

UNA REVISIÓN AL CONTRATO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA: ESPECIAL ATENCIÓN A LAS USUARIAS CON DISCAPACIDAD

Francisco Javier Requerey Baca

Doctorando del Programa en Derecho de la Universidad de Cádiz

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA) ofrece el marco legal sobre el que se sustentan este tipo de técnicas en España, así como las condiciones del contrato que las recoge. El artículo 6 establece que las usuarias de estas prácticas deberán tener al menos dieciocho años y plena capacidad de obrar, además de haber prestado consentimiento de forma libre, consciente y expresa, todo ello con independencia de su estado civil u orientación sexual. También será necesario el del cónyuge no separado legalmente o de hecho en caso de haberlo. De igual modo, se informará previamente a la usuaria acerca de los posibles riesgos durante el embarazo que puedan derivarse para ella o su descendencia debido a la maternidad a una edad clínicamente inadecuada. Esta información, así como el consentimiento prestado se realizarán en formatos que sean accesibles a personas con discapacidad. Cabe destacar que la usuaria no podrá elegir al donante, sino que será la clínica quien lo haga en atención a la similitud fenotípica e inmunológica.

En virtud del artículo 6 de la LTRHA, estas prácticas se sustentan en un contrato entre la clínica o centro sanitario que realiza las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) y la usuaria o usuarios de las mismas. Este contrato, pese a que no se establece expresamente, se entiende como un contrato de prestación de servicios, en el que los especialistas llevan a cabo las prácticas necesarias para obtener la concepción asistida de una persona¹. Este contrato, sin embargo, en contraposición a lo que indica el artículo 1255 CC, no es un acuerdo en el que ambas partes puedan incluir los pactos y cláusulas que estimen oportunos, sino que se tratan de contratos con condiciones generales, en los que las clínicas prestan un servicio genérico que los usuarios deciden si contratar o no, sin que quepa que estos últimos intervengan en la negociación del contenido de ese clausulado. Ello supone que en

¹ FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: “Los contratos en materia de reproducción humana asistida: especial tratamiento de la autonomía de la voluntad en las donaciones de gametos y en el destino de los embriones crioconservados”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (2022), núm. 16º, p. 267.

España los usuarios de las TRHA no pueden, por ejemplo, escoger al o a la donante, ni siquiera saber su fenotipo o características, pues esto lo realiza la clínica (artículo 6.5 LTRHA), lo que hace que parte de la doctrina² se plantee si podría ser beneficioso ampliar la autonomía de la voluntad de las partes y permitir que la usuaria pueda seleccionar o conocer al donante, lo que parece hoy en día inviable, debido a la garantía del anonimato de este, el cual se encuentra recogido en el artículo 5.5 de la LTRHA.

En un contrato de reproducción asistida, como en cualquier otro contrato de prestación de servicios, ambas partes se comprometen a cumplir una obligación: de un lado, el centro o clínica se compromete a actuar de forma diligente y escoger las técnicas encaminadas a la obtención de la concepción asistida de una persona, escogiendo al donante apropiado (artículo 6.5 LTRHA) y asegurando el estado de salud de la madre y del concebido (artículo 3.1 LTRHA), evitando enfermedades de origen genético (artículo 1. b) LTRHA); de otro lado, los usuarios se comprometen al pago de una cantidad de dinero determinada o determinable en caso de tratarse de una clínica privada. Si partimos de la premisa de que este contrato es un contrato de medios, el incumplimiento por parte de la prestadora, pese a que no se establece expresamente por Ley, se daría en el caso de no llevar a cabo la máxima diligencia en los tratamientos o no recabar un consentimiento informado de acuerdo a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente (en adelante LAP), pero en principio no por la falta de obtención de un resultado. Sin embargo, si consideramos las TRHA como medicina voluntaria o satisfactiva podría considerarse que sí que existe una obligación de resultado³⁴. Y, es que la diferencia si consideramos este contrato como una obligación de medios o de resultado es clara. De un lado, si se considera como una obligación de medios, el cumplimiento del contrato radicaría en actuar de forma diligente de acuerdo a la *lex artis*, independientemente de que se obtenga el resultado buscado, que no es otro que la concepción asistida de una persona en buenas condiciones (evitando enfermedades genéticas). De otro lado, si calificamos esta obligación como de resultado, el cumplimiento, independientemente de la diligencia empleada, radicaría en la obtención del resultado antes indicado. Es por ello por lo que es necesario calificar las TRHA como medicina curativa/asistencial o medicina satisfactiva/voluntaria. La jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto nunca ha sido clara, pues ha ido cambiando de posición a lo largo de los

² FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: “Los contratos”, ob. cit., p. 276.

³ BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: “Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿tiene relevancia jurídica su distinción?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (2014), núm. 6(2)º, p. 62.

⁴ STS (Sala 3ª) 3 octubre 2000 (ECLI: ES:TS:2000:7033).

años. Si bien hasta tiempos recientes ha considerado que la medicina voluntaria es una obligación de resultado, donde los pacientes son más bien clientes, la sentencia más relevante en tiempos recientes, la STS núm. 828/2021, de 30 de noviembre, viene a confirmar lo dispuesto en la STS núm. 250/2016, de 13 de abril, al indicar que en las obligaciones de carácter médico, debido al inevitable componente de aleatoriedad inherente a las mismas, no cabe diferenciar entre obligaciones de medios y de resultado, siendo estas siempre de medios, independientemente de si se trata de medicina curativa o satisfactiva. Eso sí, aunque ambas sean obligaciones de medios, la calificación como satisfactiva o curativa cobrará relevancia a la hora de informar a la paciente de los posibles riesgos y tasas de éxito, siendo este deber de informar mucho más detallado y estricto en aquellas prácticas de carácter voluntario y teniendo que informar acerca de posibilidades residuales o muy poco probables en las prácticas consideradas como voluntarias o satisfactivas⁵. Es por ello por lo que el incumplimiento por parte de la prestadora se daría en el supuesto de no actuar diligentemente de acuerdo a la *lex artis*⁶, en caso de no darse una información sumamente detallada al tratarse de una práctica de medicina voluntaria, o en aquellos supuestos en los que la clínica o centro garantice a la usuaria un resultado y este no se dé⁷. Respecto de la parte prestataria, el incumplimiento devendría en un impago de la cantidad pactada cuando se trate de clínicas privadas.

Por otro lado, hay que tener presente que el consentimiento es un elemento esencial en todo contrato, también en los que versan sobre TRHA. Así, de acuerdo tanto a la LAP como a la LTRHA, el consentimiento informado por parte de los usuarios de estas técnicas habrá de ser prestado de forma libre, voluntaria, expresa y consciente. En concreto, por parte de la usuaria/receptora mayor de dieciocho años habrá de prestarse “en pleno uso de sus facultades” (artículo 3 LAP) y “con plena capacidad de obrar” (artículo 6 LTRHA). Esta terminología ha de entenderse superada con la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, la cual elimina la incapacitación y da paso a considerar que las personas con discapacidad tienen el pleno ejercicio de su capacidad jurídica y que, únicamente cuando sea necesario, pueden verse asistidas por medidas de apoyo. Por ello, cabría entender que la no modificación de los términos antes indicados sea un olvido involuntario del legislador, sin que se trate de realizar una diferenciación o exclusión de las personas con

⁵ STS (Sala 3ª) 13 abril 2016 (ECLI: ES:TS:2016:1639).

⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, A.: *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas* (Las figuras contractuales en la reproducción asistida humana: especial estudio de la prestación de servicios de medicina reproductiva en centros privados), Dykinson, Madrid, 2006, p. 75.

⁷ DE LAS HERAS VIVES, L.: “Responsabilidad civil médica y reproducción asistida: dos casos de estudio”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (2018), núm. 9º, p. 318.

discapacidad a la hora de acudir a las TRHA. Y ello se debe a que en el marco legal de esta nueva ley, toda persona con discapacidad debería poder contratar y obligarse en igualdad de condiciones al resto de personas sin que quepa distinción y siendo asistida únicamente en los casos en los que sea necesario. Es por ello por lo que podemos afirmar que cualquier mujer mayor de dieciocho años puede ser usuaria de las TRHA, pues hemos de obviar el término “plena capacidad de obrar”. Sin embargo, cabe prestar especial atención al consentimiento contractual emitido por la persona con discapacidad, en particular cuando este tiene lugar en el ámbito médico y sanitario.

Ello plantea dos problemáticas: de un lado, evaluar el consentimiento informado por parte de las personas con discapacidad, de tal manera que se pueda asegurar por todos los medios que entienden y son plenamente conscientes de a lo que van a ser sometidas, pudiendo salvaguardar, por tanto, la acción correspondiente en caso de considerar que la usuaria no comprendiera el alcance del contrato y considerar que hubo un vicio en el consentimiento o, que directamente no hubo consentimiento. Y, es que si bien hemos de partir de la premisa de que las personas con discapacidad *per se* son autónomas y pueden emitir consentimiento válidamente por sí mismas, se habrá de atender al caso y la discapacidad concreta, así como si se han provisto medidas de apoyo o no, el alcance de estas, la validez que pudiera tener un consentimiento emitido sin dichas medidas y la información proporcionada a la persona con discapacidad por parte de la prestadora, que, tal como se ha indicado antes, habrá de ser lo más minuciosa posible si partimos de la base de que estamos ante una práctica de medicina voluntaria⁸.

De otro lado, partiendo de la premisa de que no existe como tal un derecho a procrear y formar una familia, cabe abordar la cuestión desde la perspectiva contraria, entendiendo que el uso de la antigua terminología por parte del legislador no se trata de un olvido involuntario, sino una forma de diferenciar entre las usuarias con discapacidad y aquellas que no la presentan, en pro de favorecer el interés superior del menor. En este sentido, hemos de plantearnos si, al igual que ocurre en la adopción donde hablamos de un sistema pensado para proteger el interés de los menores, las TRHA deben también velar por este interés. Y, es que el sistema adoptivo no es una herramienta diseñada para satisfacer un posible derecho a procrear o formar una familia (derecho que al menos expresamente no existe), sino que se prevé como un sistema encaminado a satisfacer el derecho de todo menor a tener una familia que le cuide y le proteja. Volviendo a las TRHA, hemos de partir de la misma premisa que, hasta el momento no ha sido rebatida: el derecho a procrear y formar una familia no existe. Es por ello por lo que, entonces, podemos afirmar que las TRHA no son una

⁸ STS (Sala 3ª) 30 noviembre 2021 (ECLI: ES:TS:2021:4355).

forma de satisfacer este derecho, pero tampoco podemos afirmar que sea una vía para proteger los intereses de los futuros nacidos por reproducción asistida, pues estos, hasta que no se finalicen con éxito las técnicas, no existen ni tan siquiera en su fase más inicial. Lo que sí es cierto es que, al menos en la teoría, las personas con discapacidad pueden acceder a este tipo de técnicas reproductivas, de las cuales lo normal es que nazca una persona. Es por ello por lo que hemos de preguntarnos, ¿es beneficioso para un menor criarse con unos padres o una madre con discapacidad? En caso de no serlo, ¿ello limita y discrimina a las personas con discapacidad? ¿O es una medida encaminada a proteger el interés superior del menor? ¿Se ha de atender a lo más beneficioso para los futuros nacidos? O, de lo contrario, lo que ha de prevalecer es la igualdad de las personas con discapacidad. Cabe destacar que no únicamente se ha de tener en cuenta la idoneidad o no de una persona para ejercer como padre o madre, sino que se han de valorar factores como la dependencia que una persona con discapacidad puede tener o desarrollar o su esperanza de vida. Y, es que si bien en la filiación natural no existe ningún tipo de test que pruebe la valía de las personas para ser padres, en la adopción sí que han de superarse una serie de trámites⁹, por ser considerada como una institución pensada para favorecer los derechos de los menores. Podríamos, entonces, plantearnos si las TRHA también han de ser examinadas bajo el mismo prisma.

Sin embargo, pese a todo lo indicado, debemos optar por considerar que la conservación de la antigua terminología se trata de un olvido involuntario del legislador. Y ello se debe a que, al margen de las cuestiones que hemos planteado en el párrafo anterior, la realidad es que dicha terminología se encuentra superada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, en consonancia con la Convención de la ONU de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad, que garantiza la igualdad efectiva de las personas con discapacidad, así como su capacidad para obligarse y contratar. Antes de dicha reforma no cabe duda de que, efectivamente, el acceso por parte de las personas con discapacidad se encontraba limitado y podíamos preguntarnos si ello obedecía a la protección de los intereses de los menores, pero, actualmente, limitar el acceso de las personas con discapacidad a este tipo de contratos por el uso de una terminología ya superada supondría una discriminación hacia estas, contraviniendo la actual legislación. De igual modo, cabe destacar que en virtud del artículo 56 CC, las personas con discapacidad pueden contraer matrimonio, por lo que, aunque no sea

⁹ Artículo 176, párrafos 1 y 2 CC: “1. La adopción se constituirá por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad. 2. Para iniciar el expediente de adopción será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad Pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad deberá ser previa a la propuesta.”

ello lo mismo que tener hijos, sí que indica que la igualdad de las personas con discapacidad en el ámbito personal y familiar y en la sociedad actual en general es plena.

Es por todo lo expuesto por lo que podemos considerar que, pese a que parece necesaria una revisión y mayor regulación del contrato de reproducción asistida, al amparo de la posición actual de nuestra jurisprudencia, la obligación en las TRHA por parte de la prestadora es una obligación de medios, por el hecho de ser una obligación médica. Eso sí, no cabe olvidar que se trata de una práctica de medicina voluntaria, por lo que el deber de informar y garantizar el entendimiento del paciente es mucho mayor, en especial cuando la paciente es una persona con discapacidad, por lo que habrá de atenderse a la forma en la que se emite el consentimiento informado por estas. Por otro lado, parece necesaria una reforma de la terminología empleada en los artículos 6 LTRHA y 3 LAP, pues, pese a que podemos afirmar que es una terminología estéril que se encuentran superada con la legislación actual y que se debe a un olvido del legislador, estos deben ser modificados para eliminar cualquier atisbo de duda y confirmar el acceso a este tipo de contrato por parte de personas con discapacidad en igualdad de condiciones. Todo ello sin perjuicio de que podamos plantearnos si en este tipo de contrato sería conveniente establecer cautelas para valorar la idoneidad de los potenciales padres (tengan o no discapacidad) de cara a una posible protección del futuro del menor que nazca por estas técnicas.

BIBLIOGRAFÍA

BLANCO PÉREZ-RUBIO, L.: “Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿tiene relevancia jurídica su distinción?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (2014), núm. 6(2)º, pp. 50-74.

DE LAS HERAS VIVES, L.: “Responsabilidad civil médica y reproducción asistida: dos casos de estudio”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (2018), núm. 9º, pp. 310-329.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas* (Las figuras contractuales en la reproducción asistida humana:

especial estudio de la prestación de servicios de medicina reproductiva en centros privados), Dykinson, Madrid, 2006, pp. 67-102.

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L.: “Los contratos en materia de reproducción humana asistida: especial tratamiento de la autonomía de la voluntad en las donaciones de gametos y en el destino de los embriones criopreservados”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (2022), núm. 16º, pp. 262-287.