

Eduardo Pavelek

Responsabilidad Civil por no ser hijo de su padre

Por muy inverosímil que parezca, no hay nada que no pueda suceder alguna vez... y no nos referimos a San José como padre putativo de quien todo el mundo sabe.

La sentencia de la **Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5ª, 226/2016 de 16 May. 2016, (Rec. 461/2013)**, se pronuncia sobre un caso de particular interés no solamente en lo que se refiere a la responsabilidad civil de una Clínica de fertilidad sino también a su eventual impacto sobre el seguro, aunque sobre este punto nada se diga en la sentencia

HECHOS

Doña Adela no tenía ningún impedimento físico para ser madre de forma natural, pues ya lo había sido previamente con ocasión de una relación anterior. Decide libremente ser madre de un hijo de su pareja actual, Don Isidro, que también es padre de otros hijos producto de otra relación, pero que, al estar vasectomizado, le era imprescindible acudir a una técnica de reproducción asistida para poder ser padre biológico de nuevo.

El embarazo gemelar de la actora se produce a consecuencia de la técnica de reproducción asistida realizada por el ICI,

es decir, que Clara y Dámaso proceden de los dos embriones que le fueron transferidos a Doña Adela el día 22 de marzo de 2007 en el Instituto.

Como resultado de la aplicación de esta técnica, Doña Adela dio a luz a dos hijos gemelos el 14 de noviembre de 2007, pero sorprendentemente, tras la realización de las pruebas pertinentes, resultó que la pareja de doña Adela no es el padre biológico de los niños como consecuencia de un error de la Clínica en el proceso de selección del espermatozoides.

LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Como quiera que la finalidad esencial del contrato para la actora, era obtener un embarazo de su pareja varón vasectomizado, y dicha finalidad esencial fue aceptada y conocida por el ICI como aquella para la que comprometió contractualmente los medios y la prestación de los servicios técnicos (médico-biológicos) especializados, formando parte integrante del contrato, y acreditado que el padre biológico de los referidos menores no es Don Isidro, existe claramente

de las muestras y material reproductivo tanto de Don Isidro, como de Doña Adela, así como de otros terceros, con los que se realizó la fertilización de ovocitos a través de microinyección espermática para obtener los embriones efectivamente transferidos a la actora.

En definitiva, el Tribunal considera probado que **el hecho productor del daño, es consecuencia de la actuación negligente en el control de identificación y trazabilidad del material reproductivo** por parte del Instituto Canario de Infertilidad en el desarrollo de la actividad contratada, **existiendo un incumplimiento contractual imputable a culpa de la entidad a consecuencia del cual se ha producido un daño tanto a la actora como a los hijos menores de ésta.**

EL ACTO MEDICO

En la actuación comprometida por la clínica, que es un despliegue de una actividad conforme a la *lex artis*, existen servicios propiamente médicos y biológicos, y otras actividades auxiliares que no tienen esa naturaleza, tales como el transporte, la custodia, la conservación, la identificación, y la selección del material



La finalidad esencial del contrato para la actora era obtener un embarazo de su pareja varón “vasectomizado”

te una actuación contractual del Instituto Canario de Infertilidad incorrecta, que contraviene lo pactado. **Este resultado de incumplimiento contractual es atribuible a culpa o negligencia de la referida entidad, única que tiene el dominio**

reproductivo. **El error imputable a la demandada deriva en este caso de la falta de diligencia en alguna de estas actividades auxiliares, que no son propiamente actividad médica.**

Los procedimientos médicos fueron correctos y conformes a la *lex artis*, y así la biopsia testicular practicada por el urólogo, la punción ovárica, y la transferencia de embriones. Tampoco aparece incorrección en la inyección espermática de fecundación de los ovocitos, técnica que resultó igualmente exitosa con la obtención de cuatro embriones, dos de los cuales fueron transferidos a Doña Adela.

LOS DAÑOS

En cuanto a la reparación de los daños y perjuicios indica esta recurrente que está presidida por el principio de "*restitutio in integrum*", que en el caso del **daño moral va dirigida a compensar los perjuicios ocasionados en los derechos de la personalidad afectados**, no cabe hablar de reparación, sino de indemnización compensatoria destinada a proporcionar, en la medida de lo humanamente posible, una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado.

Pero además de los daños morales, el tribunal reconoce también una indemnización por daños patrimoniales que se justifi-

can del siguiente modo:

Daños patrimoniales

Se corresponderían con un lucro cesante consistente en las pensiones alimenticias dejadas de percibir como consecuencia de la constatación de que Don Isidro no es el padre biológico de los menores que se cifra en 70.000 € a indemnizar a cada uno de los menores en concepto de daño material, daño procedente de la pérdida de la pensión alimenticia respecto de quien debía haber sido su padre biológico.

La pensión alimenticia con la que éste debía contribuir a los alimentos de Clara y Dámaso 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 perjudicada 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 ($230 \times 12 \times 25 = 69.000$ €), que se redondea al alza (hasta 70.000 €).

Daños morales de los hijos

En el caso presente ha existido una privación del vínculo afectivo ya iniciado no sólo con el padre, sino

con toda la familia paterna, incluidos los mediohermanos de los menores.

Considera el Tribunal que en el presente caso el daño sufrido por los menores en cuanto le-

Además de los daños morales tanto de la madre como de los hijos, el tribunal reconoce también daños patrimoniales

sión a sus derechos inmateriales como personas, a su dignidad (artículo 10 CE), que les acompañará durante toda su existencia, es superior al que hubiera supuesto la pérdida de un padre, puesto que se les priva de conocer una parte importante de su identidad, de conocer su procedencia biológica, sus antepasados por la línea paterna, su propia historia, y su origen será siempre un interrogante en sus vidas.

Este sentimiento de identidad personal es un derecho inmaterial cuya lesión genera un daño moral indemnizable.

Ponderando todos los elementos concurrentes se considera correcta la suma de 50.000 € como indemnización a cada uno de los menores por el daño moral añadido al daño material ya fijado por el hecho dañoso que se viene analizando,

do, de tal forma que la indemnización total que deberá abonar la demandada ICI a cada uno de los menores asciende a 120.000 €.



Daños morales de la madre

Entiende este tribunal de una enorme relevancia la afectación personal y el impacto en la vida de Doña Adela, del hecho de tener que afrontar en solitario y de forma exclusiva, durante toda la minoría de edad de los hijos, la situación de maternidad, y, además, de gemelos, es decir, de dos menores de la misma edad, que reclaman a un mismo tiempo y con igual intensidad una dedicación y atención en todos los aspectos de su vida.

Doña Adela se ha visto obligada en solitario a asumir todos los deberes derivados de la patria potestad, en contra de su voluntad expresa y de forma completamente inopinada. No puede compartir ni con el padre ni con la familia paterna las obligaciones de cuidado, de atención, ni las decisiones esenciales

de la vida de los menores, ni los deberes de educación ni de proporcionar de forma integral a los menores un desarrollo afectivo, personal y social correcto, la atención a su salud, la guía y participación en su futuro desarrollo escolar, participando en las actividades de los menores.

Entiende la Sala que la situación provocada por la acción de la demandada supone una lesión importante de aspectos inmateriales de la persona de Doña Adela que limita y condiciona todos los aspectos de su vida durante la menor edad de los hijos, pero más especialmente durante los primeros diez años de vida de éstos.

También considera el Tribunal atendible el padecimiento y la angustia para Doña Adela derivada de no conocer la identidad del padre de sus hijos, puesto que ella sí había escogido a quién quería que fuera su padre, y con quien deseaba tener descendencia común, pues es un elemento determinante de ese consentimiento y voluntad de ser madre las cualidades y la personalidad de su pareja.

Estima esta Sala a su prudente arbitrio la cuantificación del daño expresado en la suma de 75.000 €, es decir, un 50% mayor a la cantidad por este concepto concedida a los hijos, cantidad

producto de la moderación de un daño muy superior y difícilmente reparable con dinero. Se tiene en cuenta también que la parte actora en su demanda parecía reclamar la suma total de 150.000 € a favor de Doña Adela por daños morales y materiales, y, en definitiva, únicamente se prueban y se indemnizan los primeros.



COMENTARIOS

Hasta aquí, hemos seleccionado los pasajes de la sentencia más relevantes para el caso, pero surgen otras cuestiones de especial interés que se comentan sumariamente.

Sobre la responsabilidad

En efecto, el hecho de que se declare la responsabilidad contractual por una conducta negligente en el cumplimiento de la obligación ajena a un acto médico, pudiera haber provocado a que las bases de la acción de resarcimiento se reorientaran hacia la legislación especial de consumidores, ya que, según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, este tipo de res-

ponsabilidad no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de “la *lex artis ad hoc*.”

Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha (SSTS de 5 de febrero de 2001; 26 de marzo de 2004; 17 de noviembre de 2004; 5 de enero de 2007 y 26 de abril de 2007).

Como del relato de los hechos se desprende que no se trató de un error médico, sino de una disfunción organizativa, nuestra opinión se dirige a pensar que la naturaleza de esta responsabilidad encajaría plenamente en los supuestos contemplados en el artículo 148¹ del texto refundido de la **Ley General para la defensa de consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre)**.

El hecho de que los daños surgidos en la prestación de servicios se puedan reclamar por la vía tradicional de la responsabilidad contractual conduce a que se menosprecie la invocación de este precepto que aliviaría sustancialmente la carga probato-

ria de la negligencia al decantarse por la responsabilidad sin culpa y, por tanto objetiva, uno de los pocos casos en que está reconocida legalmente.

Sobre los daños y el seguro

Habría podido constatar-se que no se está hablando de los daños típicos que se producen como consecuencia de una intervención médica, aunque después no sea calificada como tal. No son daños personales manifestados como una lesión, enfermedad o incluso fallecimiento ni se compadecen tampoco con un daño material en el sentido en que se define en las pólizas habitualmente y tampoco se enmarcan en los daños patrimoniales consecutivos a un daño corporal o material sufrido por el reclamante².

Es así muy cuestionable que el asegurador acepte la cobertura de unos daños tan singulares que surgen de tan excepcionalmente al margen del espíritu original de esta clase de seguros.

Con respecto a los daños morales, no se discute su cobertura, pues siempre que se produce un daño corporal, lleva aparejado un daño moral inherente a la lesión, enfermedad, fallecimiento u otros padecimientos personales.

Sin embargo, en nuestra opinión las prácticas aseguradoras todavía no han llegado a resolver decididamente la cobertura de la diferente manifestación

de los daños no patrimoniales y ya es hora de que lo hagan a tenor de los cada día más frecuentes pronunciamientos sobre esta clase de daños atípicos, podría decirse.

Sobre el seguro obligatorio

Aunque la sentencia de referencia no menciona la responsabilidad a cargo del seguro, pues parece que no se ejerció la acción directa contra el asegurador, y hubiera sido interesante que el tribunal se pronunciara sobre los temas esbozados en el punto anterior, si es oportuno destacar que esta actividad está sometida a dos seguros obligatorios, uno común a todas las profesiones sanitarias privadas (art.46 de la **Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias**)³, seguro que, a pesar de haber transcurrido más de quince años, no ha llegado a desarrollarse al haberse atribuido su regulación a las comunidades autónomas.

Y, por otro lado, existe otro seguro especial, contemplado en la **Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Art 11.8⁴**, seguro que, tal y como se declara en el precepto debería haber sido desarrollado en un reglamento que, si no estamos mal informados, no ha llegado a desarrollarse transcurridos más de diez años desde la promulgación de la ley.

Una vez más se pone de manifiesto el hecho de que

no por proclamarse la exigencia de una obligación de asegurarse, se consigue la finalidad supuestamente perseguida.

Una vez más se pone de manifiesto el hecho de que no por proclamarse la exigencia de una obligación de asegurarse, se consigue la finalidad supuestamente perseguida.

NOTAS

¹Artículo 148 Régimen especial de responsabilidad

Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario.

En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte.

Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, **las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 3.005.060,52 €.**

²**DAÑOS:** Sólo serán indemnizables por esta póliza los daños:

Corporales: Las lesiones, enfermedades o fallecimiento sufrido por personas físicas.

Materiales: Los daños, deterioro o destrucción de una cosa, así como el daño ocasionado a animales.

Perjuicios: La pérdida económica consecuencia directa de los daños corporales o materiales, cubiertos por la póliza, sufridos por el reclamante de dicha pérdida.

³Artículo 46 Cobertura de responsabilidad

Los profesionales sanitarios que ejerzan en el ámbito de la asistencia sanitaria privada, así como las personas jurídicas o entidades de titularidad privada que presten cualquier clase de servicios sanitarios, vienen obligados a suscribir el oportuno seguro de responsabilidad, un aval u otra garantía financiera que cubra las indemnizaciones que se puedan derivar de un eventual daño a las personas causado con ocasión de la prestación de tal asistencia o servicios.

Las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, determinarán las condiciones esenciales del aseguramiento, con la participación de los profe-

sionales y del resto de los agentes del sector. En el supuesto de profesiones colegiadas, los colegios profesionales podrán adoptar las medidas necesarias para facilitar a sus colegiados el cumplimiento de esta obligación.

⁴8. Los centros de fecundación in vitro que procedan a la crioconservación de gametos o preembriones humanos de acuerdo con lo establecido en este artículo deberán **disponer de un seguro o garantía financiera** equivalente que asegure su solvencia, en los términos que se fijen reglamentariamente, para compensar económicamente a las parejas en el supuesto de que se produjera un accidente que afecte a su crioconservación, siempre que, en el caso de los preembriones crioconservados, se hayan cumplido los procedimientos y plazos de renovación del consentimiento informado correspondiente.

Número 8 del artículo 11 reenumerado por el apartado tres del artículo 8 de la **Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad** («B.O.E.» 2 agosto). Su contenido literal se corresponde con el del anterior apartado 7 del mismo artículo (Vigente hasta el 3 de agosto de 2011).■

Eduardo Pavelek