

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Pérdida irreparable de preembriones crioconservados y daño moral de la viuda*

Irreparable loss of crioconserved preembrants and moral damage of widow

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Titular de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: Condena solidaria de la Comunidad de Madrid y de la compañía de seguros en concepto de responsabilidad patrimonial, por el funcionamiento anormal de los servicios públicos, que se extiende al fallo técnico de mantenimiento del laboratorio que no realiza las comprobaciones necesarias y producen la pérdida de los embriones crioconservados. Indemnización del daño moral derivado de la pérdida de los embriones que habían sido obtenidos con material reproductor de su esposo fallecido. Se considera que no hay responsabilidad por la actuación del equipo médico, aunque no fue informada del plazo de doce meses para la utilización del material reproductor del marido fallecido. No existe daño moral por la pérdida irreparable de dichos embriones porque ya se había extinguido el plazo para su implantación.

ABSTRACT: *Condemn jointly of the Community of Madrid and the Insurance Company as a liability of property, for the abnormal operation of public services, which extends to the technical fault of maintenance of the laboratory that does not perform the necessary checks and cause the loss of Cryopreserved embryos. Compensation for moral damages resulting from the loss of embryos that had been obtained from reproductive material of her deceased husband. It is considered that*

* Este trabajo se integra dentro del marco del Grupo de Investigación UCM «Derecho de Daños. Derecho de la contratación», de cuyo equipo de investigación como codirectora formo parte.

there is no responsibility for the performance of the medical team, although it was not informed of the term of twelve months for the use of reproductive material of the deceased husband. There is no moral damage for the irreparable loss of these embryos because the term for their implantation had already expired.

PALABRAS CLAVE: Embriones crioconservados. Pérdida. Daño moral. Fecundación *post mortem*. Inseminación artificial. Consentimiento.

KEY WORDS: Cryopreserved embryos. Lost. Moral damage. Post mortem fertilization. Artificial insemination judicial authorization. Consent.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA FECUNDACION POST MORTEM EN LA ACTUALIDAD.—III. LOS PREEMBRIONES CRIOCONSERVADOS Y SU UTILIZACIÓN.—IV. EL MATERIAL REPRODUCTOR DEL MARIDO FALLECIDO.—V. PROCEDIMIENTO DE IMPLANTACIÓN DE EMBRIONES: 1. IMPLANTACIÓN DE EMBRIONES Y ACCIONES DE FILIACIÓN. 2. EL NECESARIO CONSENTIMIENTO DEL FALLECIDO COMO REQUISITO ESENCIAL DE LA FECUNDACIÓN POST MORTEM. 3. LA FORMA DOCUMENTAL DONDE DEBE CONSTAR TAL CONSENTIMIENTO. 4. EL NECESARIO CUMPLIMIENTO DEL PLAZO PARA LA REALIZACIÓN DE LA FECUNDACIÓN POST MORTEM.—VI. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL: LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR DE LA EXISTENCIA DEL PLAZO ANUAL.—VII. FECUNDACIÓN POST MORTEM EN CASO DE FALLECIMIENTO DE LA MUJER. UTILIZACIÓN DE SU MATERIAL REPRODUCTOR CRIOCONSERVADO.—VIII. LA EXISTENCIA DEL DAÑO MORAL EN LA VIUDA.—IX. INEXISTENCIA DE FUERZA MAYOR.—X. INDEMNIZACIÓN.—XI. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD DE LA PERJUDICADA DE VER SATISFECHO SU INTERÉS DE SER MADRE.—XII. BIBLIOGRAFÍA.—XIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (del TS, TSJ y AP) CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—XIV. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

El estudio del tema que hemos titulado genéricamente «*pérdida irreparable de embriones crioconservados y daño moral*» surge tras el análisis de una reciente Sentencia del TSJ de Madrid cuyo origen se encuentra en un fallo técnico de mantenimiento del laboratorio, y, consecuentemente, del funcionamiento anormal de los servicios públicos de la Comunidad de Madrid, pero que, como siempre suele ocurrir tiene muchas cuestiones que analizar: como el tema de la implantación de embriones tras el fallecimiento del esposo y el plazo legalmente exigido para llevarlo a cabo, el necesario consentimiento previo del fallecido (forma, documento en el que debe consignarse), la necesaria conservación del material genético, y sobre todo, cómo las incidencias que puedan ocurrir en el devenir de todo el procedimiento puede terminar generando, más en este caso especialmente sensible, la conjunción de varios errores que pueden generar un daño moral en relación si no con el Derecho Familia sí con el derecho de la Persona.

Todo comienza con la reciente STSJ de Madrid, de 6 de febrero de 2017¹ que ha estimado parcialmente el recurso interpuesto por una mujer y que condena solidariamente a la Comunidad de Madrid y a la compañía de seguros a abonarle 2.000 euros en concepto de responsabilidad patrimonial, para indemnizarle el

daño moral derivado de la *pérdida de los embriones criopreservados* que habían sido obtenidos con material reproductor de su esposo fallecido, aunque la reclamante había solicitado la cantidad de 160.000 euros. La mujer había argumentado que concurría causa de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de los servicios públicos, que se extiende al fallo técnico de mantenimiento del laboratorio y a la actuación del equipo médico, dado que no fue informada del plazo de doce meses para la utilización del material reproductor del marido fallecido. El juzgador determina que solo concurre responsabilidad en el mantenimiento del laboratorio que no realiza las comprobaciones necesarias y producen la pérdida de los embriones criopreservados. Aunque adelantando algunas conclusiones que se desarrollarán a lo largo de esta exposición, en cierta medida la actuación del servicio médico también es reproachable.

Como hemos indicado anteriormente del examen de la citada Sentencia resultan varios problemas a estudiar, siempre teniendo en cuenta que hasta ahora de la Jurisprudencia existente relativa a la criopreservación de embriones no se había analizado un supuesto referido a su pérdida y a la existencia de daño moral. Veamos cuales son las cuestiones tratadas jurisprudencialmente en este comentario.

II. LA FECUNDACION POST MORTEM EN LA ACTUALIDAD

La doctrina jurídica ha discutido acerca de la conveniencia y justificación de admitir y regular la *fecundación post mortem* existiendo tanto razones a favor como en contra, centradas, en principio, en tres argumentos: el derecho a la reproducción, el interés del hijo y la finalidad de las propias técnicas de reproducción asistida (en su finalidad terapéutica).

El argumento principal gira en torno al *derecho a procrear* que se traduce en el derecho de la persona a tener hijos, la perspectiva contraria a ese derecho se encontraría en la inexistencia de un derecho fundamental a la reproducción.

Hemos mantenido también como argumento a favor la *finalidad de las técnicas de reproducción humana asistida*, esto es, la facilitación de la procreación a aquellas parejas (casadas o no) que no pueden tener descendencia por causa de esterilidad u otro impedimento. En este caso su aceptación «se justificaría en que su finalidad no es exclusivamente terapéutica, como remedio a la esterilidad o para prevenir y tratar enfermedades, sino que suponen en definitiva un modo alternativo de procreación. Y quienes rechazan este argumento alegan que la concepción de un hijo superpóstumo se justificaría más en el deseo de la viuda de concebir un hijo de su marido o compañero muerto, o en el deseo del fallecido de ver immortalizada su memoria a través de la concepción de ese hijo que en la causa de esterilidad o impedimento para concebir»².

Otro de los argumentos a su favor se centra en el *interés del hijo*. En principio podría aludirse, como así se hizo en los primeros años de utilización de estas técnicas, que con ello, y de ahí su posible rechazo, se posibilita y permite la concepción de hijos huérfanos de padre antes de nacer (hijos superpóstumos, en este caso). Argumento superado ya que en una sociedad como la nuestra no es necesaria la existencia de ambos progenitores, ni la norma constitucional lo exige (casos de desconocimiento del niño a su padre: el hijo póstumo fruto de una procreación natural, o el hijo de madre soltera o la adopción unilateral de persona soltera, o la concepción por dos madres con material genético anónimo...).

III. LOS PREEMBRIONES CRIOCONSERVADOS Y SU UTILIZACIÓN

La primera *Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida* (*Ley 35/1988, de 22 de noviembre*) ya concretó en su Exposición de Motivos «el término “preembrión” —también denominado “embrión preimplantatorio”, por corresponderse con la fase de preorganogénesis—, para designar al grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero —acabado el proceso de implantación que se inició días antes—, y aparece en él la línea primitiva».

El artículo 11.3 del *Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los Centros y Servicios Sanitarios relacionados con las técnicas de Reproducción Humana Asistida*, indica que los preembriones sobrantes de una FIV, por no transferidos al útero, se crioconservarán en los Bancos autorizados, por un máximo de cinco años. Pasados dos años de crioconservación de gametos preembriones que no procedan de donantes pasarán a disposición de los Bancos correspondientes.

Posteriormente, en la *Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida* (*Ley 4/2006, de 26 de mayo*), se define claramente el concepto de preembrión, entendiendo por tal al embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.

Aunque la ley del 88 también indicaba, anticipándose a diversos problemas en los que no vamos a entrar en este comentario, que «la *fecundación in vitro* y la *crioconservación* facilitan la disponibilidad de gametos y óvulos fecundados, y no solo para realizar las técnicas de reproducción asistida en las personas que los aportan o en otras, sino también para manipulaciones diversas, de carácter diagnóstico, terapéutico o industrial (farmacéutico), de investigación o experimentación, es evidente que los materiales embriológicos no pueden ser utilizados de forma voluntarista o incontrolada, y que su disponibilidad, tráfico, usos y transporte deben ser regulados y autorizados, al igual que los centros o servicios que los manipulen o en los que se depositen».

Ley que también concretaba que «Los centros o establecimientos donde se realicen estas técnicas habrán de ser considerados de carácter sanitario en los términos de la Ley General de Sanidad o que se establezcan normativamente; contarán con los medios necesarios para sus fines y deberán someterse a los requisitos legales de acreditación, homologación, autorización, evaluación y control oportunos. Los equipos sanitarios que en ellos actúen habrán de estar contrastadamente cualificados y actuarán bajo la responsabilidad de un jefe de centro o servicio, en el ámbito de equipos de trabajo».

En la STSJ de 6 de febrero de 2017 se indica expresamente cómo «Los embriones se guardaban en un contenedor criogénico, aislado mediante una cámara de vacío; no se realizaba ningún tratamiento preventivo por considerarse que el recipiente carecía de mecanismos y partes móviles que debieran ser revisadas. No obstante el 22 de abril de 2013 se detectó que el contenedor se había quedado sin nitrógeno, al perder el aislamiento del recipiente». Objetivamente cabe decir que se produce una falta de control y un fallo mecánico que ocasiona la pérdida del material embriológico. Afirmación de la que se desprende el posible indicio de *responsabilidad* por la insuficiencia de revisión y de controles adecuados.

Además el tribunal indicó expresamente que «no hubo fuerza mayor en la pérdida de viabilidad de los preembriones, al no revisarse el recipiente que los

contenía y por tanto no asegurarse de que el contenedor criogénico siguiera manteniendo las condiciones de conservación idóneas».

Todo ello teniendo en cuenta, además, que la Ley 45/2003, de 21 de noviembre por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (vigente hasta el 28 de mayo de 2006) autorizó la utilización, con fines de investigación, de los preembriones que se encontraban criopreservados con anterioridad a su entrada en vigor y establecía la limitación de producir un máximo de tres ovocitos en cada ciclo reproductivo, lo que dificultaba la práctica ordinaria de las técnicas de reproducción asistida, al impedir poner los medios para lograr el mayor éxito con el menor riesgo posible para la salud de la mujer, que era el principal objetivo de la Ley modificada. Ley que dispuso distinto tratamiento a los preembriones criopreservados o congelados según cual fuera la fecha de su generación. Los anteriores a noviembre de 2003 podían ser dedicados, además de a otros fines, a la investigación, posibilidad que estaba vedada a los generados con posterioridad, que podrían destinarse únicamente a fines reproductivos de la pareja generadora o a la donación a otras mujeres.

Hasta ahora en relación con el tema de la preimplantación de embriones solo habían surgido problemas que habían llegado a los tribunales basados en cuestiones relativas al *contrato* realizado. Así pues nos encontramos con la existencia de una Sentencia en la que se había analizado *la naturaleza del contrato de fertilización mediante la técnica de la implantación de preembriones obtenidos en una misma punción previa a su fertilización in vitro*. Se trata de la SAP de Álava, de 18 de febrero de 2008, la cual afirmó que se trata de una «relación de *arrendamiento de servicios* que unía a las partes (y que) se enmarca en una intervención compleja de fertilidad, consistente en la práctica de una punción, en la que se extraen óvulos que después son implantados previa su fertilización in vitro».

El problema suscitado que dio origen a dicha Sentencia se centraba en que la punción única *sirve para varios implantes*, y el problema residía en si efectivamente lo pactado comprendía un *precio* distinto por cada transferencia de preembriones o si el precio pagado con el primer ciclo comprende asimismo las demás transferencias de preembriones obtenidos de la misma punción. No existe duda que la relación de servicios se inició en el centro de Valencia, realizándose una primera transferencia. Después y con preembriones criopreservados procedentes de la misma punción se realizó una nueva transferencia en Bilbao, por la misma empresa, pues se utilizan los preembriones ya existentes y el médico que realizó la primera transferencia realizó la segunda³.

También la SAP de Badajoz, de 30 de diciembre de 2008⁴, se refiere, en este caso, al *cumplimiento del contrato de arrendamiento de servicios*, el cual tiene como fin la realización de una determinada actividad *independientemente del resultado*, esto es la transferencia de los dos preembriones criopreservados —artículo 1544 del Código Civil—. Por lo que los demandados han de abonar el precio de tales servicios, ascendente a la cantidad de 1.721 euros, más los intereses legales desde el requerimiento de pago que se efectuó en el procedimiento monitorio (siguiendo los arts. 1100, 1101 y 1108 del Código Civil).

IV. EL MATERIAL REPRODUCTOR DEL MARIDO FALLECIDO

El término «*materias reproductoras*» referido al *embrión criopreservado* supone la existencia de dos supuestos distintos. Por un lado, nos encontramos con *embrión formado en vida del varón*. En este caso el embrión será fecundado en vida de los

esposos o pareja pero su implantación y posterior desarrollo hasta el nacimiento se producirá una vez haya acontecido el óbito del marido o compañero. Embrión formado en vida de la pareja que pertenece tanto a la madre como al padre y por tanto, fallecido el varón, la viuda puede solicitar la implantación del mismo.

Los embriones excedentes tras el fallecimiento del varón se podrán implantar en la viuda y no habrá dudas de la relación de filiación entre el varón premuerto y el hijo así nacido, ya que el artículo 3.2 LTRHA autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en cada mujer y en cada ciclo reproductivo. De esta manera se está limitando el excedente de embriones que se puedan implantar a la mujer tras el fallecimiento del varón y por tanto su transferencia *post mortem*.

El artículo 9 incorpora el consentimiento presunto del marido cuando el cónyuge superviviente haya estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado con anterioridad al fallecimiento del marido. El embrión ha sido formado en vida pero transferido después del fallecimiento y por tanto permite que surja entre el hijo así concebido y nacido la relación jurídica de filiación con el varón premuerto. En este caso solo deberá tenerse en cuenta las condiciones de plazo: el año legalmente establecido transcurrido tras el fallecimiento del marido para su implantación en la esposa. Límite máximo para otorgarse al nacido los derechos paternos.

Por otro lado, está el *embrión formado después del fallecimiento del varón*. En este caso la fecundación *in vitro* se realizará empleando los gametos que se conservaban criopreservados en el banco de gametos. Tras su implantación a la viuda y producido el nacimiento, la paternidad del marido se determinará tras haberse cumplido las condiciones de *consentimiento* y *plazo* establecidos en el artículo 9.

Cabría preguntarse cuándo y quien tiene la potestad de determinar la paternidad en este caso. Obviamente desde el momento en que se cita a la viuda para la implantación de los preembriones los servicios sanitarios que deben computar la existencia de los requisitos del consentimiento y del plazo del año, y sobre todo que el implante se realice antes del transcurso del mismo, sí otorgan y determinan la paternidad del nacido, pues realmente si se ha pasado ese plazo la filiación estará determinada por la mujer únicamente ya que legalmente no se le puede imputar la filiación al varón fallecido. Sobre esta cuestión volveremos posteriormente.

El artículo 9 de la Ley 35/1988 reguló por primera vez el uso del material genético de una persona ya fallecida siempre que existiese un *consentimiento expreso y fehaciente del marido* para que pudiera emplearse «*post mortem*». Solo su voluntad previamente expresada por el difunto, legitimaría esa autorización, y ello sin duda por considerar que *las consecuencias personales y legales* de un hecho de esta naturaleza son especialmente trascendentes. Desde el punto de vista legal y económico, las consecuencias en materia sucesoria son inmediatas y directas para sus herederos, instituidos en disposición testamentaria o por medio de sucesión intestada.⁵

También indicaba el *límite temporal de la posible inseminación tras el fallecimiento del donante*, quien podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. (art. 9, 2 LTRA).

La Ley 14/2006 modificó la norma recogiendo, además de los casos de autorización en escritura pública y testamento, el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, es decir, el de autorización a la esposa para que se someta

a tratamiento, y el documento de instrucciones previas. Por otra parte, añadió la posibilidad de consentimiento tácito o presunto, para lo cual sería necesario que el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido.

El supuesto de la STSJ de Madrid, de 6 de febrero de 2017 se centra en que el marido padeció un problema oncológico y se había tomado una muestra de semen criopreservada, en 2004, antes de someterse a tratamientos de quimioterapia y de radioterapia. Posteriormente se intentó en varias ocasiones la inseminación sin éxito y tras el fallecimiento del esposo —que había prestado su consentimiento antes de fallecer— se le volvió a citar para programar la criotransferencia de preembriones congelados.

Como hemos indicado la Ley de TRHA, en su artículo 9, indica el límite temporal de la posible inseminación tras el fallecimiento del donante, su esposo. En este caso en concreto *resulta probado que en ningún momento los médicos indicaron la existencia de un «tiempo limitado» para la operación.*

Este descuido que tiene consecuencias muy importantes que no se tienen en cuenta ni a la hora de dictaminar el fallo ni cuando se determina la existencia y la indemnización por el daño moral producido a la viuda. Recordemos que según la legislación vigente, y con independencia de la viabilidad de los preembriones, no hubiera podido emplear el material reproductivo de su pareja fallecida transcurridos 12 meses desde la muerte. Según señala la Sentencia, la mujer solo fue informada de dicha imposibilidad cuando en 2013 se le informa de la pérdida de los preembriones.

Hasta aquí hemos hablado del supuesto de la existencia previa de embriones, ya estén o no implantados en el útero de la viuda, pero pueden darse otros casos previos, en los que el marido haya dado su consentimiento a la inseminación artificial con su material genético y ocurra un accidente. En este caso, además, es necesaria la solicitud de la esposa al Juez para la extracción del material genético.

Así puede ocurrir que el varón haya tenido un *accidente, se encuentre vivo pero en estado de coma*. En tal caso es posible la extracción de esperma sin estar sujeto el equipo médico a un plazo perentorio. Si el varón está en estado de coma es precisa la *autorización del juez civil* para posibilitar la extracción. No hay urgencia por lo que la doctrina entiende que podría acumularse en la misma petición la de la extracción y la de la autorización de inseminación artificial⁶.

Pero también puede ocurrir que el *accidentado fallezca*, en cuyo caso el plazo médico para poder conseguir la extracción de esperma con orden judicial es de tan solo 24 horas. Si ha fallecido y se solicita dicha extracción *actuaría de urgencia el juez de guardia resolviendo antes de que transcurran 24 horas sobre la autorización de extracción*. Posteriormente se solicitaría ante el juez civil (expediente de jurisdicción voluntaria)⁷ la autorización de la inseminación artificial, para lo que habría que comprobar si existía esa voluntad del fallecido acerca de que tal inseminación se llevara a efecto⁸.

V. PROCEDIMIENTO DE IMPLANTACIÓN DE EMBRIONES

1. IMPLANTACIÓN DE EMBRIONES Y ACCIONES DE FILIACIÓN

Las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad la obtención de descendencia. De ahí que también hayan surgido problemas relacionados con la

filiación por parte del progenitor que no se quiere hacer cargo de la misma después de la ruptura de pareja. En estos supuestos el argumento central que otorga la paternidad es el consentimiento otorgado de forma veraz documentalmente.

Es el supuesto de hecho de la SAP de Sevilla, de 22 de diciembre de 2014, en la que se ejercita una acción de impugnación de filiación paterna extramatrimonial del menor⁹. En dicha Sentencia quedó patente que no existen elementos de prueba que permitan afirmar que el progenitor fuera engañado, o no conociera el alcance del tratamiento al que *prestó el consentimiento* hasta un momento posterior a la ruptura de su relación con la demandada. Donde además se expuso por el médico que era costumbre de la clínica otorgar información previa a la emisión del consentimiento a la descongelación de preembriones que se prestaba tanto a la futura gestante como a su pareja cuando había una relación estable de convivencia¹⁰.

También en la SAP de Alicante, de 23 de diciembre de 2014, se ejercita la acción de reclamación de filiación no matrimonial y se declara al demandado padre biológico del menor, nacido por fecundación artificial consentida por ambos. Y ello porque la donación consentida de semen para llevar a cabo técnicas de reproducción asistida conlleva la atribución de paternidad al donante. El hijo es común de ambos litigantes, por lo que debe ser reconocida la paternidad reclamada. No se trata de una donación anónima¹¹.

Cuestión que es importante porque en ella se centra el problema de fondo del comentario y análisis que estamos realizando, que recordemos que es la pérdida de embriones por la Administración Sanitaria en una fecundación *post mortem* totalmente consentida por el fallecido previamente pero donde se había pasado el plazo legalmente constituido de 12 meses para su implantación por falta de información a la viuda. Plazo que ya adelantamos que incluso los sanitarios no habían tenido en cuenta. Este es el supuesto de la STSJM de febrero de 2017.

De modo que si la solicitante hubiera sido inseminada por los facultativos corresponsables con los preembriones crioconservados y obtenidos con el material reproductor de su cónyuge fallecido fuera del plazo legal y sin su autorización, el hijo así nacido tendría solo filiación materna y no la de este.

2. EL NECESARIO CONSENTIMIENTO DEL FALLECIDO COMO REQUISITO ESENCIAL DE LA FECUNDACIÓN *POST MORTEM*

La inseminación sin consentimiento también se prohíbe a los facultativos desde la LTRA de 1988, donde en su artículo 9 se recogía la necesidad de que constase por *escrito el consentimiento* del fallecido para la inseminación de la viuda. Posteriormente fue concretado por el Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de Reproducción Humana Asistida, que dispone que en el caso del fallecimiento del varón, salvo expreso *consentimiento por escrito* del mismo, su semen no podrá ser utilizado para la fecundación de su pareja.

Es una cuestión importante, porque no olvidemos que la voluntad de una persona fallecida es ley en materia sucesoria.

La conclusión de todo lo expuesto es que, aunque en la legislación sobre reproducción asistida examinada, prime el deseo de una maternidad en solitario y de que el niño nazca en una familia no monoparental, cuando este se ha de concebir por una inseminación *post-mortem* del marido fallecido, es requisito *sine*

qua non que conste su consentimiento expreso *per se* no sustituible, produciendo los efectos de la filiación.

La inexistencia de consentimiento origina ineludiblemente el no otorgamiento de la paternidad, efectos que se formulan legalmente como sanción a que, en contravención de la ausencia de consentimiento, dicha inseminación se practique sin autorización, no como medio alternativo. Realmente es una renuncia a la filiación para el menor, que va a generar no solo la carencia de derechos patrimoniales, sino también la ausencia de los derechos familiares y afectivos en relación con la familia paterna extensa a la que, al margen de ellos, biológicamente pertenece.

Como ya hemos indicado, en general todos los supuestos que se han estudiado se centran en el caso del fallecimiento del varón (marido, compañero, pareja) y consecuentemente el artículo 9 LTRHA se centra en la cuestión más importante a los efectos legales de concretar la paternidad futura del hijo que no es otro que *la forma de otorgamiento y otras cuestiones de su consentimiento*, pues aquí resulta irrelevante el consentimiento de la viuda que será el consentimiento general realizado en el momento de contratar los servicios del centro médico.

En cuanto al *contenido del consentimiento* debe quedar claro que se refiere al sometimiento de su mujer o pareja a la realización de una inseminación artificial o fecundación *in vitro* (con identificación expresa de la identidad de la misma) con su material reproductor (deberá consignarse el Banco donde se hallen depositados sus gametos para facilitar la localización de los mismos), y, sobre todo, que la técnica en cuestión puede realizarse también después de su muerte (expresándose el plazo de doce meses). También debe concretarse que con este consentimiento acepta y asume la paternidad del hijo.

El artículo 9 es claro al exigir una autorización expresa y rotunda del marido para la utilización «*post mortem*» del material genético del marido, la ley de 2006 ha introducido, además de los documentos tradicionalmente vinculados a mayores formalidades, como las *escrituras públicas* o los *testamentos*, otros documentos, como el del artículo 6.3, en los que se puede incorporar esa autorización. «Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal».

A fin de evitar problemas como los del Auto que a continuación recogemos, en los consentimientos informados de las diversas clínicas el marido debería ser expresamente preguntado sobre la posibilidad de que se utilice el material reproductor *post mortem*. A través de dicho Auto, el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valladolid, de 12 de diciembre de 2007, deniega la autorización solicitada para el uso del material genético de su marido premuerto ya que «no existe una escritura pública, disposición testamentaria o documento de instrucciones previas, pues se ha recabado información al respecto que ha resultado infructuosa; no es posible entender prestado el consentimiento para el uso «*post mortem*» del material genético del difunto porque en el consentimiento informado suscrito por él no fue preguntado al respecto; y, por último, no hay preembriones constituidos antes de su fallecimiento, lo que hubiera permitido entender que existió un consentimiento tácito o presunto. En definitiva, no consta acreditada ninguna de las circunstancias que contempla el artículo 9 de la Ley 14/2006 para la utilización «*post mortem*» del material genético del marido, por lo que debe rechazarse la autorización solicitada»¹².

En el mismo sentido se encuentra el Auto AP de Valencia, de 23 de diciembre de 2003, que deniega la autorización judicial solicitada por la esposa para ser inseminada artificialmente de su marido fallecido por *no constar consentimiento previo prestado por este en testamento o escritura pública*. La Ley de reproducción asistida ha de interpretarse en el sentido de que *impone una prohibición legal y general* de la fecundación *post mortem* con la sola excepción de que se cumplan los requisitos de consentimiento expreso y fehaciente y de que se practique en seis meses (El auto se dictó estando vigente la ley de 1988)¹³.

3. LA FORMA DOCUMENTAL DONDE DEBE CONSTAR TAL CONSENTIMIENTO

En cuanto a los *elementos formales*, esto es, el instrumento donde debe otorgarse el consentimiento y las consecuencias jurídicas que produce, si en la LTRA de 1988 solo se indicaba la necesidad de que el consentimiento del marido posteriormente fallecido se reflejase documentalmente, el artículo 9. 2 LTRHA (vigente) indica que «el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en *escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas*, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El *consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado* en cualquier momento anterior a la realización de aquellas».

En los tres tipos de documentos constará el consentimiento general que el marido debe prestar para la realización de las técnicas de reproducción asistida y sirva con posterioridad al fallecimiento del varón. Sin olvidar, como ya hemos indicado anteriormente que hay una presunción del consentimiento del varón en los casos de transferencia *post mortem* de embriones formados en vida del varón.

Por otro lado, la posibilidad de consentir la fecundación *post mortem* en el *documento de instrucciones previas* (de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre básica reguladora de la autonomía del paciente y del derecho y obligaciones en materia de información y documentación clínica) plantea una nueva cuestión: la posibilidad de que el consentimiento abarque la extracción del material reproductor tras el fallecimiento y no exclusivamente la utilización de gametos crioconservados, y por tanto la necesidad de establecer la filiación paterna del así concebido.

La Corte de Apelación Civil británica el 27 de febrero de 1997 estudió el caso conocido como «Diane Blood». Resolución que supuso un referente a nivel mundial y tuvo especial trascendencia en Europa, al basarse su pronunciamiento en la Declaración Europea de Derechos Humanos y en la forma en que esta podía afectar a los Tribunales en la interpretación y aplicación de la norma de Derecho interno sobre reproducción asistida.

Interesante en cuanto a la *naturaleza del documento donde conste el consentimiento* es la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 2 de junio de 2010, donde no se autoriza a utilizar el material reproductor del marido fallecido porque no existe documento público, testamento o documento de instrucciones previas, que la Ley de Reproducción Asistida requiere como forma en la que se preste el consentimiento libre, consciente y formal por el esposo, para que se proceda a utilizar el material reproductor cuya congelación autorizó a la Unidad de Reproducción Humana Asistida del Hospital Universitario de Canarias el 2 de enero de 2005, y ello pese a constar que fue suficientemente informado de ello en el mismo

documento donde autorizó la congelación de la muestra de semen, si bien, en aquel momento todavía no estaba regulada la forma de las instrucciones previas.

En tal sentido la carta de fecha 15 de mayo de 2008 mecanografiada y firmada por el fallecido esposo de la promotora, su madre y su hermana, no tienen la consideración de documento público, ni de testamento ni de instrucciones previas. Concepto este último, que está debidamente definido en el artículo 11 de la *Ley 41/2002 de 14 de noviembre, Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*.

4. EL NECESARIO CUMPLIMIENTO DEL PLAZO PARA LA REALIZACIÓN DE LA FECUNDACIÓN *POST MORTEM*

El artículo 9.2 LTRHA establece un plazo de 12 meses siguientes al fallecimiento del varón como segundo requisito esencial para que una fecundación *post mortem* produzca efectos jurídicos, junto al del consentimiento. De la Ley 35/1988 a la actual la variación consiste en la ampliación del plazo de seis a doce meses.

La limitación temporal se debe al periodo de criopreservación establecido en el artículo 11 LTRHA (el semen podrá criopreservarse en bancos de gametos autorizados durante la vida del varón de quien procede), por lo que fallecido el varón no podrá utilizarse su esperma. Aunque el artículo 9.2 LTRHA establece la excepción posibilitando la utilización del semen criopreservado para la realización de una fecundación *post mortem* con posterioridad.

Al hablar de criopreservación y relacionarlo con el límite de los 12 meses cabe preguntarse qué ocurriría si el supuesto de hecho es la transferencia *post mortem* del embrión. Pues hay que tener en cuenta que el artículo 11.3 LTRHA prescribe que «la criopreservación de los ovocitos, del tejido ovárico y de los preembriones sobrantes se podrá prolongar hasta el momento en que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida». *De modo que la madre podría solicitar que se le transfiera el preembrion criopreservado dentro de los límites del artículo 11.3 y por un periodo superior a los 12 meses*. En tal caso no habría problema desde el punto de vista técnico pero desde el punto de vista jurídico se producirá la maternidad legal de la madre pero no la paternidad por incumplirse el plazo.

Este dato nos hace dudar de la posibilidad de que cuando en enero de 2012, Rosario fue llamada para la implantación de los preembriones (y a punto de cumplir el plazo de 12 meses del fallecimiento de su marido), al alegar que por su estado depresivo postponía su intervención siguiendo el contenido del artículo 11.3 indicado se podría haber alargado el plazo... como así fue. Pero en este interín, en abril de 2013, los preembriones se perdieron por cuestiones técnicas. Y el Tribunal no ha tenido en cuenta esta circunstancia ni la ha valorado en relación con el daño moral al que luego aludiremos.

Por otro lado, el establecimiento del límite permite reconocer el derecho del concebido *post mortem* a disfrutar de los derechos sucesorios, sin menoscabar los derechos de terceros, sean hijos o no del causante. Hay un periodo, del año en cuestión, en el que los herederos del fallecido están expectantes ante la posibilidad de que aparezca un nuevo heredero, en este caso superpóstumo. Año en que la viuda está decidiéndose si se somete o no a la fecundación *post mortem*, (se podrían aplicar las medidas precautorias previstas para el caso de que la viuda

se quede encinta establecidas en los artículos 959-967 del Código Civil dada la similitud de los dos supuestos: procreación natural y fecundación *post mortem*). En cuanto a la suspensión de la partición de herencia se podría aplicar de forma análoga lo dispuesto en el.

En cuanto a la ampliación del límite temporal (de 6 a 12 meses) permite que la viuda disponga del margen de un año para tomar la decisión y someterse a la técnica reproductiva, tras haber superado la pérdida del marido. Plazo que empezará a contar desde el día siguiente al de la muerte del marido finalizando al año exacto desde la fecha del fallecimiento (art. 5 del Código Civil). Tal vez hubiera sido conveniente que el legislador hubiera alargado un poco más este plazo de un año, por ejemplo *en tres años*, pues la pérdida del marido influirá necesariamente en el estado anímico de la viuda, como ha ocurrido en el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

El plazo de un año para someterse a la técnica reproductiva que estamos estudiando es una medida cautelar de tiempo para que los derechos de los demás herederos no vean pospuesta indefinidamente su situación. Pero pensemos en otros casos parecidos en los que el tiempo se toma como medida cautelar de otros derechos: como es el caso de la declaración de fallecimiento donde los herederos no podrán disponer a título gratuito (donaciones o cesión) hasta cinco años después de dichos bienes, aunque sí podrán hacerlo a título oneroso (venta), al igual que ocurre si se hubiesen instituido legados, los cuales quedarán igualmente en suspenso durante un periodo de 5 años, exceptuándose los legados píos (a la Iglesia). O téngase en cuenta que en el caso de la revocación de donaciones por superveniencia de hijos no se establece lógicamente plazo alguno porque no se sabe cuándo van a aparecer los posibles hijos tras la donación realizada.

VI. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL: LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR DE LA EXISTENCIA DEL PLAZO ANUAL

El artículo 3.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo de TRHA indica que «La información y el asesoramiento sobre estas técnicas, que deberá realizarse tanto a quienes deseen recurrir a ellas como a quienes, en su caso, vayan a actuar como donantes, *se extenderá a los aspectos biológicos*, jurídicos y éticos de aquellas, y deberá precisar igualmente la información relativa a las condiciones económicas del tratamiento. Incumbirá la obligación de que se proporcione dicha información en las condiciones adecuadas que faciliten su comprensión a los responsables de los equipos médicos que lleven a cabo su aplicación en los centros y servicios autorizados para su práctica».

A mi juicio se incluye dentro de este *deber de información* el de *indicar con claridad el plazo de 12 meses en el que puede utilizarse el material reproductor del marido en caso de su fallecimiento*. Cuestión que no suele constar en los consentimientos informados de estas técnicas salvo que expresamente se exija.

Esta obligación del servicio sanitario resulta verdaderamente importante en nuestro estudio pues precisamente de los hechos probados de la STSJ de Madrid de febrero de 2017 casualmente se cita a la viuda el día posterior al fallecimiento del marido para su inseminación... Y precisamente tres meses después de la muerte del esposo en marzo de 2011 se realiza una inseminación artificial sin éxito. Posteriormente en octubre se realizó estimulación ovárica, obteniéndose quince complejos y once embriones, dos de los cuales se transfirieron en fresco, criopreservándose otros seis, sin que quedara muestra criopreservada del esposo.

El día 9 de enero de 2012, a punto de cumplir el año del fallecimiento del marido, vuelve a ser citada para programar nueva transferencia de preembriones congelados pero, dado su estado depresivo se acordó retrasar el procedimiento hasta que mejorara de su depresión. *Y no consta que entonces se le informara de cuál era el periodo de tiempo durante el que podría efectuarse legalmente la transferencia de los preembriones crioconservados*, ni de su próxima expiración, por lo que se vulneró el derecho a la información recogido en el artículo 3.3 TRHA.

La falta de información hace que la paciente deje transcurrir un año y medio para la realización de la transferencia de preembriones congelados sin llegar siquiera a contactar con el Servicio de Ginecología ni con el Servicio de Reproducción del Hospital La Paz.

Además, el Hospital La Paz no tuvo en cuenta en ningún momento el plazo establecido en la Ley, y por ello continuó el tratamiento de *fecundación in vitro* más allá del término legalmente previsto, acordando con la paciente retrasar el procedimiento...

Incurre a mi juicio, el servicio sanitario en incumplimiento contractual generado por una obligación legal, no solo por haber informado a la viuda del plazo legal de 12 meses para llevar a cabo como límite máximo la fecundación, sino también, por no haber tenido en cuenta el propio servicio médico el plazo para llevar a cabo la intervención para la que citaba a la viuda. Cita que le hace concebir esperanzas en la posible concepción de un hijo del marido fallecido.

La cuestión radica en que la viuda al iniciar el expediente administrativo de reclamación en solicitud de indemnización del daño moral (septiembre de 2013) no introduce el hecho de la inexistencia del derecho a haber sido informada por el equipo médico del plazo legal para la utilización del material reproductor¹⁴. Tampoco se recoge en la reclamación administrativa ni lo que es más importante *tampoco se formula una petición dirigida a la eventual indemnización por ausencia de haber sido informada. Ni mucho menos el incumplimiento de la obligación legal.*

Sin embargo, la falta de información a la paciente «del plazo de doce meses para la utilización del material reproductor del marido fallecido» sí se ha incluido en la demanda como *elemento del daño moral indemnizable*, en el contexto de una incorrecta actuación del equipo médico que le hizo concebir esperanzas de tener un hijo de su esposo fallecido. *Por ello el TSJM entiende que aunque sería un concepto indemnizable, por haber existido una vulneración del derecho a la información del paciente, el contenido de la demanda no se ajusta a lo indicado en la previa reclamación administrativa ya que implica la introducción en sede jurisdiccional de nuevos hechos y «causa petendi».*

Cuando tiene noticias de este Servicio de Reproducción del Hospital La Paz fue por haber sido previamente convocada para informarle de que los preembriones congelados habían quedado inviables, lo que aconteció en el mes de abril de 2013, cuando ya había transcurrido sobradamente el plazo máximo establecido en el artículo 9 de la Ley 14/2006. No quedando además otro material reproductor del esposo fallecido.

El TSJ de Madrid no analiza el fondo de la cuestión, simplemente no se pronuncia por haber expirado el plazo del año desde el fallecimiento del marido. Y a la viuda, a quien se le causa un perjuicio *irreparable* porque ya no puede concebir hijos de difunto marido, porque no se le ha informado debidamente, porque incluso la propia administración no ha tenido en cuenta ese plazo... incumpliendo el contrato y siendo responsable contractual, se le otorga una responsabilidad por daño moral (esto es por culpa extracontractual)... por la pérdida de los preembriones crioconservados...

Hay pues un incumplimiento contractual y por tanto cabría preguntarse y ¿si la paciente no hubiera retrasado el tratamiento y se hubiera iniciado el mismo? Pues que realmente el servicio sanitario hubiera ignorado el plazo y realizado la implantación de los embriones. De modo que si la técnica reproductiva hubiera resultado positiva y hubiera habido un nacimiento o más de hijos con material del fallecido, fuera de plazo, realmente no podrían ser considerados hijos del varón sino únicamente de la viuda. Habría una clara responsabilidad contractual del Servicio Sanitario que habría posibilitado que naciesen unos hijos a los que no se les podría otorgar legalmente una paternidad, aunque biológicamente si se supiera que eran hijos del fallecido. A efectos jurídicos tendrían una paternidad desconocida. *En tal caso además del incumplimiento contractual y la responsabilidad derivada del mismo, habría un evidente daño moral tanto de la viuda como de los hijos, teniendo derecho a indemnización por carecer de paternidad acreditada.*

VII. FECUNDACIÓN *POST MORTEM* EN CASO DE FALLECIMIENTO DE LA MUJER. UTILIZACIÓN DE SU MATERIAL REPRODUCTOR CRIOCONSERVADO

El artículo 4 de la *Ley 45/2003 de 21 de noviembre de sobre la crioconservación de ovocitos*, posibilita la fecundación *post mortem* en caso de fallecimiento de la mujer utilizando su material reproductor crioconservado en un banco de gametos. Posibilitándose así realizar una técnica heteróloga, en este caso con donación de óvulo.

La LTRHA posibilita esta técnica en el artículo 6.1 párrafo segundo al establecer que «*la mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual*». Y también, en el artículo 7.3 al prever que «*cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido*».

¿Acaso no sería posible que en el supuesto del artículo 7.3 LTRHA la cónyuge supérstite utilizase los ovocitos de la compañera fallecida y tras la fecundación con donación de espermia le sea transferido el embrión formado con ese ovocito? ¿No sería un supuesto de fecundación *post mortem*?¹⁵

Técnicamente, realmente se trata de fecundación *post mortem*, pero no cabe incluirle en el espíritu del artículo 9 LTRHA, que regula exclusivamente la determinación de la filiación paterna y el supuesto de la fecundación *post mortem* en caso del fallecimiento del varón. No cabe la identidad del supuesto porque la maternidad legal del hijo así concebido, se establecería en virtud del artículo 10 LTRHA, que indica que madre legal es la que gesta y alumbró la criatura. En cuanto a la paternidad, el hijo así concebido con una técnica heteróloga con donación de espermia carecería de padre legal (art. 5 LTRHA).

VIII. LA EXISTENCIA DEL DAÑO MORAL EN LA VIUDA

La STSJ de Madrid, de 6 de febrero de 2017 determina *la existencia de daño moral por la pérdida de los embriones crioconservados pero expresamente no se otorga la existencia de daño moral de la viuda por la imposibilidad de implantación de los mismos, al haber excedido el plazo de un año.*

Esta afirmación implica que *no se considera que existe derecho a una indemnización por daño moral consistente en la imposibilidad de la recurrente de continuar el ciclo de fecundación para ser madre de un hijo biológico de su esposo fallecido, a causa de haber devenido inviábiles los preembriones en el mes de marzo de 2013 y no quedar entonces otro material reproductor porque, al haber transcurrido en el plazo de doce meses desde el fallecimiento de su esposo, ya no era legalmente posible continuar el tratamiento.*

Notesé que dicha pérdida le produjo un enorme impacto emocional y la vulneración de su derecho a ser *madre de un hijo biológico de su esposo*, para dar cumplimiento al *proyecto vital de paternidad común de la pareja*, cuya realidad ha quedado demostrada mediante el acta de protocolización notarial de un manuscrito de don Remigio. Recordemos que en noviembre de 2010 acudieron ambos al Servicio de Reproducción Humana del Hospital La Paz para someterse a un proceso de reproducción asistida, para cuyo inicio fueron citados el día 18 de enero de 2011 (día después del fallecimiento del esposo).

Sin embargo, *sí procede indemnizar el daño moral consistente en la aflicción, zozobra y sufrimiento psíquico infringidos a los sentimientos de doña María Rosario por la pérdida injustificada de los embriones criopreservados* (que ya no podían serle implantados a ella por haber expirado el plazo, pero sí donados a otra mujer).

Pero es que además, dicha Sentencia cuenta con el voto particular de dos Magistradas discrepantes, las cuales consideran que al haberse descartado su derecho a la utilización de los embriones —pues ya había transcurrido el plazo para la vigencia del consentimiento dado por su esposo— no concurren los requisitos exigibles para la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración demandada. El voto particular que formulan M.^a del Camino VÁZQUEZ CASTELLANOS, y, D.^a Ana RUFZ REY, en relación con la Sentencia, de 6 de febrero, manifiesta su discrepancia al reconocer que la pérdida de los embriones criopreservados «habrá tenido cierta incidencia en los sentimientos de la recurrente que, como tal, puede ocasionar un daño moral y asumiendo, asimismo, que dicha pérdida fue injustificada pero que al haberse descartado su derecho a la utilización de los embriones, que se circunscribe al periodo de los doce meses siguientes a la fecha del fallecimiento de su marido, no concurren los requisitos legalmente exigibles para apreciar la existencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada».

A partir del día 17 de enero de 2012 *ya no era legalmente posible continuar el tratamiento*, por lo que es claro que en el mes de abril de 2013 doña María Rosario no quedó privada de ejercitar legalmente ese derecho sino que fue en enero de 2012 cuando ni el centro sanitario se dio cuenta del transcurso del plazo e incluso la citó para la implantación de los preembriones. Lo cual no se llevó a cabo por el estado depresivo de la viuda.

Otro caso semejante, donde hay pérdida de material genético lo hallamos en la STSJ de Sevilla, de 11 de abril de 2013. Donde se indicó que no había responsabilidad de la CA de Andalucía ni de su Administración sanitaria, ni cabía la indemnización por los daños causados *como consecuencia de la no congelación y donación de los ovocitos no fertilizados durante el proceso de reproducción asistida*. La donación de los ovocitos no fertilizados, es decir, el resto de los empleados, se encontraba perfectamente contemplada en el consentimiento informado. Y ello porque los recurrentes autorizaron la fertilización de hasta seis ovocitos, tres de ellos para su transferencia en aquel momento y otros tres para que dicha transferencia pudiera producirse dentro de los tres años siguientes, autorizando

asimismo la donación de los embriones no fertilizados, donación que, efectivamente, se produce.

La Unidad de Reproducción Humana del Centro Hospitalario que intervino en el tratamiento de los apelantes, de los diversos ovocitos obtenidos (hasta 14) solo consiguió fertilizar 3, obteniendo así ese número de embriones. Por su parte, los ovocitos no fertilizados (que finalmente resultaron ser 6) fueron cedidos a otros interesados. De esta forma se cumplió cabalmente aquel consentimiento, que, frente a lo que parece señalar la representación de los apelantes, no obligaba a la obtención de un determinado número de embriones sino que tan solo autorizaba dicha obtención, la cual solo pudo conseguirse en un número de 3 por razones relacionadas con el espermatozoide del apelante, según detalla la Sentencia apelada en términos no cuestionados por el recurso de apelación.

IX. INEXISTENCIA DE FUERZA MAYOR

Los preembriones obtenidos en la fecundación *in vitro* de doña María Rosario se guardaban en un contenedor al que no se le realizaba ningún tipo de mantenimiento preventivo¹⁶ pero el día 22 de abril de 2013 se detectó que dicho contenedor se había quedado sin nitrógeno porque se había perdido el aislamiento del recipiente a causa de que el precinto que aseguraba el vacío de la cámara aislante no se encontraba en su lugar, de manera que se había producido una alta transferencia de calor desde el exterior al interior, provocando un aumento de la evaporación del oxígeno.

Todo lo cual indica que los preembriones perdieron su viabilidad *no por causas de fuerza mayor*, que recordemos que son aquellos hechos o circunstancias que *no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de los daños* (art. 141 LRJAP y PAC de 1992). La pérdida de la temperatura interior por evaporación del nitrógeno no resultaba imprevisible ni inevitable, ni puede considerarse que el daño haya tenido su origen en una *fuerza irresistible extraña* al ámbito de actuación de la Administración sanitaria.

La inexistencia de causa de exclusión de la responsabilidad patrimonial surge de que el acontecimiento lesivo (pérdida de preembriones) se produjo en el contexto *de la prestación sanitaria y sin intervención de acontecimientos exteriores o extraños al propio funcionamiento del servicio*, una de cuyas funciones es precisamente la de velar por la viabilidad de los embriones asegurándose de que el contenedor criogénico siga manteniendo las condiciones de conservación idóneas.

Hay responsabilidad patrimonial de la Administración tal y como indica la doctrina jurisprudencial, ya que hay un hecho imputable a la Administración, (pues basta acreditar que el daño se ha producido en el desarrollo de una actividad cuya titularidad corresponde a un ente público); un daño antijurídico ya que hay un detrimento patrimonial injustificado, o un daño que el que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportar, y daño real o evaluable económicamente, efectivo e individualizado (STS de 5 de noviembre de 2012 y de 29 de julio de 2013).

X. INDEMNIZACIÓN

El artículo 106.2 CE proclama la responsabilidad patrimonial de la Administración, al disponer que: «Los particulares, en los términos establecidos por la

Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda *lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor*, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

Y, el artículo 139 LRJAP y PAC de 1992, disponía que «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda *lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos*. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas».

El artículo 11.8 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, dispone que «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*». Pues bien, parece ser que la póliza concertada con el Servicio de Reproducción Humana del Hospital La Paz, no cubre la compensación económica por accidentes que afecten a la crioconservación, así como inaplicabilidad al caso del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro.

De ahí que el Tribunal imponga solidariamente con la compañía de seguros el pago de la indemnización al existir responsabilidad patrimonial *por funcionamiento anormal del servicio de mantenimiento del laboratorio del Servicio de Reproducción*.

El Tribunal ha entendido que es difícil de cuantificar económicamente la reparación de dicho daño moral, dada la subjetividad que acompaña siempre al mismo, y por eso ha de fijarse su importe de un modo estimativo en una indemnización de 2.000 euros, que se entiende actualizada a la fecha de la presente Resolución.

Se cuantifica en 2.000 euros el daño moral causado por la no viabilidad de los preembriones al haber variado la temperatura del recipiente donde se conservaban. Preembriones que solo podrían haber sido objeto de donación a un tercero (si las partes así lo hubieran consentido en su momento), ya que no hubieran podido transferírsele a la viuda por haber transcurrido el plazo. Y en caso de querer ser madre, la viuda debería acudir al semen de un tercero, en vez de poder serle implantados los preembriones ya conservados porque precisamente ha transcurrido el plazo del año requerido.

Por otro lado, teniendo en cuenta que las técnicas de reproducción asistida oscilan entre los 6.000 euros, la cuantía de la indemnización puede considerarse muy pequeña.

XI. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD DE LA PERJUDICADA DE VER SATISFECHO SU INTERÉS DE SER MADRE

Como ya hemos escrito en otras ocasiones la Jurisprudencia se ha referido al concepto de *pérdida de oportunidad* refiriéndose al daño consistente en haber perdido el perjudicado la ocasión de haber visto satisfecho un determinado interés. Los casos más frecuentes son los referidos al ámbito de la responsabilidad

sanitaria: pensemos en aquellos casos en que el perjudicado pierde la oportunidad de curación de una enfermedad¹⁷, y en el ámbito de la responsabilidad jurídica referido a los casos en que el perjudicado ha perdido la oportunidad de tener éxito en un procedimiento judicial¹⁸.

Téngase en cuenta que, en nuestro caso, la pérdida de embriones y la imposibilidad de reiniciar de nuevo el ciclo, ha causado a la paciente un daño moral irreparable, si tenemos en cuenta que deseaba la gestación de un hijo con material reproductor de su esposo fallecido y ya no queda muestra criopreservada de ese material. La paciente no deseaba ser madre sin más, lo que realmente anhelaba era tener un hijo de su esposo fallecido.

La cuestión a concretar se centra en determinar si la viuda hubiese sabido desde el primer momento la existencia del plazo de un año para que los preembriones fecundados con material del esposo fallecido, y pese a su estado de depresión, hubiese consentido en su implantación, no se le debería indemnizar por la ocasión perdida de no haberle implantado los preembriones, de no poder ser madre de unos hijos que le vinculaban a su marido fallecido, evitando además la posibilidad de que se hubiesen perdido porque no habría seguido estando crioconservados.

Fundamentamos esta idea en que realmente hay una omisión por el propio Servicio público sanitario de la «diligencia exigible en el desempeño de su deber de estar alerta en el transcurso del plazo...».

XII. BIBLIOGRAFÍA

GÁMIZ SANFELIU, M.: Reflexiones sobre la fecundación *post mortem*. Cuestiones interpretativas del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, *Actualidad Civil*, núm. 10, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 de mayo de 2009, p. 1163, tomo 1, Editorial La Ley (La Ley 2009, 11701).

MAGRO SERVET, V.: Solicitud de autorización judicial para inseminación artificial procedente de persona fallecida a su pareja. La «fecundación *post mortem*». *Práctica de Tribunales*, núm. 115, julio-agosto de 2015, Editorial Wolters Kluwer (La Ley 2015, 4631).

XIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TS, TSJ Y AP) CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 22 de abril de 2013, Rec. 896/2009 (La Ley 2013, 66042).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 628/2011 de 27 de septiembre de 2011, Rec. 1568/2008. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS (La Ley 2011, 228950).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 552/2005 de 14 de julio de 2005, Rec. 275/1999. Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN (La Ley 2005, 1682).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 10 de octubre de 1998, Rec. 1496/1994. Ponente: Antonio GULLÓN BALLESTEROS (La Ley 1998, 9746).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 11 de octubre de 1997, Rec. 3367/1990. Ponente: Francisco MORALES MORALES.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 4 de febrero de 1992, Rec. 2618/1989. Ponente: Jesús MARINA MARTÍNEZ-PARDO (La Ley 1992, 13898).

- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 5 de julio de 1991. Ponente: José Luis ALBÁCAR LÓPEZ (La Ley 1058-JF/0000).
- STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 10.^a, Sentencia 41/2017 de 6 de febrero de 2017, Rec. 448/2014. Ponente: Francisca María de Flores ROSAS CARRIÓN (La Ley 2017, 16800).
- SAP de Sevilla, Sección 2.^a, Sentencia 632/2014 de 22 de diciembre de 2014, Rec. 3947/2014. Ponente: Sebastián MOYA SANABRIA (La Ley 2014, 238159).
- SAP de Alicante, Sección 6.^a, Sentencia 277/2014 de 23 de diciembre de 2014, Rec. 553/2014. Ponente: José María RIVES SEVA (La Ley 2014, 236457).
- SAP de Badajoz, Sección 3.^a, Sentencia 352/2008 de 30 de diciembre de 2008, Rec. 370/2008. Ponente: Juana CALDERÓN MARTÍN (La Ley 2008, 267052).
- SAP de Álava, Sección 1.^a, Sentencia 53/2008 de 18 de febrero de 2008, Rec. 590/2007. Ponente: Iñigo MADARIA AZCOITIA (La Ley 2008, 39291).
- AAP de Valencia, Sección 7.^a, Auto 273/2003 de 23 de diciembre de 2003, Rec. 66/2003. Ponente: María Pilar Eugenia CERDÁN VILLALBA (La Ley 2003, 217310).
- Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valladolid, Auto de 12 de diciembre de 2007, Proc. 958/2007. Ponente: Luis PUENTE DE PINEDO (La Ley 2007, 358160).

XIV. LEGISLACIÓN CITADA

- CE.
- Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
- Ley 41/2002 de 14 de noviembre, Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los Requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de Reproducción Humana Asistida.

NOTAS

¹ STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 10.^a, Sentencia 41/2017 de 6 de febrero de 2017, Rec. 448/2014. Ponente: Francisca María de Flores ROSAS CARRIÓN (La Ley 2017, 16800), cuya doctrina se concreta en que «Debido a un fallo técnico en la conservación de los embriones, la mujer no puede repetir el tratamiento al que fue sometida para intentar ser madre, tras el fallecimiento de su esposo debido a un padecimiento oncológico. No obstante su reclamación es estimada en parte, porque cuando solicitó nuevo tratamiento, ya habían transcurrido los 12 meses previstos legalmente para la utilización del material reproductor del marido»

² *Vid.*, por ejemplo, el breve estudio de GÁMIZ SANFELIU, Marta: Reflexiones sobre la fecundación *post mortem*. Cuestiones interpretativas del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, *Actualidad Civil*, núm. 10, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 de mayo de 2009, p. 1163, tomo 1, Editorial La Ley (La Ley 2009, 11701).

³ SAP de Álava, Sección 1.^a, Sentencia 53/2008 de 18 de febrero de 2008, Rec. 590/2007. Ponente: Íñigo MADARIA AZCOITIA (La Ley 2008, 39291).

⁴ SAP de Badajoz, Sección 3.^a, Sentencia 352/2008 de 30 de diciembre de 2008, Rec. 370/2008. Ponente: Juana CALDERÓN MARTÍN (La Ley 2008, 267052).

⁵ Consentimiento del marido por escrito y en documento público o disposición testamentaria: exigencia formal. Así, por ejemplo, el AAP de Barcelona de 16 de septiembre de 2004, o el auto del Juzgado de Primera Instancia número 17 de Valencia de 29 de octubre de 2004. El mencionado en primer lugar señalaba: «De la dicción de tal precepto podemos deducir que la utilización del material genético del cónyuge o varón no unido por vínculo matrimonial fallecido, la condiciona la Ley al cumplimiento de los requisitos siguientes: 1) que haya expresado su consentimiento en escritura pública o testamento, es decir, de forma indubitada, con intervención de un fedatario público que así recoja y constate dicha autorización; 2) que sea utilizado dentro de los seis meses siguientes a su fallecimiento, periodo temporal en el que la mujer deberá expresar su voluntad receptiva al respecto, ya que evidentemente su inseminación con el semen identificado del que fue su marido o pareja requiere la bilateralidad; 3) dicho consentimiento es un acto personalísimo, que no puede ser suplido por los herederos del cónyuge o pareja premuerta, y 4) que es sustancialmente revocable, en cuanto la Ley señala que podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de tales prácticas, siendo obvio que en tal caso la inseminación no puede tener lugar».

⁶ MAGRO SERVET, Vicente: Solicitud de autorización judicial para inseminación artificial procedente de persona fallecida a su pareja. La “fecundación *post mortem*”, *Práctica de Tribunales*, núm. 115, julio-agosto de 2015, Editorial Wolters Kluwer (La Ley 2015, 4631).

⁷ Expediente en el que tras oír a los afectados por esta decisión (ascendientes del fallecido, hijos y hermanos si los hubiere) resolverá el Juez sobre ello y si hay oposición se convertirá el expediente en contencioso para resolverse por los cauces del juicio ordinario. En cualquier caso, el Juez exigirá la existencia del consentimiento del fallecido a ello, o la presunción de que así es en los términos antes indicados.

⁸ AAP Sección 7.^a, de 23 de diciembre de 2003, rec. 766/2003. Desestimación de la AP de Valencia de la autorización judicial de inseminación artificial.

⁹ SAP de Sevilla, Sección 2.^a, Sentencia 632/2014 de 22 de diciembre de 2014, Rec. 3947/2014. Ponente: Sebastián MOYA SANABRIA (La Ley 2014, 238159).

¹⁰ Información que resulta de muy fácil comprensión cuando hay una falta de correspondencia biológica del futuro hijo con el varón que presta el consentimiento, por ser el preembrión a implantar producto de la donación de semen de un tercero. «Partiendo de esta premisa, es irrelevante que no se recabara una segunda firma del demandante en junio de 2010, cuando el embrión fue finalmente transferido a la gestante ya que, como explicó en el acto del juicio verbal Don Nicanor, en su anterior ciclo menstrual no se llegó siquiera a la descongelación de preembriones, al no presentar D.^a Milagrosa las adecuadas condiciones. Es decir, no hubo dos tratamientos sino uno solo, en el que la descongelación y transferencia de preembriones a las que se prestó consentimiento por ambos litigantes tuvo lugar en un segundo ciclo menstrual, por circunstancias que resultan irrelevantes a los efectos que nos ocupan».

¹¹ SAP de Alicante, Sección 6.^a, Sentencia 277/2014 de 23 de diciembre de 2014, Rec. 553/2014. Ponente: José María RIVES SEVA (La Ley 2014, 236457).

¹² Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Valladolid, Auto de 12 de diciembre de 2007, Proc. 958/2007. Ponente: Luis PUENTE DE PINEDO (La Ley 2007, 358160).

¹³ AAP de Valencia, Sección 7.^a, Auto 273/2003 de 23 de diciembre de 2003, Rec. 66/2003. Ponente: María Pilar Eugenia CERDÁN VILLALBA (La Ley 2003, 217310).

¹⁴ Donde solo se indicó que «La pérdida de embriones y la imposibilidad de reiniciar de nuevo el ciclo, ha causado a la paciente un daño moral irreparable, si tenemos en cuenta que deseaba la gestación de un hijo con material reproductor de su esposo fallecido y ya no queda muestra criopreservada de ese material. La paciente no deseaba ser madre sin más, lo que realmente anhelaba era tener un hijo de su esposo fallecido. Eso ya nunca podrá suceder».

¹⁵ GÁMIZ SANFELIU, Marta: Reflexiones sobre la fecundación *post mortem*. Cuestiones interpretativas del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Repro-

ducción Humana Asistida, *Actualidad Civil*, núm. 10, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 de mayo de 2009, p. 1163, tomo 1, Editorial La Ley. (La Ley 2009, 11701).

¹⁶ «Según el informe del Jefe del Servicio de Mantenimiento del Hospital La Paz obrante a los folios 12 y siguientes del expediente administrativo, resulta que los preembriones obtenidos en la fecundación *in vitro* de doña María Rosario se guardaban en un contenedor criogénico de 26 litros de capacidad, fabricado en aluminio y aislado mediante una cámara de vacío; el contenedor disponía de una boca de 89 mm con una capa aislante compuesta de un polímero y una caperuza metálica que permitía proteger la apertura mediante un candado; el equipo trabajaba a presión atmosférica y la tapa aislante no tenía un cierre hermético. No se realizaba ningún tipo de mantenimiento preventivo, por considerarse que el recipiente carecía de mecanismos y partes móviles que debieran ser revisadas y porque no llevaba alimentación y conexión a ningún tipo de instalación».

¹⁷ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 10 de octubre de 1998, Rec. 1496/1994. Ponente: Antonio GULLÓN BALLESTEROS (La Ley 1998, 9746). Amputación de mano derecha. Conservación en hielo sintético por cambio de recipiente realizado por un tercero. Conducta negligente de la enfermera demandada. Fracaso del reimplante. Imputación de pérdida de unas expectativas.

¹⁸ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 5 de julio de 1991. Ponente: José Luis ALBÁCAR LÓPEZ (La Ley 1058-JF/0000). Obligación de acreditar su correcta actuación en el desempeño de su función de asesoramiento jurídico.

STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 4 de febrero de 1992, Rec. 2618/1989. Ponente: Jesús Marina MARTÍNEZ-PARDO (La Ley 1992, 13898). Desconocimiento de normas profesionales del letrado encargado de la defensa del litigio.

STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 11 de octubre de 1997, Rec. 3367/1990. Ponente: Francisco MORALES MORALES Responsabilidad civil de corredor colegiado de comercio por no aseguramiento de la legitimidad de las firmas estampadas en póliza de préstamo por él intervenida.

«El deber de defensa judicial debe ceñirse al respeto de la *lex artis* [reglas del oficio], esto es, de las reglas técnicas de la abogacía comúnmente admitidas y adaptadas a las particulares circunstancias del caso. La jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de este tipo de actividad profesional del abogado. Se han perfilado únicamente a título de ejemplo algunos aspectos que debe comprender el ejercicio de esa prestación: informar de la gravedad de la situación, de la conveniencia o no de acudir a los tribunales, de los costos del proceso y de las posibilidades de éxito o fracaso; cumplir con los deberes deontológicos de lealtad y honestidad en el desempeño del encargo; observar las leyes procesales; y aplicar al problema los indispensables conocimientos jurídicos» (Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 552/2005 de 14 de julio de 2005, Rec. 275/1999. Ponente: Francisco MARÍN CASTÁN (La Ley 2005, 1682).

STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 22 de abril de 2013, Rec. 896/2009 (la Ley 2013, 66042). Pérdida de oportunidad procesal del cliente porque la abogada interpuso demanda sin solicitar la medida cautelar de anotación preventiva de la misma. Omisión por la abogada de la diligencia exigible en el desempeño de su cometido profesional, pues no aplicó los imprescindibles conocimientos jurídicos que hubieran evitado el perjuicio sufrido por el cliente.

STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 628/2011 de 27 de septiembre de 2011, Rec. 1568/2008. Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS (La Ley 2011, 228950). Hay responsabilidad civil de abogado, al haber negligencia profesional en el ejercicio de una acción de acceso a la propiedad en materia de arrendamientos rústicos históricos. Se produce una caducidad de la instancia por inactividad procesal durante tiempo superior a cuatro años.