujer. Así, establece el artículo 161 CP: *“Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años”*.

Sin embargo, de la lectura del precepto y de su puesta en relación con los hechos, tal y como acaecieron, se deduce rápidamente que no será aplicable dicho tipo

⁶³ Los gastos de embarazo y parto quedan integrados en el concepto de alimentos, en virtud del artículo 142 CC: *“Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo”*

penal por no concurrir los elementos del tipo. Por una parte, la acción típica consiste en practicar la reproducción asistida a la mujer sin su consentimiento con el fin de lograr el resultado de la fecundación. Por otra parte, el tipo subjetivo estaría integrado por el dolo, esto es, por el conocimiento y voluntad del equipo médico-sanitario de practicar la reproducción asistida sin el consentimiento de Doña Cristina, sin que pueda contemplarse su posible comisión por dolo eventual o imprudencia⁶⁴. En este caso, Doña Cristina sí había prestado su consentimiento expreso a la práctica de la TRA, conocía perfectamente las intervenciones a las que se iba a someter y los riesgos que podía entrañar para su salud, si bien autorizó sólo la fecundación con el semen de Don Alejandro; por tanto, la concurrencia efectiva del consentimiento hace imposible la realización del tipo objetivo. En cuanto al tipo subjetivo, la fecundación con semen de un tercero donante parece atender más a una conducta negligente del personal de la Clínica que a una actuación dolosa.

Tampoco creemos que pueda apreciarse la comisión de algún delito contra la vida o la integridad física, ya que no se le han provocado lesiones a la madre o a los menores. Las intervenciones médicas para llevar a cabo la TRA, o el propio parto, que pueden comprometer la integridad física de la madre y de los hijos, son actuaciones que fueron consentidas de forma efectiva, conociendo los riesgos, aunque haya concurrido un vicio del consentimiento sobre la procedencia del material genético empleado.

De este modo, entendemos totalmente descartada la posibilidad de exigir responsabilidad penal médica, quedando abierta únicamente la vía de la responsabilidad civil.

Respecto al carácter de ésta, la existencia de un contrato entre la CRA y la mujer usuaria y el incumplimiento de la obligación principal del mismo (la fecundación con el material genético del varón), puede llevarnos a afirmar que la responsabilidad será contractual⁶⁵, resultando de aplicación el artículo 1101 CC, que establece: “*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas*”.

⁶⁴ GRACIA MARTÍN, L., y ESCUCHURI AISA, E., *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005

⁶⁵ OSSORIO SERRANO, J.M. en MORENO QUESADA, B. *et al.*, *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos (9ª edición)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 555.

La teoría general de la responsabilidad civil contractual, que también resulta aplicable a las actividades médicas, exige la concurrencia de una serie de requisitos para que pueda originarse la obligación de indemnizar. Así, se requiere un incumplimiento por parte del deudor (morosidad o contravención del tenor de la obligación), que dicho incumplimiento produzca un daño al patrimonio o los intereses del acreedor, y que el daño sea objetiva y subjetivamente imputable al deudor, que sea previsible y que haya intervenido dolo o negligencia por su parte⁶⁶.

En principio, parece que concurren en nuestro caso todos y cada uno de los citados requisitos: la Clínica de Reproducción Asistida aplicó a Doña Cristina una TRA en la que, de forma negligente, se utilizó el material genético de un tercero donante y no el de su pareja, dando como resultado un embarazo gemelar; la falta de coincidencia biológica permitió la impugnación de la paternidad, lo que provocó evidentes daños morales y materiales tanto a los menores como a su madre.

A pesar de ello, será necesario examinar en detalle cada elemento para confirmar definitivamente la responsabilidad de la Clínica.

B) Naturaleza jurídica de la relación entre la CRA y la mujer usuaria.

Para poder delimitar con precisión el alcance de la posible responsabilidad civil de la Clínica de Reproducción Asistida en el presente caso, primero hemos de delimitar la naturaleza jurídica de la relación entre la Clínica y Doña Cristina, analizando si nos encontramos ante una relación contractual o extracontractual, y si ésta consiste en una obligación de medios o de resultado.

La respuesta a la primera cuestión es muy clara, la relación jurídica que se entabla entre la Clínica privada y la mujer usuaria que se somete a una TRA, tal y como adelantamos, es de indubitada naturaleza contractual, pues el vínculo jurídico que despliega las obligaciones se formaliza contractualmente. El contrato celebrado por ambas partes, de los denominados como contratos hospitalarios o de clínica, es un contrato de prestación de servicios⁶⁷ por el que el centro se compromete a aplicar aquel

⁶⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. *et. al.*, *Curso de Derecho Civil II (volumen I). Teoría general de la obligación y el contrato*. Madrid: Edisofer, 2018, pp. 165 y ss.

⁶⁷ Art. 1544 CC: “En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto.”

o aquellos tratamientos de reproducción asistida que se consideren más adecuados para conseguir la maternidad, a cambio de recibir una contraprestación económica⁶⁸.

Partiendo entonces de que se trata de una relación contractual, para la determinación del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones médicas, y en su caso la eventual responsabilidad médica, será necesario distinguir si nos encontramos ante una obligación de medios o de resultado. La jurisprudencia se ha pronunciado sobre esta distinción en numerosas ocasiones; podemos citar como ejemplo la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, de 3 de octubre del 2000, en la que el Alto Tribunal expone (FJ 9º, párrafo segundo): *“es preciso hacer referencia a la distinción existente, en materia sanitaria, entre la medicina curativa y la medicina satisfactiva, consistente, a grandes rasgos, en que la primera es una medicina de medios que persigue la curación y la segunda una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo. En la primera la diligencia del médico consiste en emplear todos los medios a su alcance para conseguir la curación del paciente, que es su objetivo; en la segunda no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional y ello acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención”*. Como vemos, se vincula la obligación de medios a la llamada medicina curativa y la obligación de resultado a la medicina satisfactiva.

Pero la existencia de esta diferencia también ha sido puesta en duda por el propio TS en otras resoluciones. De hecho, el Alto Tribunal ha manifestado una cierta tendencia a considerar que las actuaciones de los médicos constituyen siempre una obligación de medios, en la medida en que en este campo de la ciencia no se puede garantizar totalmente un determinado resultado. En esta línea se pronuncia la STS 534/2009 de 30 de junio, en la que se afirma (FJ 1º, párrafo quinto): *“La distinción entre obligación de medios y de resultados no es posible en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial, cuya diferencia tampoco aparece muy clara en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como bienestar en sus aspectos psíquicos y social, y no sólo físico. La*

⁶⁸ DÍAZ MARTÍNEZ, A., *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*. Madrid: Dykinson, 2006, p. 68.

responsabilidad del profesional médico es de medios, y como tal no puede garantizar un resultado concreto". De acuerdo con ello, nunca se podría garantizar de forma absoluta un resultado determinado, pues no todos los individuos reaccionan de la misma manera ante un mismo tratamiento médico, sea del tipo que sea⁶⁹. Inciden una gran variedad de factores, tanto personales del propio paciente, como externos y ajenos al mismo que pueden dar lugar a consecuencias distintas en cada caso. Esta consideración de que la medicina no es una ciencia cierta también ha sido defendida por el Tribunal en otras Sentencias como la 1233/2007 de 22 de noviembre, 218/2008 de 12 de marzo o 943/2008 de 23 de octubre.

Aun así, la actividad médica no tiene por qué constituir necesariamente o bien una obligación de medios o bien una obligación de resultado, sino que puede tener notas características de ambas⁷⁰. Cabe citar aquí la STS 560/2004 de 22 de junio, que estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto por una mujer de treinta y seis años que se sometió de forma voluntaria a una operación de reducción de pecho para paliar los dolores de espalda que venía sufriendo, y al mismo tiempo para mejorar su estética; tras la operación, la mujer desarrolló necrosis en el pecho y perdió totalmente la zona de la areola. Las sentencias de primera y segunda instancia, que desestimaron la pretensión de indemnización de la actora, consideraron que se trataba sólo de una actividad médica curativa, y por tanto, sólo de medios. Sin embargo, el TS declaró (FJ 4º, párrafo sexto): *"a la finalidad curativa de la intervención se añade la satisfactiva, participando entonces la prestación médica de un doble carácter de obligación de medios y de resultado"*. Finalmente, concluyó la Sala: *"habida cuenta del doble carácter de la obligación del demandado-recurrido, de medios y de resultados, ha de concluirse que la sentencia recurrida... infringió tanto el artículo 1902 Código Civil (LEG 1889, 27) como los artículos 1101 y 1104 del mismo Cuerpo legal"*.

De acuerdo con último este criterio, debe considerarse que la obligación contractual de la CRA para con Doña Cristina tiene justamente este carácter mixto de obligación de medios y de resultado. Cabe integrar la aplicación de esta TRA homóloga dentro de la medicina curativa, ya que lo que se pretendía con ella era lograr de manera artificial la maternidad y paternidad, que de manera natural no podía tener lugar por los

⁶⁹ Piénsese por ejemplo en posibles reacciones alérgicas, complicaciones en intervenciones médicas o las recaídas después de las mismas.

⁷⁰ GÓMEZ RIVERO, M.C., *et al.*, *Responsabilidad médica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 154

bajos niveles de fertilidad de Don Alejandro. En cierto modo, con la reproducción asistida se podían “curar” los problemas de infertilidad en la pareja. La consideración como obligación de medios viene justificada por el hecho de que las circunstancias personales que podían darse, tanto en Doña Cristina como en Don Alejandro, impedían asegurar científicamente que la fecundación fuera a tener éxito⁷¹. No obstante, hay una condición o resultado que sí quedó garantizado a la hora de celebrar el contrato, y es que la aplicación de la TRA a Doña Cristina se iba a llevar a cabo con el material genético del Don Alejandro, y que en caso de prosperar la fecundación y la gestación, nacerían hijos biológicos de los dos. El carácter homólogo de la TRA es una condición esencial del contrato, que no depende en absoluto de ningún factor externo, por lo que es de obligado cumplimiento para la Clínica⁷². Por tanto, ha de considerarse en este extremo como una obligación de resultado. Esto nos lleva a afirmar que la responsabilidad civil derivada de la actuación errónea de la clínica, será de evidente carácter contractual (art. 1101 CC).

En cualquier caso, la calificación como contractual o extracontractual de la relación jurídica y de la responsabilidad derivada, tendrá relevancia sólo en lo que se refiere a los plazos para el ejercicio de la acción (cinco años y un año, conforme a los arts. 1964.2 y 1968 CC), pero en ningún caso impedirá que Doña Cristina pueda reclamar la indemnización de los daños por haberla calificado de una u otra forma a la hora de interponerse la demanda. El TS se ha manifestado en este sentido en un gran número de pronunciamientos, en favor de la teoría que ha denominado como “unidad de culpa”. Cabe citar la STS 1038/2000 de 7 de noviembre, en la que afirma que (FJ 2º, párrafo tercero: *“esta Sala ha aceptado la yuxtaposición de acciones en la responsabilidad contractual y extracontractual, que responden a los mismos principios y la misma realidad aunque tienen diversa regulación positiva”*). Continúa la Sala en el mismo párrafo aclarando que *“...cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidad (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente”*. Este criterio había

⁷¹ De hecho, lo normal en la aplicación de la fecundación asistida in vitro en parejas con problemas de fertilidad es que se realicen varios intentos hasta lograr la fecundación.

⁷² Ello en virtud del artículo 1091 CC que dispone: *“Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.”*

sido utilizado por el TS incluso antes de la citada resolución, y se ha mantenido también con posterioridad⁷³.

C) Sujeto responsable, causa y criterio de imputación.

Una vez analizada la naturaleza de la relación jurídica y de la responsabilidad civil derivada, es preciso concretar quiénes serán los sujetos responsables y cuál será la causa específica de su imputación.

Dado que en este caso el tratamiento o TRA se ha llevado a cabo mediante un contrato celebrado entre la mujer usuaria y la Clínica, es decir, no se ha contratado directamente con los médicos o facultativos, la responsabilidad civil deberá recaer sobre la Clínica como parte contratante. En este sentido, el artículo 18.2 LTRHA, que hace referencia a la responsabilidad derivada de este tipo de tratamientos, dispone que *“Los equipos biomédicos y la dirección de los centros o servicios en que trabajan incurrirán en las responsabilidades que legalmente correspondan si violan el secreto de la identidad de los donantes, si realizan mala práctica con las técnicas de reproducción asistida o los materiales biológicos correspondientes o si, por omitir la información o los estudios establecidos, se lesionan los intereses de donantes o usuarios o se transmiten a los descendientes enfermedades congénitas o hereditarias, evitables con aquella información y estudio previos”*. No obstante, para ser más precisos, debemos advertir que la responsabilidad civil recaerá, no sobre los directivos de la Clínica (que pueden ser incluso empleados de la misma), sino más concretamente, sobre el titular o los titulares de aquella, que son quienes han de responder de los perjuicios causados por el personal médico-sanitario contratado, en el desarrollo de la actividad propia del centro⁷⁴.

En lo que se refiere a la causa de imputación, es el mismo artículo 18.2 LTRHA el que recoge las dos principales conductas que, habiendo originado daños, pueden dar lugar a la responsabilidad y a la obligación de indemnizar: la mala práctica con las TRA en sí mismas o los materiales biológicos correspondientes y la omisión de información o estudios médicos. Claramente, en nuestro supuesto nos encontramos con la primera

⁷³ SSTS 108/1997 de 18 de febrero, 280/1999 de 8 de abril, 341/2006 de 30 de marzo, 607/2010 de 7 de octubre

⁷⁴ Resultaría aquí aplicable el artículo 1903 CC, que prevé la responsabilidad de los dueños o titulares de establecimientos o empresas respecto de los perjuicios causados por sus empleados; o la responsabilidad de los titulares de centros de enseñanza no superior respecto de los perjuicios causados por los alumnos menores de edad durante el tiempo en que se hallen en vigilancia del profesorado.

conducta, la mala práctica del personal médico-sanitario⁷⁵ con las técnicas de reproducción asistida (fecundación con el material biológico equivocado). La omisión de información médica relevante como causa de imputación de responsabilidad ha de descartarse, pues realmente la Clínica y los facultativos prestaron a la mujer usuaria toda la información relativa a la TRA, a la gestación y a sus posibles riesgos (entre los que no estaba, como es lógico, que fuera fecundada con el semen de un tercero). Todo apunta a que el error se cometió por una conducta negligente en la custodia y el traslado del material genético de Don Alejandro, desde el momento de su extracción hasta que se lleva a cabo la fecundación in vitro. No se siguió correctamente el procedimiento médico establecido para este tipo de intervenciones.

Aunque a la vista de los hechos pueda parecer clara o evidente la relación de causalidad entre la actuación médica y el resultado dañoso, para que la responsabilidad de la Clínica pueda ser declarada judicialmente, será necesario probar que se ha producido por una acción culpable o negligente del personal médico-sanitario. Cabe citar al respecto el artículo 1104 CC que declara: *“La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”*. Lo que viene a decir este precepto es que la conducta o actuación del obligado será culpable o negligente si, al llevarla a cabo, éste no adopta las precauciones que se consideren adecuadas en cada caso.

Esta diligencia debida, o diligencia de “un buen padre de familia”, viene determinada en el ámbito de la responsabilidad médica por lo que se conoce como “lex artis” o “lex artis ad hoc”. El Tribunal Supremo, en la Sentencia núm. 192/1991 de 11 de marzo, definió la lex artis como *“aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina -ciencia o arte médico- que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la*

⁷⁵Se hace referencia a la actuación del personal “médico-sanitario” y no simplemente a la del personal “médico”, porque en la aplicación de la TRA concurren actividades propiamente médicas, es decir, llevadas a cabo por médicos titulados, y otras actividades auxiliares, desarrolladas por personal que no tiene esta consideración (enfermeros, auxiliares, etc.). En este caso el error en la TRA puede haberse cometido por cualquier profesional que hubiera manipulado el material biológico.

misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados, y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado)”. Se trata pues de un concepto jurídico indeterminado que deberá aplicarse atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso, con el fin de determinar si la actuación médica ha sido culpable o negligente.

La doctrina tradicional del TS, como ya señalamos anteriormente⁷⁶, ha venido manifestando siempre su tendencia a considerar la relación entre médico y paciente como una obligación de medios y no de resultado, en tanto que el médico se obliga a proporcionar todos los cuidados necesarios al paciente, conforme a lo exigido por la *lex artis*, pero en ningún caso queda comprometido por el resultado final que obtenga aquel obtenga. Por este motivo, tal y como señala el TS en la Sentencia núm. 471/1987 de 13 de julio, *“en la conducta de profesionales sanitarios queda, en general, descartada en su actuación personal toda idea de responsabilidad más o menos objetiva para situarnos en el concepto clásico de la culpa en sentido subjetivo, como omisión de la diligencia exigible en cada caso, sin que se les pueda atribuir cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de imputación”*. Esto significa que será el paciente perjudicado quien deberá probar la concurrencia de culpa o negligencia en la actuación del personal médico-sanitario, así como el nexo causal⁷⁷.

Sin embargo, en el caso que estudiamos, si se hiciera recaer en Doña Cristina la carga de la prueba nos encontraríamos con que aquella tendría serias dificultades para poder probar cuál fue la actuación concreta que generó el daño, en qué momento se

⁷⁶ STS 534/2009 de 30 de junio, en la que se afirma (FJ 1º, párrafo quinto): *“La distinción entre obligación de medios y de resultados no es posible en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial, cuya diferencia tampoco aparece muy clara en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como bienestar en sus aspectos psíquicos y social, y no sólo físico. La responsabilidad del profesional médico es de medios, y como tal no puede garantizar un resultado concreto”*.

⁷⁷ Así lo declara el TS en la Sentencia núm. 471/1987 de 13 de julio (FJ 3º): *“además, en la conducta de los profesionales sanitarios queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por esta Sala en daños de otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa, ya que a la relación material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico”*.

produjo, quién o quiénes la llevaron a cabo, y si ésta fue negligente o culpable. Se trataría, en definitiva, de una prueba absolutamente imposible.

Es por ello que, en mi opinión, cabe aplicar a este supuesto la regla de la “res ipsa loquitur”, que puede traducirse de manera más o menos acertada como “la cosa habla por sí misma”. Esta doctrina, que procede del derecho anglosajón y que ha sido acogida y desarrollada por nuestros tribunales⁷⁸, implica una presunción judicial de culpa que recae sobre la actuación médica; se aplica esta regla a aquellos casos en los que resulta muy difícil o imposible demostrar cuál fue la actuación concreta que provocó el daño, pero que a través del análisis de las condiciones o circunstancias en que se llevó a cabo y de sus consecuencias, puede deducirse que se ha originado por una actuación negligente o culposa.

Esta regla sobre la inversión de la carga de la prueba está íntimamente relacionada con los principios de disponibilidad y facilidad probatoria que proclama la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 217.7⁷⁹. Se fundamentan en el hecho de que quien ejerce pleno control sobre una actividad se encuentra en mejor posición que aquel que no la controla, para poder probar los hechos y sus circunstancias tal y como sucedieron⁸⁰. Se evita de esta forma que recaigan en la parte perjudicada los efectos

⁷⁸ El Tribunal Supremo ha desarrollado ampliamente esta regla especial sobre la carga de la prueba. Pueden citarse, entre otras, las SSTS 1146/1998 de 9 de diciembre, 1038/1999 de 9 de diciembre, 593/1999 de 29 de junio.

⁷⁹ Art. 217.7 LEC: “Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”. Sobre los principios de disponibilidad y facilidad probatoria en el ámbito de la responsabilidad médica, conviene citar aquí la STS 508/2008 de 10 de junio (FJ 4º, párrafo tercero): “Especialmente en los casos de resultado desproporcionado o medicina voluntaria, se modula la valoración del elemento subjetivo de la culpa para garantizar la efectividad del derecho al resarcimiento del perjudicado. En virtud del principio de facilidad y proximidad probatoria, el profesional médico puede estar obligado a probar las circunstancias en que se produjo el daño si se presenta un resultado dañoso generado en la esfera de acción del demandado de los que habitualmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, dado que entonces el enjuiciamiento de la conducta del agente debe realizarse teniendo en cuenta, como máxima de experiencia, la necesidad de dar una explicación que recae sobre el que causa un daño no previsto ni explicable en su esfera de actuación profesional”.

⁸⁰ La STS 1022/1996 de 2 de diciembre (FJ 1º) advierte del desequilibrio que se produce al demandante en la prueba, por la posición ventajosa en la que se encuentran los facultativos: “paulatina, pero inexorablemente va abriéndose camino en esta materia de responsabilidad médica la tesis de no hacer recaer exclusivamente sobre la parte perjudicada la carga absoluta de la prueba, a menos que se quiera, en no pocos casos, dejarla prácticamente indefensa por la dificultad de encontrar profesionales médicos que emitan un informe que pueda, en algunos casos, ser negativo para otro profesional de su misma clase. Por ello va reafirmando el que el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los

negativos de la dificultad de la prueba en aquellos supuestos en los que se evidencia que el daño ha sido cometido por otra persona, y al mismo, se evita que la parte demandada causante del daño adopte una posición pasiva en el proceso, amparada por la falta o inexistencia de pruebas en su contra.

Para que Doña Cristina pueda instar en el procedimiento civil la aplicación de la regla “res ipsa loquitur” y que sea acogida por el juzgador, será condición “sine qua non” la presencia de tres requisitos⁸¹: que tenga lugar un hecho dañoso de los que normalmente no pueden ocurrir, salvo que dimanen de una conducta negligente del personal médico-sanitario; que el hecho dañoso tenga su origen en cualquier causa (diagnóstico, protocolo médico, personal ayudante, etc.) que se encuentre dentro de la esfera de control del personal médico, aunque no se sepa con exactitud la forma en que se produce; y por último, que el hecho dañoso no sea imputable al propio perjudicado como consecuencia de su comportamiento negligente o culposo. La concurrencia de estos tres requisitos supondrá la inversión de la carga de la prueba y la presunción judicial de culpa o negligencia en la conducta del personal médico-sanitario.

La presunción de culpabilidad, no obstante, es una presunción “iuris tantum” por lo que puede ser destruida si se prueba convenientemente que la actuación del equipo médico ha sido sobradamente diligente y conforme a la “lex artis ad hoc”.

En este caso concreto, teniendo en cuenta que se debía aplicar una TRA homóloga y que lo que realmente se aplicó fue una TRA heteróloga, la Clínica no conseguirá demostrar, al menos no lo logrará fácilmente, que el personal médico-sanitario cumplió con la lex artis. Por ello, es de imaginar que para desvirtuar la presunción de culpa y acreditar que la actividad médica ha sido diligente, la CRA alegará que Doña Cristina pudo mantener relaciones sexuales con otro hombre distinto de su pareja durante el tratamiento de reproducción asistida, quedando embarazada de forma natural⁸². Se intentaría de esa forma romper el nexo causal entre la actuación

centros hospitalarios a los que, que duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión.”

⁸¹ VÁZQUEZ BARROS, S., *Responsabilidad civil de los médicos: Doctrina, Legislación básica, Jurisprudencia, Formularios y Bibliografía*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 344

⁸² Esto es justamente lo que sucedió en el asunto resuelto por la SAP Las Palmas 226/2016 de 6 de mayo, a la que ya hicimos referencia más arriba. El supuesto de hecho era completamente análogo al que ahora analizamos: tras la impugnación de la paternidad y su estimación, la mujer usuaria de la TRA interpuso demanda frente a la clínica de reproducción asistida solicitando el resarcimiento de los daños causados a ella y a sus hijos como consecuencia del error cometido en la utilización del material genético del varón. La clínica, que no probó fehacientemente la actuación adecuada conforme a la lex artis, alegó que la

médica y el resultado del embarazo. Aun así, para sostener esta argumentación la Clínica tendría que aportar indicios concluyentes, sin que baste alegar la mera posibilidad “biológica” de haberse producido una fecundación natural; y en ningún caso podría pretender que Doña Cristina probase que no mantuvo relaciones con otro hombre, pues estaríamos ante la prueba de un hecho negativo, lo que se conoce como “probatio diabólica” (prueba diabólica).

Además, las eventuales periciales médicas confirmarían las pocas probabilidades de que el embarazo se hubiera producido de forma natural (debería haberse producido durante los días inmediatamente anteriores o posteriores a la fertilización), y ello unido a las circunstancias particulares del asunto (Doña Cristina ya era madre de dos hijos, se sometió a un tratamiento costoso para lograr la maternidad, etc.) llevarían al tribunal a descartar de pleno esta tesis.

Así pues, podemos concluir en este punto que la responsabilidad civil recaerá directamente sobre los titulares de la Clínica, quienes deberán responder por las actuaciones negligentes del personal médico-sanitario a su servicio. Será ésta misma quien correrá con la carga de probar que el equipo médico actuó conforme a la *lex artis*. De no hacerlo, operará la presunción de culpabilidad, aun cuando no hubiera pruebas directas de la conducta negligente. En todo caso, la evidencia del error cometido, de su autoría y de la relación de causalidad, darán lugar con absoluta certeza a la obligación de la Clínica de indemnizar los perjuicios causados a Doña Cristina y a sus dos hijos menores.

D) Los daños objeto de indemnización.

Tras la prueba de la actuación negligente del equipo médico, de la existencia de un resultado dañoso y de la relación de causalidad, el último paso a seguir será la determinación exacta de cuáles fueron los daños efectivamente sufridos por Doña Cristina y sus dos hijos menores, a cuya reparación vendrá obligada la Clínica como sujeto responsable.

Para que los daños puedan ser reparados se exige, principalmente, que la persona que los reclama pruebe suficientemente su existencia, además de la relación de

fecundación y el embarazo se habían producido de forma natural, al margen de la TRA. Con ello se pretendía invertir la carga de la prueba, para que la demandada probara que no había mantenido relaciones con un tercero.

causalidad entre el incumplimiento y el daño. Es decir, Doña Cristina vendrá obligada a probar los daños padecidos, tanto por ella como por sus hijos, como consecuencia del error cometido por la Clínica en la aplicación de la TRA. La acreditación de los daños se llevará a cabo en el procedimiento judicial a través de las pruebas periciales.

Actualmente, los daños que pueden ser objeto de reparación responden a tres categorías diferenciadas: daños corporales, materiales y morales. En este supuesto, como ya hemos advertido en apartados anteriores, ha de descartarse la producción de daños corporales, puesto que ni en la aplicación de la TRA ni en el periodo de gestación se dio complicación alguna que pudiera afectar a la integridad física de Doña Cristina o de sus hijos. Por tanto, nos centraremos tan sólo en los daños materiales y morales.

En cuanto a los primeros, cabe decir que los daños materiales son aquellos que se producen en el patrimonio de quien los sufre, y pueden consistir tanto en el daño en sí mismo como en aquel que impida al perjudicado desarrollar una vida normal de forma temporal o permanente⁸³. En este sentido se pronuncia el artículo 1106 CC, el cual dispone expresamente que: *“La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”*. Es lo que se conoce como daño emergente y lucro cesante.

En el presente supuesto, los daños materiales no se producen sobre la persona de Doña Cristina, sino que afectan únicamente a los dos menores. El error cometido por la Clínica en la aplicación de la TRA permitió a Don Alejandro impugnar su paternidad sobre la base de la no correspondencia biológica. La acreditación de la falta de paternidad tiene como consecuencia inmediata la producción de daños materiales a los dos menores, ya que se ven privados de obtener una pensión alimenticia a la que hubieran tenido derecho, con total certeza, si la TRA se hubiera aplicado correctamente. Se trata de daños patrimoniales que se manifiestan como lucro cesante.

La mayor dificultad que presenta el lucro cesante a la hora de reclamar su reparación se da en su cuantificación. Es cierto que, a priori, acreditar el lucro cesante en este caso puede resultar aún más complicado, pues debería realizarse un cálculo o estimación sobre las cantidades que se hubieran podido percibir en concepto de pensión de alimentos y que nunca se podrán reclamar ni obtener, y ello sin tener una mínima

⁸³ VÁZQUEZ BARROS, S., *op. cit.*, p. 293

referencia orientativa. No obstante, consideramos que una solución adecuada sería la adoptada por la AP de Las Palmas en la Sentencia núm. 226/2016 de 16 de mayo, que ya hemos comentado en anteriores apartados. En aquel asunto, para el cálculo del lucro cesante en concepto de pérdida de pensiones futuras, se tomó como referencia la pensión alimenticia que se había fijado en un auto de medidas provisionales dictado con anterioridad al procedimiento de filiación, y se multiplicó dicha pensión por el número de años en que, previsiblemente, los menores continuarían bajo la dependencia de sus progenitores, esto es, al menos hasta la terminación de estudios superiores y el acceso al mercado laboral (se fijó esta edad en los 25 años)⁸⁴. Aquí, de igual forma, podría realizarse una estimación de los alimentos que los menores hubieran podido percibir, a partir de las tablas orientadoras elaboradas por el Consejo General del Poder Judicial para la determinación de las pensiones alimenticias en los procedimientos de familia. Esta, sin duda, sería una solución bastante razonable.

En otro orden de cosas, y por lo que respecta a los daños morales o no patrimoniales, cabe citar la STS 366/2010 de 15 de junio, a la que también hace referencia la SAP Las Palmas, y que recoge la doctrina mantenida por el TS sobre la existencia de este tipo de daños; señala el Alto Tribunal: *“Entre otros supuestos, los daños morales existen cuando se ataca el haber espiritual de la persona o los bienes materiales de la salud, el honor, la libertad, la intimidad u otros análogos. Reiteradamente, los tribunales señalan la obligación de indemnizar los sufrimientos, preocupaciones, disgustos, contrariedades, intranquilidad e incluso las molestias e incomodidades que padezca el sujeto pasivo a consecuencia de alguna de las conductas que el legislador sujeta a indemnización”*.

⁸⁴ SAP Las Palmas núm. 226/2016 de 16 de mayo (FJ 4º): *“La existencia de una resolución judicial que valoró, aunque lo fuera con carácter provisional, en atención a las necesidades de los menores y la capacidad económica de Don Cecilio, la pensión alimenticia con la que éste debía contribuir a los alimentos de Purificación y Edemiro es prueba bastante para apreciar como daño material por lucro cesante esta pérdida de pensiones futuras, siendo correcto y adecuado el cálculo de lo pedido por la Letrada de la parte actora teniendo en cuenta dicha pensión mensual multiplicada por los años no sólo en que continuarán siendo menores de edad, sino en los que previsiblemente continuarán bajo la dependencia de sus progenitores para procurarles una formación integral, lo que incluye, en su caso, los estudios superiores, e incluso para acceder al mercado laboral (230x12x25=69.000 €), que se redondea al alza (hasta 70.000 €), tanto por la posible revalorización como por la contribución por mitad a los gastos extraordinarios que se contiene en el propio Auto de Medidas Provisionales, limitándose la cuantía a lo estrictamente pedido. Ello implica, como refiere la demandada recurrente, realizar una previsión de futuro, siempre incierto, pero tal pronóstico se realiza dentro del razonable devenir de las cosas, ponderando todas las circunstancias concurrentes”*.

Así pues, los daños morales, que pueden identificarse como aquellos que afectan a los derechos de la personalidad y a la salud psíquica, una vez producidos, reclamados y probados deben ser indemnizados económicamente. En la práctica, sin embargo, la prueba de la existencia de este tipo de lesiones suele ser problemática, debido a que se trata de un concepto indeterminado, relativo e impreciso. No puede valorarse su existencia con pruebas objetivas o directas, más allá de las pruebas periciales que puedan llevarse a cabo. Por otra parte, el carácter no patrimonial de los daños morales también dificulta enormemente la cuantificación económica de los mismos, puesto que la valoración no resulta de una operación matemática (como en los daños materiales), ni tampoco de la aplicación de baremos de indemnizaciones (como en los daños corporales)⁸⁵. La determinación de la cuantía se apoyará en los criterios subjetivos planteados por cada parte⁸⁶.

Por tanto, la apreciación de los daños morales y la fijación del importe de su indemnización quedarán en manos del juez o tribunal, sin que existan criterios fijos o previamente establecidos⁸⁷.

En este supuesto podemos afirmar que el error de la Clínica en la aplicación de la TRA ha provocado importantes daños morales tanto a los menores como a la madre, y que, a mi parecer, no necesitarán de pruebas objetivas, pues la gravedad de los hechos hace presumir por sí misma su existencia. Para los menores, los daños morales se concretan en la pérdida repentina e inexplicable de la filiación paterna, viéndose privados de la relación afectiva que mantenían no sólo con el que fue su padre durante más de tres años, sino también con el resto de su familia paterna: hermanos, abuelos, tíos, primos, etc. Resulta especialmente afectado el derecho a la identidad de los menores, que ya habían desarrollado el sentido de pertenencia al grupo familiar (integrado en su mitad por la familia paterna), y que además nunca podrán conocer sus orígenes biológicos, sus antepasados por la línea paterna. La vulneración de estos derechos inmateriales estrechamente vinculados al derecho fundamental a la dignidad

⁸⁵ Por ejemplo, el baremo establecido por la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

⁸⁶ VÁZQUEZ BARROS, S., *op. cit.*, p.299

⁸⁷ STS 366/2010 de 15 de junio: “Asimismo, es criterio generalizado que la valoración de los daños morales no puede obtenerse de una prueba objetiva por su propia naturaleza, pero los tribunales de justicia no quedan por ello limitados en la fijación de la cuantía adecuada que decidirá libremente el órgano jurisdiccional en función de las circunstancias concurrentes y de las personas afectadas”

(art. 10 CE), generan daños morales que, sin lugar a dudas, deben ser objeto de indemnización.

En el caso de Doña Cristina, los daños morales provocados son de igual o incluso de mayor entidad que los de los menores, puesto que concurren una serie de circunstancias que tienen un gran impacto en todos los aspectos de su vida. Doña Cristina sólo se planteó ser madre porque contaba con el apoyo de Don Alejandro, buscaban con la maternidad/paternidad realizar un proyecto común; en cambio, se ve obligada a afrontar en solitario la maternidad de dos gemelos de corta edad, que requieren de la mismas atenciones y cuidados, y además simultáneamente. La motivación para someterse a la TRA era tener hijos con Don Alejandro, y no el simple hecho de ser madre, pues ya tenía una hija de una pareja anterior. El hecho de haber sido inseminada con el material genético de un tercero sin su consentimiento, y el desconocimiento de la verdadera identidad del padre de sus hijos atentan gravemente contra el estado emocional y mental de Doña Cristina. Finalmente, a todas estas consecuencias negativas hay que sumarle el rechazo social que ha sufrido Doña Cristina por parte de su entorno, que le atribuyó un comportamiento desleal a su pareja. En definitiva, los daños morales y su gravedad, son totalmente incuestionables.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que la cuantía indemnizatoria que fija el tribunal por los daños morales no está destinada a su reparación específica, finalidad que sólo se consigue con los daños materiales, sino que será siempre una reparación por compensación de los daños sufridos. Es por este motivo que los importes no pueden fijarse con total exactitud, sino únicamente por aproximación⁸⁸.

Por último, es preciso aclarar que, en lo que respecta a la indemnización de daños y perjuicios, ha de estarse, en cuanto a la prueba de su existencia, al tiempo de ejercicio de la acción, pero en cuanto a la fijación de su cuantía, al día en que recaiga la condena definitiva a la reparación o a aquel en que se liquide su importe en ejecución de sentencia, pues no es una deuda dineraria simple sino una deuda de valor⁸⁹.

E) Respuesta a la segunda cuestión.

Una vez discutidos y aclarados todos los puntos anteriores, nos encontramos ya en condiciones de responder definitivamente a la segunda cuestión planteada en este

⁸⁸ VÁZQUEZ BARROS, S., *op. cit.*, p.299

⁸⁹ *Idem.*, p.288

dictamen. Así pues, podemos concluir que Doña Cristina, ante el error cometido en la aplicación de la TRA y la consecuente impugnación de la filiación de los dos menores, podrá reclamar responsabilidad civil a la Clínica de Reproducción Asistida. Serán los titulares del centro quienes deban asumir la responsabilidad contractual por la actuación negligente del personal médico-sanitario a su servicio, recayendo sobre ellos la presunción judicial de culpabilidad. De esta manera, la Clínica vendrá obligada a indemnizar a los menores los daños materiales causados por los alimentos que nunca percibirán, así como los daños morales por la pérdida de la filiación paterna y la afectación a su derecho a la identidad. En cuanto a Doña Cristina, será objeto de indemnización el menoscabo moral por haber sido inseminada con material genético de un tercero, por el desconocimiento de la identidad de aquél, y por el rechazo social que ha venido padeciendo.

IV. CONCLUSIONES.

La cuestión principal planteada en el presente dictamen, realizado el examen exhaustivo de todos sus aspectos jurídicos, en nuestra opinión, sólo admite una respuesta negativa. Así, el varón que consintió someterse a las técnicas de reproducción asistida con aportación de su propio material genético, y que además ejerció su paternidad durante un periodo razonable de tiempo, no podrá dejar de ser considerado padre como consecuencia de un error médico, por lo que persistirá su obligación de prestar alimentos a los hijos. La acción de impugnación ejercitada por el padre no podrá prosperar, de ninguna manera, por los siguientes motivos:

1º) El consentimiento prestado por el varón en este tipo de técnicas constituye el elemento determinante de la paternidad, y como tal, debe prevalecer siempre sobre el elemento biológico. Ante la falta de reglas específicas en la LTRHA y el Código Civil para los supuestos de TRA homólogas, debe recurrirse a la aplicación analógica de los artículos 8.1 y 8.2 LTRHA previstos para las TRA heterólogas (en parejas casadas y no casadas, respectivamente), con el objetivo de reconocer al consentimiento el valor que le es propio y, simultáneamente, impedir la impugnación de la filiación resultante. Lo contrario supone atribuir a la filiación efectos distintos según su origen, y con ello, vulnerar el principio de igualdad de los hijos del artículo 108 CC.

2º) La eventual estimación por los tribunales de la acción de impugnación supondría para la mujer usuaria la vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley y la no discriminación (art. 14 CE), en la medida en que el error cometido por el tercero (fecundación con material genético equivocado), que afecta a una institución igualitaria como la maternidad/paternidad, despliega consecuencias jurídicas distintas para cada progenitor por razón de su género, ya que la mujer usuaria nunca podrá impugnar su propia maternidad. En este caso, el error de la Clínica, que afectó por igual al consentimiento prestado por ambos progenitores, debe ser totalmente intrascendente respecto a la filiación determinada.

3º) El varón ha venido ejerciendo su paternidad sobre los menores durante más de tres años, cumpliendo con todos los deberes y responsabilidades propias de la institución, por lo se ha dado la concurrencia efectiva de la posesión de estado. En este sentido, debe entenderse que la filiación, como vínculo de carácter principalmente afectivo y que va más allá de la biología, ha quedada plenamente consolidada. Por tanto, la posesión de estado actuará como límite que impedirá la impugnación de la filiación, en garantía de la estabilidad y el desarrollo personal de los menores.

4º) La decisión judicial de estimar la acción de impugnación sería absolutamente contraria al principio constitucional del interés superior del menor (art. 39 CE), pues de extinguirse la filiación se verían vulnerados algunos derechos de los menores como el derecho a la paz y estabilidad familiar, el derecho a la identidad o el derecho a disfrutar de un nivel de vida adecuado para el desarrollo físico, mental, espiritual y social. Por ello, para respetar este principio constitucional, las normas que regulan el régimen de la filiación deberán ser interpretadas y aplicadas en la forma en que mejor satisfagan los intereses de los menores, lo que implica que en este caso, al existir intereses contrapuestos e incompatibles, como son la investigación de la paternidad y el mantenimiento de la misma, deberá prevalecer esta última en favor de los menores.

Por el contrario, la segunda cuestión que se plantea al inicio de este dictamen cabe responderla en sentido afirmativo, de manera que, si prospera la acción de impugnación ejercitada por el varón, y se declara extinguida la relación de filiación, la mujer usuaria de las técnicas podrá reclamar responsabilidad a la Clínica por los daños causados como consecuencia del error en la TRA. Para ello, deberán tenerse en cuenta las siguientes precisiones:

1º) Debe descartarse de plano la posibilidad de exigir responsabilidad penal, puesto que la actuación de la Clínica no es susceptible de ser encajada en el tipo del delito especial de reproducción asistida sin consentimiento de la mujer, ni tampoco en los delitos contra la integridad física, pues no se han provocado lesiones a la mujer usuaria. La responsabilidad que podrá reclamarse a la Clínica será exclusivamente civil, pues el error cometido por la Clínica se corresponde, en todo caso, con una conducta negligente.

2º) La relación jurídica de la que nace la responsabilidad civil es de naturaleza contractual, al constituirse mediante contrato celebrado entre la Clínica y la mujer usuaria. La obligación principal asumida por la Clínica tiene un carácter mixto como obligación de medios y de resultado, en tanto que no puede garantizar el éxito del tratamiento de fertilidad, pero sí que se compromete a aplicar la TRA exclusivamente con el material genético del varón. Por tanto, teniendo en cuenta que se ha incumplido la obligación principal del contrato, la responsabilidad será de carácter contractual, conforme al artículo 1101 CC.

3º) La aplicación de la TRA se llevó a cabo mediante contrato celebrado directamente entre la mujer usuaria y la Clínica, por lo que serán los titulares de la misma, como parte contratante, quienes deberán asumir la responsabilidad civil por los daños causados por la mala práctica con el material genético empleado en la TRA. Además, la actuación culpable o negligente de la Clínica se presumirá judicialmente en virtud de la regla “res ipsa loquitur”, invirtiéndose la carga de la prueba, de forma que será la Clínica la que deba probar que la actuación del personal a su servicio ha sido suficientemente diligente y adecuada a la “lex artis” para que no se le impute la responsabilidad.

4º) La Clínica, como responsable civil, vendrá obligada a indemnizar los daños causados tanto a la mujer usuaria como a los hijos. En el caso de los hijos, se deberán reparar los daños materiales, como lucro cesante, por la imposibilidad que tendrán los mismos de percibir alimentos por parte de quien fue su padre, y que es un derecho patrimonial del que hubieran podido disfrutar de no haberse cometido el error. También se deberán indemnizar los daños morales derivados de la pérdida de la filiación y la relación no solo con quien era su padre, sino también con la familia paterna, así como los daños causados por la privación del derecho a conocer sus orígenes biológicos y su identidad propia. En el caso de la mujer usuaria, la Clínica la deberá compensar

económicamente por los daños morales que se derivan del hecho de haber sido inseminada con material genético de un tercero sin su consentimiento, del desconocimiento de la identidad del padre biológico de sus hijos, del rechazo social que ha debido sufrir al atribuírsele una conducta de infidelidad.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y revistas

ALES URÍA ACEVEDO, M. M., *El derecho a la identidad en la filiación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012

ALKORTA IDIÁKEZ, I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2003

DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida”. *II Congreso Mundial Vasco: La filiación a finales del Siglo XX*. Vitoria: 1987

DÍAZ MARTÍNEZ, A., *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*. Madrid: Dykinson, 2006

GÓMEZ RIVERO, M.C. *et al.*, *Responsabilidad médica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013

GONZÁLEZ PÉREZ DE CASTRO, M., *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Madrid: Dykinson, 2013

GRACIA MARTÍN, L., y ESCUCHURI AISA, E., *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005

HORNERO MÉNDEZ, C., *et al.*, *Derecho de Familia 2ª (Edición 2017)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017

LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho civil IV*. Madrid: Dykinson, 2002

LAMM, E., “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”. *Rev. Bioética y Derecho no.24*. Barcelona: Enero de 2012

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *et. al.*, *Curso de Derecho Civil II (volumen I). Teoría general de la obligación y el contrato*. Madrid: Edisofer, 2018

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida”. *Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005

MORENO QUESADA, B. *et al.*, *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos (9ª edición)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018

PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2002

RIVERO HERNÁNDEZ, F., “¿Mater semper certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español”. *Estudios Monográficos*. Madrid: 1997

VÁZQUEZ BARROS, S., *Responsabilidad civil de los médicos: Doctrina, Legislación básica, Jurisprudencia, Formularios y Bibliografía*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009

Material legislativo

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959)

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979)

Convención de los Derechos del Niño (1989)

Carta Europea de los Derechos del niño (1992)

Constitución Española (1978)

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida

Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil

Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil

Jurisprudencia

STC 90/1989 de 11 mayo

STC 7/1994 de 17 enero

STC 138/2005 de 26 de mayo

STC 273/2005 de 27 de octubre

STC 52/2006 de 16 de febrero

STC 111/2018 de 17 de octubre

STS 471/1987 de 13 de julio

STS 223/1988 de 17 de marzo

STS 192/1991 de 11 de marzo

STS 108/1997 de 18 de febrero

STS 1146/1998 de 9 de diciembre

STS 881/1993 de 5 de octubre

STS 212/1994 de 14 de marzo

STS 1022/1996 de 2 de diciembre

STS 280/1999 de 8 de abril

STS 593/1999 de 29 de junio

STS 1038/1999 de 9 de diciembre

STS 1038/2000 de 7 de noviembre

STS 745/2002 de 12 de julio

STS 43/2003 de 24 de enero

STS 162/2003 de 27 de febrero

STS 560/2004 de 22 de junio

STS 1090/2004 de 12 de noviembre

STS 341/2006 de 30 de marzo

STS 829/2006 de 17 de julio

STS 1233/2007 de 22 de noviembre

STS 218/2008 de 12 de marzo
STS 508/2008 de 10 de junio
STS 943/2008 de 23 de octubre
STS 534/2009 de 30 de junio
STS 366/2010 de 15 de junio
STS 607/2010 de 7 de octubre
STS 751/2010 de 29 de noviembre
STS 318/2011 de 4 de julio
STS 836/2013 de 15 de enero
STS 679/2013 de 20 noviembre
STS 740/2013 de 5 de diciembre
STS 202/2015 de 24 de abril
STS 494/2016 de 15 de julio
STS 743/2016 de 21 de diciembre
STS 267/2018 de 9 de mayo
STS 629/2018 de 13 de noviembre
SAP Pontevedra 232/2013 de 12 de junio
SAP Las Palmas 226/2016 de 16 de mayo
SAP Mallorca 183/2017 de 14 de junio