

ARBITRABILIDAD DE LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS ENTRE LAS CLÍNICAS DE FERTILIDAD, MÉDICOS Y PACIENTES POR PROCEDIMIENTOS DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA



EURIBEL CANINO*

Resumen: Cuando hablamos de la responsabilidad de los médicos derivadas de su ejercicio profesional, de manera automática la asociamos a demandas civiles en tribunales ordinarios e incluso penales, asumiendo que en todo caso estas conductas son siempre imputables al profesional de la salud y que merecen sanciones morales, disciplinarias y penales, pero dejamos de lado la posibilidad de ejercer acciones que impliquen sanciones económicas o administrativas para estos, excluyendo también la posibilidad de solucionar los conflictos a través de otros mecanismos distintos a la jurisdicción ordinaria, que permitirían llegar a acuerdos extrajudiciales en aquellos casos donde la controversia no verse en torno a la comisión de algún delito.

No obstante, surge la duda si es posible celebrar contratos entre los centros de salud, médicos y pacientes, y si es posible que las partes puedan someter las controversias surgidas de estas relaciones a arbitraje o cualquier otro medio alternativo de resolución de conflictos.

Title: Arbitrability of service contracts between fertility clinics, physicians and patients for assisted reproductive technology procedures.

Abstract: When we talk about the responsibility of doctors derived from their professional practice, we automatically associate it with civil lawsuits in ordinary and even criminal courts, assuming that in any case these behaviors are always attributable to the health professional and that they deserve moral sanctions, disciplinary and criminal, but we

* Abogada egresada de la Universidad Católica Andrés Bello. Especialista en Derecho Mercantil de la Universidad Católica Andrés Bello. Cursante del Programa de Estudios Avanzados en Arbitraje (PREAA) de la Universidad Monteávila. Subdirectora del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas.

set aside the possibility of taking actions that imply economic or administrative sanctions for them, also excluding the possibility of solving conflicts through mechanisms other than ordinary jurisdiction, which would allow reaching out-of-court agreements in those cases. Where the controversy does not revolve around the commission of a crime.

However, the question arises as to whether it is possible to enter into contracts between health centers, doctors and patients, and whether it is possible that the parties may lead some of the disputes arising from these relationships to arbitration or any other alternative means of conflict resolution.

Palabras Claves: Arbitraje, fertilidad, contratos.

Keywords: Arbitration, fertility, contracts.

INTRODUCCIÓN

Cada vez es más frecuente que las personas acudan a centros de reproducción asistida con la finalidad de lograr concebir un hijo, pero también se ha hecho frecuente ver algunas noticias donde en clínicas de fertilidad cambiaron los embriones de uno de los pacientes por otros y los padres desean demandar a dicho centro asistencial.

Esta situación nos lleva a plantearnos la posibilidad de las partes de acudir a la vía arbitral para demandar la responsabilidad civil derivada de inadecuados manejos de los centros de reproducción asistida del material genético de sus pacientes, por lo cual resulta determinante analizar en caso de ser posible, que aspectos podrían ser demandados en arbitraje y cuáles serán de exclusivo conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

En este trabajo analizaremos la relación jurídica existente entre el médico y el paciente, así como la relación jurídica que existe entre los centros de salud y los pacientes, con el objeto de determinar la arbitrabilidad o no, y en dado caso, limitar la relación contractual a los aspectos arbitrables.

La importancia de la posibilidad de acudir a arbitraje para solucionar conflictos derivados de incumplimientos de esta índole obedece a la necesidad de las instituciones arbitrales adecuarse a las nuevas realidades y contextos sociales que vivimos, facilitando a las partes soluciones expeditas a los conflictos surgidos.

I. ASPECTOS CONTRACTUALES DE LA RELACIÓN MÉDICO PACIENTE

Cuando pensamos en la relación médico-paciente o en la relación que existe entre los centros de salud, la creencia común es que al tratarse de una relación transitoria y, en muchos casos fortuita, no estamos ante una relación contractual. Sin embargo, cuando analizamos a fondo la naturaleza de tales relaciones observamos la existencia de una prestación de servicio, esto se evidencia de la definición del ejercicio profesional del médico contenida en la Ley del Ejercicio de la Medicina según el cual la actividad del profesional de la salud consiste en la prestación de atención médica orientada a promover la salud, prevenir enfermedades, reducir factores de riesgo, realizar diagnósticos, así como suministrar los tratamientos que considere adecuados al paciente o caso en concreto.¹

Aunado a lo anterior, cuando nos referimos a los Centros de Salud podemos destacar la disposición de la Ley Orgánica de Salud, que en el capítulo III referido a la atención médica establece que la atención de salud será prestada por establecimientos que cuenten con los servicios de atención correspondientes, que atendiendo al grado de complejidad podrá ser un nivel de atención básico o especializado.²

Resulta evidente que, tanto la institución de salud como los médicos tratantes, prestan un servicio a cambio de una contraprestación de

¹ Artículo 2. A los efectos de esta Ley, se entiende por ejercicio de la medicina la prestación de atención médica preventivo-curativa a la población, por parte de los profesionales médicos y médicas, mediante acciones encaminadas a la promoción de la salud, prevención de enfermedades, reducción de los factores de riesgo, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno, restitución de la salud y rehabilitación física o psico-social de las personas y de la colectividad en los ámbitos familiar, comunitario, laboral y escolar; la determinación de las causas de muerte; el peritaje y asesoramiento médico-forense, así como la investigación y docencia en las ciencias médicas. Ley del Ejercicio de la Medicina. Gaceta Oficial N° 39.823, del 19 de diciembre de 2011.

² Artículo 28.- La atención integral de la salud de personas, familias y comunidades, comprende actividades de prevención, promoción, restitución y rehabilitación que serán prestadas en establecimientos que cuenten con los servicios de atención correspondientes. A tal efecto y de acuerdo con el grado de complejidad de las enfermedades y de los medios de diagnóstico y tratamiento, estos servicios se clasifican en tres niveles de atención. Ley Orgánica de Salud. Gaceta Oficial N° 36.579 de fecha 11 de noviembre de 1.998.

carácter económico, dicha prestación de servicio variará atendiendo a las circunstancias particulares de cada paciente que acude al centro de salud o al médico tratante.

Ahora bien, resultaría importante determinar si al referirse el legislador a la prestación de atención médica podría esto equipararse a un contrato de prestación de servicio, y en consecuencia, aplicar el régimen jurídico de los contratos en Venezuela al ejercicio profesional del médico o del centro de salud.

En cuanto al contrato de prestación de servicios, es importante citar la definición de la doctora Claudia Madrid Martínez en el libro *Derecho de las Obligaciones en el Nuevo Milenio*, la cual establece lo que a continuación se transcribe:

A pesar de la evidente heterogeneidad de la noción de servicio, podemos extraer ciertos caracteres comunes. En primer lugar destaca que se trata de una actividad, es decir, de un hacer. Tal actividad debe ser necesariamente desarrollada de manera independiente; de allí la nota de profesionalidad presente en el servicio, por lo cual esta noción es de gran importancia para su concepto. Comúnmente, se entiende por profesional toda persona que, en virtud de un título de idoneidad, se dedica a servir una profesión al público, como sucede con los médicos, abogados, notarios, peluqueros, arquitectos, mecánicos, etc. El título de idoneidad refiere los especiales conocimientos que ha de tener una persona para poder prestar un servicio. Es profesional entonces quien por profesión o hábito desempeña una actividad que constituye su principal fuente de ingresos.

Siendo generalmente el prestador de servicios un profesional, se le reconoce cierta discrecionalidad, lo cual se traduce, a su vez en el reconocimiento de su autonomía para que, dentro de ciertos límites, este concrete el servicio a prestar, es decir, para que decida cuál, cómo y cuándo adoptará una resolución y no otra en orden a la prestación del servicio.³

³ Madrid Martínez, Claudia. «Breves consideraciones sobre la responsabilidad civil derivada de la utilización de servicios en el derecho venezolano», en *Derecho de las Obligaciones en el Nuevo Milenio*. (Caracas, Venezuela/Academia de Ciencias Políticas y Sociales, y, Asociación Venezolana de Derecho Privado, 2007), 505-506.

Asimismo, la doctora Claudia Madrid Martínez define el servicio como:

Un servicio es toda actividad profesional –obligación de hacer– prestada de manera independiente, por personas naturales o jurídicas, sean estas de carácter público o privado, que no tengan por objeto directo y exclusivo la fabricación de bienes muebles, el traslado o cesión de derechos reales o intelectuales, sino que más bien genere principalmente derechos de crédito, y realizada a título oneroso. La gratuidad y destino final serán considerados a los efectos de la aplicabilidad del Derecho de Consumo.⁴

De las definiciones ut supra citadas, resulta evidente concluir que tanto la actividad del médico como de los centros de salud pueden fácilmente ser consideradas contratos de prestación de servicios, toda vez que realizan una obligación de hacer -que a grandes rasgos podrán mencionarse el diagnóstico de patologías, tratamiento de las mismas, prevención de enfermedades y restitución de la salud- y tal obligación de hacer es realizada por estos a título oneroso.

Dicho esto, es menester aclarar que el contrato de prestación de servicios es un contrato innominado, y por ende le son aplicables las disposiciones de nuestro Código Civil venezolano, el cual establece en el artículo 1.140, que todos los contratos que tengan denominación especial o no están sometidos a las reglas generales establecidas en el título III de dicho código.⁵

Ahora bien, otro punto que debe ser aclarado a los fines de determinar el alcance de la obligación del médico o de la institución, y por ende de su responsabilidad, es necesario determinar si estamos ante una obligación de hacer de medios o de resultados.

Hay quienes afirman que se trata de una obligación de medio, toda vez que el profesional de la salud se compromete a suministrar sus cuidados y procura obtener un diagnóstico oportuno y seguro, limitando su actuación siempre a intentar realizar su actividad de la forma más satisfactoria para el paciente, pero sin poder garantizarlo, pues en algunas ocasiones el éxito o no de su actuación podría recaer en el paciente. Por

⁴ Ibidem. 507.

⁵ Código Civil Venezolano. (Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982).

su parte, Aubín Urdaneta señala respecto a las obligaciones de hacer de los médicos:

El médico en su actividad profesional, a través de la prestación de sus servicios profesionales, asume con el paciente una obligación, la cual, dentro de la clasificación general de las obligaciones es considerada una obligación de medio y no de resultado. Esto es, que el médico se compromete a suministrar sus más solícitos cuidados en procura de obtener un oportuno y seguro diagnóstico. Entonces, podría aplicar un tratamiento efectivo y adecuado, cuando el paciente así lo consienta, tomando entonces todas las precauciones que la ciencia y la práctica profesional general le recomiendan.⁶

Para concluir la sección I de este trabajo de investigación, es necesario mencionar que no es necesario la existencia de un contrato formal o escrito para aplicar las disposiciones comunes a los contratos establecidas en el Código Civil venezolano como ya fue explicado con anterioridad, ya que de acuerdo al criterio doctrinario de Melich-Orsini la regla propia del derecho moderno es que los contratos se perfeccionan con el simple consentimiento de las partes, sin que sea requerido el cumplimiento de alguna formalidad o exigencia para ello,⁷ es por ello, que podemos afirmar que existe el contrato de prestación de servicios entre el médico y el paciente, o el centro de salud y el paciente, aunque el mismo no conste en un documento escrito y autenticado.

II. PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LAS CLÍNICAS DE FERTILIDAD Y EL CONSENTIMIENTO MÉDICO INFORMADO

En los últimos años las clínicas de fertilidad han tenido un auge importante, siendo cada vez más las personas que recurren a sus servicios, ya que en estas instituciones no solo se realizan procedimientos de re-

⁶ Aubín Urdaneta Morales. «El daño médico y su responsabilidad derivada: implicaciones civiles y penales.» *Anuario de Derecho* N° 32. (2015): 167, doi: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/ANUARIOULA/32/ANUARIOULA_2015_32_165-183.pdf

⁷ Melich-Orsini, José. *Doctrina General del Contrato* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas, 2017), 41.

producción asistida como lo son la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro, sino que además, ofrecen otra serie de servicios como lo son el acceso a bancos de semen, bancos de óvulos, vitrificación de embriones, servicios de embrioadopción o embriodonación, ovodonación, donación de semen, procedimientos de vitrificación ovular y vitrificación de espermatozoides, que pueden ser conocido también como técnicas de criopreservación.⁸

La razón de ser de estas dos últimas técnicas, es que cada día son más las personas que deciden retrasar la decisión de ser padres, y acuden a estas nuevas técnicas con el fin de asegurar que llegado el momento de querer iniciar una familia puedan recurrir a su material genético previamente conservado en estas instituciones. Asimismo, los Centros de Fertilidad proveen acceso a bancos de óvulos, semen y embriones, a aquellas personas que por diversos motivos tienen problemas para de manera natural concebir un hijo.

Ahora bien, estos servicios que suelen tener costos elevados son realizados por clínicas especializadas, pero en muchas de estas instituciones suelen suministrar a las partes para su firma consentimientos médicos informados, y no contratos escritos contentivos de las cláusulas que rigen la relación entre el centro de salud, el médico y el paciente, considerando que todos estos juegan un rol fundamental dentro del proceso que persigue como fin último la concepción y feliz término del embarazo.

El consentimiento médico informado ha sido promovido con la intención de disminuir el número de demandas por mala praxis médica, y es generalmente definido como la aceptación del paciente del procedimiento a ser aplicado por el médico tratante. No obstante, podemos citar la definición que hace el Comité de Bioética de Cataluña, según la cual:

El consentimiento informado (CI) tiene que entenderse como la aceptación por parte de un enfermo competente de un procedimiento diagnóstico o terapéutico después de tener la información adecuada para implicarse libremente en la decisión clínica.

⁸ FERTILAB, acceso 29 de julio de 2021, http://www.fertilab.net/fertilab/nosotros/quienes_somos_1

Los requisitos básicos son: libertad, competencia e información suficiente. Por lo tanto, tiene que entenderse como fruto de la relación clínica, siempre basada en dos pilares insustituibles e inconfundibles: la confianza y el proceso de información más o menos complejo. Tendría que favorecer la comprensión del procedimiento propuesto, decir en qué consiste, las alternativas posibles, la oportunidad y los resultados esperados (con beneficios, secuelas y riesgos), con el fin de llegar a una decisión, ya sea de elección, de aceptación o de rechazo.⁹

Por su parte, para la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, conocida por sus siglas REDLARA, el consentimiento informado en técnicas de reproducción no consiste en una mera aceptación, ellos señalan que:

El Consentimiento informado en Técnicas de Reproducción Asistida tiene un doble objetivo:

1. Dar apoyo para que la pareja tratada tenga conocimiento y comprenda todo aquello a lo que se va a someter y pueda tomar decisiones informada.
2. Servir de respaldo para el equipo de profesionales del centro que interviene, en el sentido de haber informado a la pareja en relación a costos y beneficios del tratamiento.

La noción de Consentimiento no se reduce a un formato de aceptación, si no que contempla el proceso de adquisición de información por parte de la pareja con el propósito de poder tomar una decisión respecto a su participación en un tratamiento con Técnicas de Reproducción Asistida.¹⁰

En este sentido, es preciso señalar que la Red Latinoamericana de Reproducción asistida (REDLARA) antes mencionada, es una institución científica y educacional fundada en 1.995, que agrupa a más del noventa por ciento de los centros que realizan técnicas de reproducción asistida en Latinoamérica.¹¹ Dicha institución con ocasión a la celebra-

⁹ Comité de Bioética de Cataluña, *Guía Sobre el Consentimiento Informado* (Cataluña: 2002), 8.

¹⁰ Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, «Formularios de Educación y Consentimiento en Procedimientos de Reproducción Asistida» (2001): acceso el 29 de julio de 2021, <https://redlara.com/images/arq/Consentimientos%20informados.PDF>

¹¹ REDLARA, acceso el 29 de julio de 2021, <https://redlara.com/Default.asp?>

ción del IV Taller de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida realizado en el año 2.000 en Brasil, comenzó a elaborar consentimientos informados para las distintas técnicas de reproducción asistida con el fin de unificar los distintos criterios existentes al respecto, tales documentos hoy día son usados por las instituciones médicas que forman parte de esta RED y se encuentran acreditadas por ella.

En Venezuela, contamos con seis instituciones de salud que prestan servicios de técnicas de reproducción asistida afiliados y acreditados a REDLARA, a saber, la Clínica de Fertilidad del Centro Médico Docente La Trinidad, EMBRIOS Centro de Fertilidad y Reproducción Humana Asistida, FERTILAB Venezuela, Instituto Venezolano de Fertilidad, Laboratorio In Vitro Venezuela - Clínica Falcón, y, Unidad de Fertilidad Dr. Isaac Benjamín y Dr. Jorge Lerner, Clínica El Ávila.¹² En la mayoría de los casos, estos centros de fertilidad adoptaron los consentimientos informados de REDLARA que se encuentran a disposición de estos y a cuyo formato puede accederse en la página web de esta institución.

No obstante, considerando que la labor de estos centros de fertilidad resulta de tanta complejidad y responsabilidad, nos lleva a plantearnos si es posible que en lugar de adoptar los consentimientos informados, las clínicas de fertilidad celebren contratos de prestación de servicios con los pacientes que acuden solicitando la evaluación, diagnóstico y posible técnica de reproducción asistida de acuerdo a las circunstancias propias de cada caso, ya que en sí misma, la labor de estas instituciones y sus doctores es la prestación de un servicio, que podría ser regido por un contrato con cláusulas redactadas de tal manera que pudiesen ser protegidos aspectos importantes de esta relación entre las partes, como lo sería la confidencialidad y la protección del material genético de los pacientes con el cuidado requerido para ello.

Difícilmente podría concluirse que los consentimientos informados utilizados por doctores y centros de salud son contratos, pues tanto en el caso del doctor y el paciente se trata de una declaración de estas donde aceptan conocer la situación de salud o el procedimiento médico a utilizar, para de alguna manera, proteger el ejercicio profesional del

¹² REDLARA, acceso el 30 de julio de 2021, https://redlara.com/quem_somos.asp?MYPK3=-Centros¢ro_pais=Venezuela

médico, y no un contrato en el que las partes indican el procedimiento al que se someten, las condiciones pactadas, y la contraprestación correspondiente.

Ahora bien, al hacer un análisis del ordenamiento jurídico venezolano no encontramos leyes dictadas acerca de los procedimientos de reproducción humana, ni de los recursos que tienen las partes ante las clínicas por errores cometidos en la aplicación de estas técnicas, si la institución viola el acuerdo no escrito de anonimato de los donantes de óvulos o semen, o -aunque sin ánimos de alejarnos del espíritu de este trabajo que es sobre materias susceptibles de ser pactadas en un contrato-, no existen normas en el ordenamiento jurídico venezolano que regule si los embriones entrarían en la repartición de bienes con motivo a la disolución de la comunidad conyugal en caso de divorcio de una pareja que decidió someterse a una técnica de reproducción asistida y congeló sus embriones, o normas relativas a la disposición del material genético en caso de que el paciente quede inhabilitado o fallezca.

En el año 2006 el Tribunal Supremo de Justicia en el caso Yamilex Coromoto Núñez de Godoy Vs. Grupo Médico de Fertilidad, C.A. del Centro Médico Docente La Trinidad, en el cual se disputaba el uso del semen de su esposo fallecido quien antes de iniciar un tratamiento de salud que podía comprometer su fertilidad decidió someterse a la técnica de reproducción asistida de vitrificación de espermatozoides ante el Centro Médico Docente la Trinidad con la intención de superada la enfermedad iniciar un proceso de fertilización in vitro con su esposa, sin embargo, el esposo falleció sin hacer uso de los espermatozoides y quedaron las muestras congeladas en la institución, la causante quería hacer uso de ellos a través de un procedimiento de fertilización in vitro pero la clínica de fertilidad se negó a esto, alegando que el causante no había dejado un consentimiento firmado donde permitiera el uso de su material genético en caso de fallecimiento. En este caso el Tribunal Supremo declaró parcialmente con lugar la acción intentada alegando lo siguiente:

2.- Declara PARCIALMENTE CON LUGAR la acción de amparo constitucional ejercida por YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ DE GODOY, contra el GRUPO MÉDICO DE FERTILIDAD C.A. del CENTRO MÉDICO DOCENTE LA TRINIDAD. En

consecuencia, se ordena completar el CICLO DE FERTILIZACIÓN IN VITRO en la persona de YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ, a instancias de ella, con la muestra espermática del causante D.J.G.M., cumpliendo rigurosamente con todos los extremos exigidos para tal fin, incluyendo un estudio de cromosomas de la muestra espermática criopreservada, si así lo estima la actora, la cual será realizada por el Instituto de Medicina Experimental de la Universidad Central de Venezuela, por medio del Laboratorio de Genética Humana y Experimental, a las solas expensas de la ciudadana YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ DE GODOY.

3.- Aunque es competencia natural de los Tribunales de Primera Instancia de Familia o de Niños y Adolescentes, a quienes correspondería esta declaración, esta Sala por haberse subrogado en los Tribunales nombrados, debido al avocamiento, reconoce la filiación de hijo matrimonial de quien naciere de esta reproducción asistida, y ordena su inscripción en el Registro del Estado Civil, con tal condición.

4.- Se fija un lapso de cuatro meses para que la accionante decida si la fecundación in Vitro se la practica el Grupo Médico de Fertilidad C.A. u otra institución médica a la cual trasladará la muestra de semen que deberá ser entregada por la parte accionada; o simplemente desista de practicarse dicha técnica de reproducción asistida, en cuyo caso deberá desecharse dicha muestra.¹³

Esta sentencia a pesar de alejarse un poco del tema de investigación de este trabajo, es de gran importancia para las técnicas de reproducción asistida, porque da respuesta a la interrogante de ¿Quién dispone de las muestras que permanecen en los centros de fertilidad en caso de fallecimiento de la persona que firmó el consentimiento?, pero a su vez, nos anima a pensar que por ser una materia relativamente reciente y con poca regulación jurídica en el país requiere una regulación normativa, doctrinaria y contractual propia que permita ajustarse con un poco de flexibilidad a cada caso particular.

¹³ Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional, Sentencia N° 1456 del 27 de julio de 2006, caso: Yamilex Coromoto Núñez de Godoy Vs. Grupo Médico de Fertilidad, C.A. del Centro Médico Docente La Trinidad.

Retomando el punto central de esta sección del trabajo de investigación, considero que por la naturaleza de la obligación pactada por las instituciones y aún más, por la escasa regulación normativa que existe en la materia, se hace necesario plantearnos la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicio entre las clínicas de fertilidad, el médico tratante y el paciente.

Es preciso recordar que las técnicas de reproducción asistida persiguen un fin específico, el cual es concebir un hijo, y al ser la familia una institución particularmente protegida por nuestra carta magna,¹⁴ debemos ser especialmente cautelosos con los aspectos que pueden ser regulados en un posible contrato, esto en el entendido que no podrían ser incluidas cláusulas que sean contrarias a las normas de orden público.

En este sentido, podemos citar al doctor Ramón Escovar León cuando explica que *el orden público interno se encuentra en todas aquellas disposiciones imperativas del ordenamiento jurídico cuya aplicación no es disponible por la voluntad de los particulares*.¹⁵ De lo antes citado podemos concluir que los contratos que sean celebrados por las partes no podrían de manera alguna establecer cláusulas donde se modificasen el contenido de estas normas, pues al ser catalogadas como normas de orden público no están sujetas a la autonomía de la voluntad y por ende no pueden ser relajadas.

Dicho esto, sería útil plantearnos que aspectos sí pueden ser regulados en estos contratos de prestación de servicio. De manera general, los contratos celebrados entre las clínicas, doctores y pacientes deben regular todos aquellos aspectos relevantes para la realización de su actividad, tales como el tratamiento elegido por el paciente, el precio del

¹⁴ Artículo 75. El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la patria potestad. (Omissis). Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5453 Extraordinario del 24 de marzo de 2000. Con enmienda N° 1 del 15 de febrero de 2009. Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

¹⁵ Escovar Alvarado, Ramón, «El Arbitraje Comercial frente a la Responsabilidad Civil Extra-Contractual», en *Derecho de las Obligaciones, Homenaje a José Melich-Orsini* (Caracas, 2012), 529.

tratamiento o los costos de mantenimiento en casos de criopreservación, las partes que pueden disponer del material genético en caso que alguno de ellos quede inhabilitado, el plazo de duración del tratamiento, y en casos de criopreservación el plazo durante el cual la clínica de fertilidad se compromete a conservar y proteger el material genético, debido a lo delicado de la materia podrían ser incluidas cláusulas de confidencialidad, y sin duda, en los casos de donantes de esperma, óvulos o embriones deben ser incluidas cláusulas de protección de la información del paciente donante, o de anonimato.

III. ARBITRABILIDAD DE LAS CONTROVERSIAS DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS CENTROS DE FERTILIDAD.

Para pasar a analizar el último punto de este trabajo, analizaremos dos casos hipotéticos donde si bien se tratan temas que podrían estar vinculados al derecho a familia o la patria potestad, también tenemos derechos económicos, como lo sería el resarcimiento por daños y perjuicios.

La primera hipótesis versaría sobre ¿Qué sucedería si una pareja acude a un centro de fertilidad para solicitar uso de los bancos de semen, óvulos o embriones y la clínica de fertilidad les indica quien es el donador de la muestra genética luego de realizar el procedimiento elegido, cuando se trataba de una donación anónima?

Otra de las situaciones hipotéticas que podemos ejemplificar en este trabajo, sería el caso de una pareja que acude a un centro de fertilidad para intentar un procedimiento de fertilización in vitro con material genético de ambos, pero por error del Centro de Fertilidad desecha la muestra médica del esposo y utiliza muestras del banco de semen, la pareja se entera de la sustitución y quieren demandar a la clínica por incumplimiento de contrato, pues ellos especificaron que querían utilizar el material genético de ambos, ¿podrían acudir a arbitraje para demandar el incumplimiento?

Para poder dar respuestas a estas hipótesis, debemos enfatizar que en este trabajo de investigación hemos concluido que tanto las clínicas de fertilidad como los doctores prestan un servicio, y en consecuen-

cia, estamos ante un contrato innominado de prestación de servicio de técnicas de reproducción asistidas. No obstante, la sola existencia del contrato no implica que las controversias derivadas del incumplimiento de alguna de las cláusulas del mismo puedan ser resueltas mediante arbitraje o algún otro método de resolución de conflictos, para ello sería necesario el acuerdo de las partes de someterse a arbitraje.

Ahora bien, para que las partes puedan celebrar un acuerdo arbitral válido, es necesario analizar si estas controversias podrían ser arbitrables y los aspectos que pueden ser sometidos a la jurisdicción arbitral, esto en el entendido que hay aspectos que por su propia naturaleza son competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria.

Para dar respuesta a esta interrogante es necesario precisar algunos aspectos en cuanto a la arbitrabilidad de las controversias y al acuerdo arbitral.

En cuanto a si la materia objeto del contrato es arbitrable o no, nos estamos refiriendo a la arbitrabilidad objetiva de la controversia. Sobre este particular, el doctor Ramón Escovar Alvarado explica que la arbitrabilidad objetiva está referida al campo y a los límites de los tópicos que pueden ser sometidos a arbitraje.¹⁶ Asimismo, el doctor Escovar Alvarado¹⁷ indica que los tribunales arbitrales pueden conocer y decidir las mismas controversias que pueden ser conocidas por los tribunales mercantiles.

Ahora bien, la Ley de Arbitraje Comercial en el artículo 3 establece que podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir.¹⁸

De lo antes expuesto, se evidencia que el arbitraje se limita a dos aspectos, el primero aspecto es que el arbitraje debe versar sobre materias que pueden ser objeto de transacción, y, en segundo lugar, pueden ser conocidas por los tribunales arbitrales aquellas materias que pueden ser sometidas a la jurisdicción mercantil, esto último, ya que debemos recordar que las materias relativas al estado civil, filiación y capacidad de las personas son de competencia exclusiva de los tribunales civiles, estas no son transigibles, y en consecuencia, no pueden ser arbitradas.

¹⁶ *Ibidem*, 528.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta Oficial N° 36.430 del 7 de abril de 1998.

En lo que respecta al Acuerdo Arbitral, es necesario hacer algunas precisiones acerca de la naturaleza de este acuerdo y acerca de las formalidades exigidas por Ley a las partes para la validez de este tipo de acuerdos.

En primer lugar, debemos recordar que el acuerdo arbitral se fundamenta en la autonomía de voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje, renunciando de esta manera a que estas puedan ser demandadas ante la jurisdicción ordinaria, de allí que la doctrina defina el acuerdo de arbitraje como un contrato, independientemente que este sea redactado de manera separada o contenido en una cláusula dentro del contrato principal.

A los fines de profundizar sobre la naturaleza contractual del acuerdo arbitral, es importante aclarar que diversos autores venezolanos se refieren de manera indistinta a los términos Acuerdo Arbitral o Contrato de Arbitraje Comercial. Aclarado esto, citaremos la definición del doctor Luis Alfredo Araque sobre el contrato de arbitraje comercial:

El contrato de arbitraje, que llamaremos a efectos del presente trabajo, y según la terminología universalmente aceptada, el Acuerdo de Arbitraje y/o Cláusula de Arbitraje o Compromisoria, es un contrato en el cual sus partes se comprometen a someter a decisión de árbitros la delimitación de los derechos y obligaciones disponibles y controvertidos, surgidos o que puedan surgir entre ellas con motivo de un contrato diferente al propio acuerdo de arbitraje o de una obligación de índole extracontractual. El acuerdo incluye, además, la obligación de abstenerse de plantear tales conflictos ante la jurisdicción ordinaria, y el consentimiento expreso e irreversible que dará lugar a la contratación futura de los árbitros y del Centro de Arbitraje cuando el arbitraje es pactado como institucional.¹⁹

Esta definición del doctor Araque es cónsona con el artículo 5 de la Ley de Arbitraje Comercial antes citada, el cual establece la posibilidad de que el acuerdo de arbitraje consista en una cláusula incluida en un contrato o en un acuerdo independiente.

¹⁹ Araque, Luis Alfredo, *Manual del Arbitraje Comercial* (Caracas, 2011), 41.

Dicho esto, es preciso señalar que por tratarse el acuerdo arbitral de un contrato, y considerando que la Ley de Arbitraje Comercial no hace mención acerca de los requisitos relativos a la capacidad para celebrar el acuerdo, se deben aplicar las mismas condiciones aplicables a cualquier contrato de acuerdo a nuestro código civil, por ello, autores como Luis Alfredo Araque, Carlos Eduardo Acedo, Gilberto Guerrero-Rocca y Pedro Planchart Pocaterra consideran que cualquier persona natural o jurídica puede celebrar un contrato por sí misma a menos que alguna norma legal disponga otra cosa, asimismo, señalan que cuando se trata de personas naturales sometidas a incapacidades o limitaciones, se puede requerir a representación o asistencia legal que corresponda y además, en muchos casos, una autorización judicial previa cuando el acto que se pretende realizar exceda la simple administración.²⁰

De lo expuesto, se concluye que el acuerdo arbitral es un contrato celebrado por las partes, que puede formar parte de un contrato principal o independiente, para el cual se requiere el consentimiento inequívoco otorgado por las partes de someter sus controversias a la decisión de uno o más árbitros.

Por último, respecto a la formalidad del acuerdo arbitral, la Ley de Arbitraje Comercial dispone en el artículo 6 lo siguiente:

Artículo 6°. El acuerdo arbitral deberá constar por escrito en cualquier documento o conjunto de documentos que dejen constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula arbitral, constituirá un acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

En los contratos de adhesión y en los contratos normalizados, la manifestación de voluntad de someter el contrato a arbitraje deberá hacerse en forma expresa e independiente.

De la redacción del artículo ut supra citado, se evidencia que para poder hacer valer el acuerdo arbitral y resolver las controversias suscitadas mediante arbitraje, el acuerdo debe constar por escrito, toda vez

²⁰ Araque, Luis Alfredo et al., «El Acuerdo de Arbitraje», en *El Arbitraje en Venezuela, Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial* (Caracas, 2013), 169-170.

que es el documento que hace constar la voluntad inequívoca de las partes de someterse a arbitraje.

Si bien los contratos de prestación de servicio de los centros de fertilidad pueden establecer cláusulas arbitrales o redactar acuerdos de arbitraje independientes para aquellos aspectos de la relación susceptibles de transacción, resulta imprescindible que esta se haga constar por escrito, pero además, considerando que hay aspectos de la relación que como bien dijimos no pueden ser resueltos por la vía arbitral, deberá indicarse en el acuerdo arbitral en qué casos podrán las partes acudir a arbitraje para solucionar los conflictos surgidos.

A fin de dar respuesta al planteamiento inicial, actualmente pareciera que ante una situación similar donde el centro de salud incumple el acuerdo de anonimato las partes no pueden exigir el resarcimiento del daño, o solicitar una indemnización por la vía amigable, quedando solo la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria, siendo esto perfectamente arbitrable por tratarse de una materia que podría ser conocida por los tribunales mercantiles, pues la disputa versaría sobre una obligación de no hacer, la cual puede ser enfocada desde dos puntos de vista, por una parte la obligación de la clínica de fertilidad y del médico tratante de no revelar la información personal del donante de la materia genética al paciente, y, de otra parte, la obligación de la clínica de fertilidad de no revelar al donante los datos personales de la persona o pareja que hizo uso de la muestra genética. Situación similar ocurriría si la clínica de fertilidad incumpliera una cláusula de confidencialidad prevista en el contrato entre las partes, esto podría ser resuelto a través de mediación o arbitraje si contasen las partes con un acuerdo arbitral.

Por otro lado, es preciso señalar que actualmente las clínicas no cuentan con contratos que permitan a las partes demandar por incumplimiento de contrato, y mucho menos acudir a la vía arbitral, no obstante, si existiese el acuerdo arbitral en el caso hipotético en principio no existiría impedimento de las partes de demandar a la clínica por el incumplimiento e incluso a solicitar un resarcimiento por los daños ocasionados, siempre que la demanda no verse sobre los derechos de filiación del embrión fecundado, o la renuncia a la patria potestad en caso de feto nacido vivo, demandas que competen de forma exclusiva a la jurisdicción ordinaria.

IV. CONCLUSIONES

Actualmente, las partes que acuden a los centros de fertilidad no tienen mecanismos para hacer valer sus derechos antes estas instituciones. De igual modo ocurre con los centros de fertilidad, quienes en principio no tienen mecanismos idóneos para solucionar los conflictos que surgen por el incumplimiento de las partes en sus obligaciones, como sería el caso del pago de la contraprestación pactada. Por lo cual, a la hora de un eventual conflicto la solución aparente es resolver la relación entre ambos o acudir a la jurisdicción ordinaria.

Ante contrataciones como las planteadas en este trabajo, es necesario separar los aspectos mercantiles y los civiles, toda vez que las demandas por incumplimiento de cláusulas de confidencialidad, anonimato e incluso el resarcimiento por no cumplir con lo pactado en el contrato podría ser sometido a la jurisdicción arbitral sin mayor inconveniente.

Es por esto que se concluye que en las relaciones entre las clínicas de fertilidad y los pacientes, o, los médicos y los pacientes, o incluso entre la clínica, el médico y el paciente, se pueden celebrar contratos de prestación de servicios a fines de regular las obligaciones de ambas partes en las diversas técnicas de reproducción asistida, tales como el tratamiento elegido por el paciente, el precio del tratamiento o los costos de mantenimiento en casos de criopreservación, las partes que pueden disponer del material genético en caso que alguno de ellos quede inhabilitado, el plazo de duración del tratamiento, y en casos de criopreservación el plazo durante el cual la clínica de fertilidad se compromete a conservar y proteger el material genético, debido a lo delicado de la materia podrían ser incluidas cláusulas de confidencialidad, y sin duda, en los casos de donantes de esperma, óvulos o embriones deben ser incluidas cláusulas de protección de la información del paciente donante, o de anonimato; incluyendo acuerdos arbitrales entre las partes con el propósito de garantizarle a las partes que puedan resolver las controversias en plazos mucho más cortos y con un procedimiento flexible que les permita satisfacer sus pretensiones,

REFERENCIAS

- Araque Benzo, Luis Alfredo, Carlos Eduardo Acedo Sucre, Gilberto Guerrero-Rocca, y Pedro Luis Planchart Pocaterra. «El Acuerdo de Arbitraje.» En *El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial.*, 169-170. Caracas, 2013.
- Araque, Luis Alfredo. *Manual del Arbitraje Comercial.* Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2011.
- Cataluña, Comité de Bioética de. *Guía Sobre el Consentimiento Informado.* Cataluña, 2002.
- Escovar Alvarado, Ramón. «El Arbitraje Comercial Frente a la Responsabilidad Civil Extra-Contractual.» En *Derecho de las Obligaciones, Homenaje a José Melich-Orsini.*, 526. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012.
- Madrid Martínez, Claudia. «Breves consideraciones sobre la responsabilidad civil derivada de la utilización de servicios en el derecho venezolano.» En *Derecho de las Obligaciones en el Nuevo Milenio*, de Oscar Ochoa, y otros, 505-506. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, y Asociación Venezolana de Derecho Privado., 2007.
- Melich-Orsini, José. *Doctrina General del Contrato.* Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Centro de Investigaciones Jurídicas., 2017.
- (REDLARA), Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. *Formularios de Educación y Consentimiento en Procedimientos de Reproducción Asistida.* 2001.
- Urdaneta, Aubín. «El Daño Médico y su Responsabilidad Derivada: Implicaciones Civiles y Penales.» *Anuario de Derecho* N° 32, 2015: 167.

LEYES CONSULTADAS

- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5453 Extraordinario del 24 de marzo de 2000. Con enmienda N° 1 del 15 de febrero de 2009. Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.
- Código Civil Venezolano. Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982.
- Ley del Ejercicio de la Medicina. Gaceta Oficial N° 39.823, del 19 de diciembre de 2011.

Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta Oficial N° 36.430 del 7 de abril de 1998.
Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional, Sentencia N° 1456 del 27 de julio de 2006, caso: Yamilex Coromoto Núñez de Godoy Vs. Grupo Médico de Fertilidad, C.A. del Centro Médico Docente La Trinidad.

OTRAS REFERENCIAS CONSULTADAS

Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, «Formularios de Educación y Consentimiento en Procedimientos de Reproducción Asistida» (2001): acceso el 29 de julio de 2021, <https://redlara.com/images/arq/Consentimientos%20informados.PDF>

REDLARA, acceso el 29 de julio de 2021, <https://redlara.com/Default.asp?>