

La necesaria doble aproximación a la gestación subrogada

En particular, de los olvidados contratos de gestación por sustitución

Sumario

-
En este trabajo se aborda, desde una doble perspectiva, el estudio de algunas de las cuestiones problemáticas que plantea la gestación por sustitución. Desde el plano negocial, y con apoyo en la teoría general del contrato, se analiza un aspecto frecuentemente descuidado en el estudio de la materia, como es el relativo a los contratos celebrados para lograr el nacimiento de un niño o niña a través de maternidad subrogada (entre los comitentes y la agencia intermediaria, por un lado, y entre la madre gestante y esos mismos comitentes, por otro), con especial atención a los casos que han sido decididos por las Audiencias provinciales en supuestos en los que no se logra el resultado pactado. Desde el ámbito registral, se examina uno de los problemas que en tal sede suscita este fenómeno —el relativo a la inscripción de la filiación de los nacidos en el extranjero como consecuencia del recurso a la gestación subrogada— que ha encontrado respuesta (casi siempre) a través de las resoluciones e Instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Abstract

-
This paper deals, from a double point of view, with some of the problems caused by surrogate motherhood. From the contractual perspective, we shall analyze a usually forgotten topic which is the one related to the contracts performed by the involved parties (amongst the principal and the intermediate agency, on one hand, and amongst the surrogate mother and the principal, on the other hand). Special attention shall be paid to the cases that have already been decided by several Courts of Appeal when the birth of a child is not achieved. From another point of view, we shall examine one of the main difficulties that arises in this area, i.e., that regarding with filiation's registration of the baby born abroad through surrogacy, which has been solved until now mainly through Instructions and resolutions of the General Directorate of Land Registries' and Notaries.

Title: *A necessary double-fold approach to problems derived from surrogate motherhood. In particular, on the forgotten surrogacy contracts*

-
Palabras clave: *gestación subrogada, contratos, nulidad de pleno derecho, incumplimiento contractual, inscripción de la filiación*

Keywords: *surrogate motherhood, contracts, null and void contract, breach of contract, filiation's civil registration*

-
DOI: 10.31009/InDret.2020.i4.03

4.2020

Recepción
12/06/2020

-

Aceptación
13/07/2020

-

Índice

-

1. Planteamiento: la necesidad de una doble aproximación al fenómeno de la gestación por sustitución

2. El plano contractual

2.1 Los acuerdos de gestación por sustitución

a. Preliminar: las obligaciones asumidas por las partes y la naturaleza jurídica de los contratos en juego

b. Los requisitos contractuales

2.2. Las consecuencias de la falta de los requisitos negociales y las sentencias de las Audiencias Provinciales

3. La óptica registral

3.1. Premisas

3.2. La intervención de la Dirección General de los Registros y del Notariado

3.3. La respuesta de la nueva Ley del Registro Civil

4. Conclusiones

5. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional



1. Planteamiento: la necesidad de una doble aproximación al fenómeno de la gestación por sustitución*

A estas alturas, podría parecer ocioso insistir en el interés que la gestación subrogada¹ ha desplegado en nuestro país en diversos ámbitos —mediático², social³ e incluso político⁴— en la última década o, más bien, a partir del que podría considerarse *leading case* en la materia en España⁵, dada la cantidad de trabajos científicos que se han publicado sobre este tema⁶. Sin embargo, casi toda la atención que se ha dispensado a la materia se ha centrado,

* Autora de contacto: M^a Elena Sánchez Jordán, mejordan@ull.edu.es.

¹ Aunque la única norma que hace referencia a este fenómeno en nuestro ordenamiento la denomina “gestación por sustitución” (en este sentido, art. 10 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida), para evitar excesivas reiteraciones se empleará de forma indistinta tanto esta expresión como gestación subrogada o maternidad subrogada. Bajo esta denominación se aludirá tanto a la gestación subrogada tradicional como a aquella gestacional, cuyas diferencias son explicadas, por ejemplo, por FARNÓS AMORÓS, 2017, pp. 196 y 197.

² Como pone de manifiesto una simple búsqueda de noticias sobre gestación subrogada en los principales exploradores al uso, que arroja más de 100.000 resultados.

³ En este ámbito debemos situar, por un lado, a los grupos favorables a la regulación y admisión de la gestación por sustitución en nuestro país —entre los que cabe destacar la Asociación por la Gestación subrogada en España (<http://xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/>), que incluso promovió una Iniciativa Legislativa Popular para lo que denominaron “legalización de la gestación subrogada” en nuestro ordenamiento y, por otro, a los colectivos que se oponen a esta práctica de forma radical, que son de amplio espectro y van desde la mayoría de las asociaciones feministas —No somos vasijas (<http://nosomosvasijas.eu/>) es uno de los ejemplos más conocidos— a la Conferencia episcopal española, tal y como manifestó en su momento su portavoz y secretario general, José María Gil Tamayo (“Los obispos consideran la maternidad subrogada una forma de explotación”. *El diario.es*, 23 de febrero de 2017 (https://www.eldiario.es/sociedad/obispos-consideran-maternidad-subrogada-explotacion_0_615589072.html); fecha de consulta: 14 de febrero de 2020).

⁴ En este punto se hace preciso mencionar la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación (122/000117), presentada por el Grupo parlamentario Ciudadanos el 27/06/2017, así como la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución (122/000015), presentada por el mismo Grupo parlamentario el 03/07/2019.

⁵ Asunto que en la doctrina se ha identificado como caso 0, al ser el primero que despertó el interés de la comunidad científica en esta materia (así, por ejemplo, FERNÁNDEZ-RIVERA GONZÁLEZ, 2019, pp. 329-357; SALES PALLARÉS, 2019, pp. 336 y 337, nota 50). Se trata del célebre caso que se inició cuando un matrimonio formado por dos varones españoles pretendió inscribir como hijos (biológicos) suyos a dos gemelos nacidos en California mediante gestación por sustitución. Con ese fin, acuden al Registro civil consular de España en Los Ángeles y adjuntan los certificados de nacimiento de los menores en los que consta la paternidad de ambos. El *iter* posterior de este caso es de sobra conocido, por lo que me limitaré a señalar que concluye con la Sentencia del TS (Pleno), de 6.2.2014 (MP: Sarazá Jimena; ROJ STS 247/2014), y el posterior Auto del TS (Pleno), de 2.2.2015 (MP: Sarazá Jimena; ROJ ATS 335/2015), que resuelve un incidente de nulidad de actuaciones formulado contra la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014. La decisión del Tribunal Supremo, que ha sido objeto de numerosas críticas, desestima el recurso de casación interpuesto por los padres de intención al considerar que la inscripción de la certificación registral extranjera contradice el orden público internacional español “por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación” (FD 3^o-10), de modo que no admite la práctica del asiento solicitada. Sin embargo, insta al Ministerio Fiscal para que ejercite las acciones pertinentes para determinar la correcta filiación de los menores y su protección (FD 5^o-12).

⁶ Hasta la fecha es muy abundante la literatura especializada (fundamentalmente civilista e internacional-privatista) que se ha pronunciado en la materia, lo que hace prácticamente imposible (además de inútil) incluir un listado que abarque todas las referencias bibliográficas sobre el asunto. Baste apuntar que una simple búsqueda en Dialnet de la expresión “gestación subrogada” ofrece 220 resultados (181 artículos de revista, 21 capítulos de libro, 11 tesis doctorales y 7 libros).

fundamentalmente, en la búsqueda de soluciones para resolver el *problema* que se genera cuando se recurre a la maternidad subrogada (fenómeno que se aborda, por lo tanto, desde una perspectiva *ex post*); y es que, una vez nacido el bebé, resulta imprescindible proteger el interés del menor, de conformidad, por cierto, tanto con el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁷ como con diversos instrumentos internacionales, de entre los que destaca el Convenio sobre los derechos del niño⁸. Probablemente ha sido esta circunstancia la que ha llevado a la doctrina a centrar su análisis (y su crítica) en las soluciones que se han dispensado en sede judicial, por un lado, y (con mucha frecuencia) en el ámbito de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN⁹), por otro, a la solicitud de inscripción en el Registro civil de la filiación de los niños y niñas nacidos en virtud de esta práctica. En cambio, se ha dejado de lado (o no se le ha dedicado, a mi juicio, la suficiente atención) la dimensión *ex ante* del asunto, esto es, el estudio del negocio jurídico de gestación por sustitución¹⁰, a pesar de la importancia que presentan los aspectos contractuales de este fenómeno¹¹. Y, cuando se ha hecho, prácticamente se ha limitado al examen de la previsión contenida en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA)¹², ignorando casi por completo las reglas básicas de la teoría general del contrato.

⁷ Sobre la relevancia del interés del menor y la necesidad de su protección en el ámbito de la gestación por sustitución se ha pronunciado la doctrina en numerosas ocasiones, aunque me gustaría destacar el reciente trabajo de SALES PALLARÉS, 2019. En su estudio efectúa una durísima crítica al tratamiento que los tribunales españoles han dispensado a los conflictos que han surgido como consecuencia del recurso a la gestación subrogada en países extranjeros, denunciando la desprotección sufrida por los menores por parte de los tribunales (en particular, pp. 336 y ss.).

⁸ Su denominación completa es Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 y publicada en el BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

⁹ Aunque esta Dirección General ha sido sustituida por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública a partir del Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, en el trabajo se ha empleado la denominación clásica, ya que las Instrucciones y Resoluciones que se mencionan en el mismo han sido dictadas por la DGRN.

¹⁰ Si bien es verdad que se encuentran algunas excepciones. Un ejemplo es el representado por VELA SÁNCHEZ, 2012, quien dedica dos de las tres partes en las que divide su monografía a la propuesta de regulación de lo que denomina *convenio de gestación por sustitución*. Resulta a mi juicio tremendamente significativo que el autor recién citado prescindiera de la denominación contrato y la sustituya por convenio, en lo que parece un intento de eliminar lo que quizás podría ser considerado un aspecto peyorativo del negocio celebrado entre los comitentes y la madre gestante. El mismo autor define este convenio como un “negocio jurídico especial de Derecho de Familia” (p. 127), aunque es consciente de su naturaleza contractual, ya que en su propuesta de regulación del contrato de gestación por sustitución incluye la modificación de los arts. 1.271 y 1.275 CC (p. 132).

¹¹ Circunstancia que explica perfectamente ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2019, p. 615. Este autor afirma que cuando el ordenamiento se enfrenta al problema que genera la maternidad subrogada —el nacimiento de un niño— ya ha pasado el momento de tener en cuenta los aspectos contractuales, a pesar de lo cual la intervención legislativa suele centrarse en la dimensión *ex ante* del asunto (cuestión contractual), dejando de lado la perspectiva internacional. Sin embargo, más adelante añade que, en nuestro país, la gestación subrogada que preocupa en la práctica es la llevada a cabo en el extranjero, sin que el legislador haya sentido la necesidad de regular este contrato desde un punto de vista interno (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2019, p. 625), que necesariamente habrá de referirse al ámbito negocial.

¹² Es el caso, por ejemplo, de DÍAZ ROMERO, 2018, ya que aun cuando el título de su obra hace referencia expresa al contrato de gestación por sustitución, en la monografía dedica poco más de dos páginas a dicho contrato y a su regulación en el mencionado art. 10 LTRHA (pp. 23 a 25), pero ni propone una definición de ese negocio jurídico ni hace mención a sus requisitos.

Quizás la explicación a la situación descrita se encuentre en el dato de que la regla del art. 10.1 TRLHA, según la cual “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”, ha provocado que la gestación subrogada no se haya practicado en España —o a que, si lo hubiera sido, no haya salido a la luz—. Por lo tanto, las personas interesadas en recurrir a ella han acudido a países extranjeros que sí la permiten, probablemente previa formalización de contratos de encargo de gestación por sustitución con organizaciones, agencias o empresas especializadas¹³. Ha sido precisamente en virtud de tales contratos como se ha llegado al resultado consistente en el nacimiento de un bebé, cuya filiación pretenden inscribir los comitentes en el Registro civil¹⁴.

Sin embargo, en los últimos dos años ha entrado en escena un nuevo elemento, que permite alterar la aproximación habitual a este fenómeno y centrar la atención en el análisis del contrato (o contratos) en virtud del cual se acuerda encargar a una mujer la gestación de un bebé a cuya filiación renuncia por anticipado¹⁵: me refiero a la publicación de algunas sentencias dictadas entre 2018 y 2019 por la Audiencia provincial de Barcelona, así como una sentencia de la Audiencia provincial de Zaragoza, en las que se resuelven litigios iniciados en virtud de las demandas interpuestas por padres de intención (comitentes) contra las agencias especializadas que se habían comprometido a lograr el nacimiento de un niño o niña, en virtud de contratos celebrados en España. Se ha considerado, por lo tanto, que tras el estudio de los contratos, su naturaleza y requisitos, nos encontraremos en las mejores condiciones para efectuar una valoración crítica a las respuestas judiciales que se han dado a estos conflictos, que surgen justamente cuando los comitentes no logran el resultado deseado.

Una vez analizada esta cuestión, y de forma muy sucinta, se hará referencia a la inscripción en el Registro civil de la filiación del nacido (por lo general —y que se sepa— en el extranjero) en cumplimiento de este acuerdo (o acuerdos) de gestación por sustitución. En definitiva, se abordarán dos de las numerosas facetas que presenta este asunto: validez o no del contrato, de

¹³ Entre muchas otras que operan en nuestro país, y a modo de ejemplo, pueden citarse Gestlife (<https://gestlifesurrogacy.com/>), que se presenta como despacho de abogados experto en la materia; Interfertility (<https://interfertility.es/>), publicitado como equipo de expertos en gestación subrogada; Surrobaby (<http://www.surrobaby.es/default.aspx>), empresa formada por expertos en gestación subrogada; Intraius legal consulting (<https://bit.ly/39AizTD>), integrada por abogados expertos en Derecho internacional; AEGES, Agencia española de gestación subrogada (<https://aeges.es/>).

¹⁴ Es imposible conocer la cifra exacta de bebés nacidos mediante el recurso a la maternidad subrogada con filiación de progenitores españoles, aunque algunas noticias periodísticas indican que el número anual se sitúa entre 700 y 1.000. Por ejemplo: “Mil niños por gestación subrogada cada año en España, aunque no esté regulada”. *La Vanguardia*, Barcelona, 13 de septiembre de 2018 (<https://www.lavanguardia.com/vida/20180913/451790959538/mil-ninos-por-gestacion-subrogada-cada-ano-en-espana-aunque-no-este-regulada.html>; fecha de consulta: 14 de febrero de 2020).

¹⁵ Me parece que es así como ha de entenderse la obligación que asume la madre gestante en los contratos de gestación subrogada, dado que en ellos se dispone que “La gestante firma un consentimiento obligatorio para poder inscribir al niño en la Oficina de Registro Civil. En dicho consentimiento, manifiesta su conformidad para que sean los padres biológicos [sic] quienes aparezcan en el certificado de nacimiento del niño que ella va a dar a luz conforme a lo dispuesto en el contrato”. Esta información está extraída del modelo de acuerdo de gestación por sustitución en Ucrania que se encuentra disponible en <https://babygest.com/es/acuerdo-gestacion-subrogada-en-ucrania/#compromiso-de-los-implicados>; fecha de consulta: 16 de febrero de 2020).

un lado, y régimen registral, de otro¹⁶. Esta opción no significa que se desconozca, por un lado, la necesidad de tutelar a los menores que son fruto de esos contratos, ni, tampoco, la evidente y clara dimensión internacional del fenómeno, que es innegable. Simplemente supone reconocer que, mientras que la abundante literatura especializada se ha ocupado con mucha profundidad de estos dos aspectos (interés del menor¹⁷ y aspectos internacionales presentes en la misma¹⁸), la faceta contractual no ha sido suficientemente tratada y, cuando ha aflorado en tiempos recientes en sede judicial, no ha recibido, creo, una respuesta correcta, como se tratará de explicar en el lugar oportuno.

2. El plano contractual

2.1 Los acuerdos de gestación por sustitución

a. *Preliminar: las obligaciones asumidas por las partes y la naturaleza jurídica de los contratos en juego*

Debe tenerse en cuenta que, por lo general, son dos los contratos que entran en juego cuando se acude a la gestación por sustitución: en primer lugar, el celebrado entre los denominados padres de intención y la agencia intermediaria, siempre y cuando se empleen sus servicios, claro está. Cabe intuir que esto ocurrirá con frecuencia por la complejidad y la diversidad de aspectos que confluyen en estos casos: así, entre otros, la normativa en la materia aplicable en los distintos países, el idioma del país extranjero al que se acuda, la localización de las candidatas a madres gestantes o la búsqueda de un centro sanitario que practique la implantación del embrión en la mujer escogida. En segundo lugar, el que se dará en todo caso, que es el suscrito entre los padres de intención y la madre gestante.

Para efectuar este estudio, que tropieza con la dificultad derivada de la escasez de contratos disponibles, se ha acudido fundamentalmente a los modelos que son accesibles a través de Internet¹⁹, a las reglas que se contienen en la Proposición de Ley presentada por el Grupo

¹⁶ Ha sido fundamentalmente el intento de inscribir la filiación de los bebés nacidos como resultado de los acuerdos de gestación por sustitución como hijos de los padres de intención el elemento que ha despertado un *masivo* interés doctrinal por este tema, por lo que las referencias que se hagan en el trabajo a este asunto serán breves y estarán orientadas a dar una idea general de la situación.

¹⁷ La gran mayoría de los trabajos en la materia se ocupan de esta faceta. Así, entre muchos otros, ROCA TRÍAS, 2015, pp. 301-338, o SALES PALLARÉS, 2019, pp. 326-347.

¹⁸ Circunstancia lógica si se atiende a la denominada “internacionalidad intrínseca” de la gestación subrogada (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2019, pp. 616 y ss.).

¹⁹ Pueden encontrarse algunos ejemplos en Babygest, que se define a sí mismo como “medio informativo que nace para ayudar a aquellas personas que desean tener familia y necesitan ayuda para poder lograrlo” y que está disponible en: <https://babygest.com/es/> (fecha de consulta: 16 de febrero de 2020). En concreto, se proporciona un modelo de contrato entre los padres de intención y la empresa o agencia intermediaria (en: <https://babygest.com/es/contrato-de-gestacion-subrogada/> [fecha de consulta: 16 de febrero de 2020]) en California, así como una especie de contenido básico del contrato entre los padres de intención y la madre gestante, sin precisar que se trate del modelo empleado en California (en: <https://babygest.com/es/contrato-subrogacion-gestacional/#contrato-entre-los-padres-de-intencion-y-la-gestante> [fecha de consulta: 16 de febrero de 2020]). También contempla un modelo de contrato celebrado entre los progenitores intencionales y la madre gestante en Ucrania (en: <https://babygest.com/es/acuerdo-gestacion-subrogada-en-ucrania/> [fecha de consulta: 16 de febrero de 2020]). Un resumen de aspectos básicos que deben tenerse en consideración en el contrato entre los padres

Parlamentario Ciudadanos en 2017²⁰ y a una propuesta elaborada en sede doctrinal²¹ así como a aquellos negocios cuyo clausulado ha llegado al conocimiento de los tribunales españoles y que, al haber sido parcialmente transcritos en distintas resoluciones judiciales, se encuentran disponibles en las bases de datos jurisprudenciales. A partir de tales materiales se estudiarán tanto el acuerdo de gestación por sustitución en sentido estricto —con esta denominación me refiero al que se celebra entre los padres de intención y la madre gestante—, a pesar de que por lo general se habrá llevado a cabo en un país extranjero en el que la práctica de la gestación por sustitución está admitida, como el negocio jurídico que podríamos denominar *de encargo de gestación subrogada*, celebrado en nuestro país entre los padres de intención y la empresa intermediaria, que es el que ha generado los conflictos resueltos por las Audiencias provinciales de Barcelona y Zaragoza.

Antes de abordar el estudio de cada uno de los concretos requisitos del contrato, me parece que sería conveniente tratar de identificar las obligaciones asumidas por las partes, lo que facilitará la labor de calificación de estos negocios jurídicos y el posterior análisis de sus presupuestos.

En cuanto al contrato de gestación por sustitución *stricto sensu*, las obligaciones que contraen los denominados padres de intención son: (i) el pago del precio o remuneración²² (cuando el contrato es oneroso) y, en todo caso; (ii) el abono de los gastos de embarazo y parto; (iii) en alguna propuesta, el desembolso de las sumas que fueran necesarias para “cubrir los gastos estrictamente derivados de las molestias físicas, los de desplazamiento y los laborales, y el lucro cesante inherentes a la gestación”²³. Además, se comprometen (iv) a aceptar la custodia de todos los niños nacidos a partir del acuerdo de gestación subrogada, con independencia del sexo, número, estado de salud, condiciones físicas y psicológicas y de si se trata de un nacimiento prematuro o a término completo²⁴. Resulta, así, que cuando el contrato es oneroso, es posible

de intención, denominados también futuros padres, ordenantes o padres genéticos —aunque es perfectamente posible que ninguno de los dos comitentes aporte material genético— y la madre gestante, a quien se denomina eufemísticamente “gestante sustituta”, se contiene en la página web de la Asociación de Gestación Asistida Reproductiva (AGAR) y se encuentra disponible en: <https://www.agar-asociacion.org/gestacion-subrogada/contrato/> (fecha de consulta: 16 de febrero de 2020).

²⁰ Proposición de Ley 122/000117, reguladora del derecho a la gestación por subrogación, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados (XII Legislatura). Serie B: Proposiciones de ley. 8 de septiembre de 2017 (<https://bit.ly/37FQR01>; fecha de consulta: 16 de febrero de 2020).

²¹ Se trata de la propuesta a la que ya se ha aludido, efectuada por VELA SÁNCHEZ, 2012, pp. 127-132.

²² Que, en alguno de los modelos disponibles, se denomina “compensación económica”. Es el caso, por ejemplo, del contrato entre padres intencionales y madre gestante en Ucrania (<https://babygest.com/es/acuerdo-gestacion-subrogada-en-ucrania/> [fecha de consulta: 16 de febrero de 2020]), “compensación razonable”, en el propuesto por VELA SÁNCHEZ, 2012, p. 130, o simplemente la “remuneración” (modelo contenido en <https://www.agar-asociacion.org/gestacion-subrogada/contrato/> [fecha de consulta: 16 de febrero de 2020]). En cambio, en el art. 5.1 de la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos (2017), se señala expresamente que “La gestación por subrogación no podrá tendrá carácter lucrativo o comercial”, aunque admite una compensación resarcitoria por las molestias sufridas por la madre gestante.

²³ Así se indica en el art. 5.2 de la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos (2017), recién citada.

²⁴ Estipulaciones extraídas del contrato entre padres intencionales y madre gestante en Ucrania, que se encuentra accesible en <https://babygest.com/es/acuerdo-gestacion-subrogada-en-ucrania/> (fecha de consulta: 18 de febrero de 2020). En el modelo de contrato que aparece en <https://www.agar-asociacion.org/gestacion-subrogada/contrato/> (fecha de consulta: 18 de febrero de 2020) se consignan

distinguir tres obligaciones básicas de los comitentes: pago del precio, abono de los gastos de embarazo y parto y asunción de la paternidad y/o maternidad del recién nacido, con las obligaciones inherentes a la misma.

Por lo que se refiere a la madre gestante, esta asume las siguientes obligaciones (que enunciaré siguiendo el orden cronológico en el que surgirán): (i) a llevar a cabo la concepción —mediante técnicas de reproducción asistida— y gestación, aportando o no su óvulo²⁵; (ii) a seguir las instrucciones médicas durante el embarazo y a no realizar actividades potencialmente peligrosas; (iii) a entregar el nacido a los “otros intervinientes”, esto es, a los comitentes o padres de intención²⁶; (iv) a autorizar que los comitentes figuren como padres biológicos en el certificado de nacimiento del niño —lo que parece dar a entender, como ya se adelantó *supra*, que al asumir este compromiso la madre gestante renuncia a la filiación del bebé antes del nacimiento, lo que resulta sorprendente por alejarse claramente del supuesto que parece más cercano, que requiere el transcurso de seis semanas entre el parto y el asentimiento de la madre (en sede de adopción, de acuerdo con el art. 177.2 del Código civil²⁷)—; y (v) a no contactar con el niño tras su nacimiento sin el consentimiento previo de los padres de intención²⁸. Por lo tanto, en relación con la madre gestante cabría identificar una obligación principal de carácter sustantivo —gestar y entregar el recién nacido a los comitentes— y otra, igualmente relevante,

deberes parecidos, aunque se trae a colación para indicar que el apartado en el que se incluyen hace referencia a los deberes de los padres *genéticos* (la cursiva es mía para destacar cómo en este caso se califica a los padres de intención de padres genéticos, a pesar de que hay supuestos en los que es posible que el embrión se forme sin material genético de ninguno de los comitentes).

²⁵ Según la propuesta de convenio de gestación por sustitución de VELA SÁNCHEZ, 2012, p. 127.

²⁶ Se trata de un deber contemplado en el art. 1 de la propuesta de Ley reguladora del convenio de gestación por sustitución efectuada por VELA SÁNCHEZ, 2012, p. 127, donde lo cualifica como *compromiso irrevocable*, mas sin efectuar ninguna referencia a la filiación del recién nacido, extremo del que se ocupa únicamente en relación con lo que él mismo denomina casos especiales (art. 7). Tales supuestos son los referidos a los comitentes casados o en pareja de hecho, aportantes o no de material genético, que se regulan en los números 1 a 3 de ese art. 7. Solo en el número 4 de este precepto, referido a los supuestos en los que la mujer gestante estuviera casada, considera exigible “el consentimiento al convenio de su marido, que será indispensable si fuera aportante de material genético, en cuyo caso se hará constar expresamente su renuncia a la reclamación de filiación del nacido” (VELA SÁNCHEZ, 2012, p. 129). Resulta llamativo, a mi juicio, que se contemple la renuncia del marido a la reclamación de filiación del nacido y que, en cambio, no se mencione en ningún precepto la renuncia a la filiación de la madre gestante, aun cuando esta se comprometa irrevocablemente, como se decía, a “entregar el nacido a los otros intervinientes”.

²⁷ Nótese que este plazo no es caprichoso, sino que resulta de la combinación de dos instrumentos internacionales: por un lado, de lo dispuesto en el art. 4.c) 4 del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, que exige que dicho consentimiento se preste, en todo caso, después del parto; el texto del convenio en español se encuentra en la página web de la Conferencia de La Haya en Derecho internacional privado, disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=69> (fecha de consulta: 1 de marzo de 2020). Por otro, la concreta exigencia del transcurso de seis semanas resulta del Convenio Europeo en materia de adopción de menores (ratificado por España el 16 de julio de 2010 y publicado en el BOE núm. 167, de 13 de julio de 2011), al disponer su art. 5.5 que “El consentimiento de la madre para la adopción de su hijo sólo será válido cuando se preste después del nacimiento del mismo, al expirar el plazo prescrito por la ley, que no deberá ser inferior a seis semanas, o cuando no se hubiera especificado un plazo, en el momento en que, según la autoridad competente, la madre habría podido restablecerse adecuadamente de las consecuencias del alumbramiento”.

²⁸ Las estipulaciones (ii), (iv) y (v) han sido extraídas del contrato entre padres intencionales y madre gestante en Ucrania, que se encuentra accesible en <https://babygest.com/es/acuerdo-gestacion-subrogada-en-ucrania/> (fecha de consulta: 18 de febrero de 2020). Parecidamente, en <https://www.agar-asociacion.org/gestacion-subrogada/contrato/> (fecha de consulta: 18 de febrero de 2020).

aunque de naturaleza registral —autorizar la constancia de la filiación a favor de los padres de intención—. El resto de los deberes que contrae la gestante están, en unos casos, orientados al logro del que podría denominarse *resultado final* (entrega del bebé), y consistirían en aceptar la implantación del embrión y en seguir las instrucciones médicas durante el embarazo; en cambio, la otra obligación que también asume y que tiene naturaleza negativa (no contactar con el niño tras el nacimiento sin la autorización previa de los comitentes), estaría dirigida, más bien, a garantizar el *disfrute pacífico* del bebé por parte de los padres de intención. Sobre la base de lo dicho hasta ahora creo que podría afirmarse que la obligación básica que asume la madre gestante es una obligación de resultado (gestar y entregar un bebé a los padres de intención).

En lo que toca al que he denominado contrato de encargo de gestación por sustitución, los deberes de la parte comitente serían: (i) en primer lugar, el pago a la agencia de unos honorarios por la prestación del servicio ofrecido por la entidad²⁹; (ii) además, se prevé el deber de los comitentes de abrir una “cuenta del fideicomiso del cliente” en la que, con posterioridad a la firma del acuerdo entre los padres de intención y la madre gestante, se comprometen a depositar los fondos necesarios para cubrir una serie de gastos, consistentes en: costes derivados de las pruebas psicológicas y médicas a las que sea sometida la gestante, que se reembolsarán a la agencia en caso de que sea esta quien abone dichas pruebas; seguro sanitario de la gestante (si se requiere según lo estipulado en el contrato de gestación subrogada); coste de la gestante (sin especificar a qué se refiere dicho coste: ¿precio? ¿gastos médicos? ¿compensación por el posible malestar físico y/o psicológico?) y otros gastos recogidos en el contrato de gestación subrogada; honorarios legales incurridos por la gestante en relación con lo estipulado en el contrato de gestación subrogada; cualquier otro gasto razonablemente necesario para llevar a cabo los términos estipulados en el contrato de gestación subrogada; y, por último, las cantidades necesarias para realizar el pago de los honorarios de la agencia que los padres de intención no hubieran abonado todavía³⁰. Puede decirse, por lo tanto, que en este caso las únicas obligaciones que asumen los comitentes son las del pago del precio de los servicios recibidos o esperados.

En relación con la empresa intermediaria, la cláusula I del modelo de contrato de encargo de gestación subrogada que se está manejando establece que esta “proporcionará la coordinación y los servicios administrativos pertinentes para prestar la asistencia necesaria a los padres intencionados durante el proceso de gestación subrogada”, lo que concreta en las siguientes obligaciones: “ayudar a los padres intencionados a elegir una gestante, ponerlos en manos de profesionales de los ámbitos médico, judicial y psicológico”, así como prestar “apoyo administrativo a la relación entre la gestante y los futuros padres”³¹. Resulta extremadamente interesante destacar que la agencia precisa, también, qué servicios no proporciona, al señalar (cláusula V) que “La agencia no proporciona servicios médicos, legales o psicológicos de evaluación”, aunque sí que se compromete a prestar “asesoramiento a los padres intencionados, en caso de que éstos lo soliciten, para contactar con dichos profesionales”³², en coherencia, por cierto, con la obligación que la empresa intermediaria asume en la cláusula I de este negocio

²⁹ Estipulación II del modelo de contrato de encargo de gestación subrogada para llevar a cabo en California, disponible en <https://babygest.com/es/contrato-de-gestacion-subrogada/> (fecha de consulta: 24 de febrero de 2020).

³⁰ De conformidad con la cláusula III del citado modelo recién citado, que se encuentra disponible en <https://babygest.com/es/contrato-de-gestacion-subrogada/> (fecha de consulta: 24 de febrero de 2020).

³¹ <https://babygest.com/es/contrato-de-gestacion-subrogada/> (fecha de consulta: 24 de febrero de 2020).

³² <https://babygest.com/es/contrato-de-gestacion-subrogada/> (fecha de consulta: 24 de febrero de 2020).

jurídico. La misma estipulación V aprovecha las exclusiones que efectúa para hacer recaer una serie de deberes sobre los comitentes, al señalar que “los padres intencionados asumen que llevarán a cabo las siguientes acciones: seleccionar y contratar uno o más abogados que los representen en la elaboración, negociación y finalización del contrato de gestación subrogada, así como en cualquier procedimiento legal en curso o previsto; seleccionar y contratar un psicólogo/psicoterapeuta altamente cualificado en el campo de la gestación subrogada para llevar a cabo una evaluación de la gestante durante el proceso de gestación subrogada; seleccionar y contratar a un médico especialista en FIV para prestar los servicios y cuidados médicos contemplados en el contrato de gestación subrogada”³³. De acuerdo con la información que se contiene en el modelo contractual examinado, parece que la empresa de intermediación asume una mera obligación de medios, consistente en asesorar a los padres de intención, sin comprometerse a alcanzar el resultado consistente en el nacimiento de un niño o niña.

Sin embargo, el examen de las estipulaciones contenidas en algunos de los contratos de encargo de maternidad subrogada que han sido efectivamente suscritos en nuestro país y que han sido analizados por nuestros tribunales a raíz de diversas demandas interpuestas por progenitores intencionales, ha llevado a los órganos juzgadores a concluir que las obligaciones asumidas por las agencias intermediarias son de resultado y no de medios³⁴; en consecuencia, en esas mismas sentencias se afirma que el acuerdo celebrado entre las empresas y los comitentes encaja en el contrato de obra y no en el de servicios, al no limitarse la obligación asumida por la agencia intermediaria a la prestación de un servicio de asesoramiento, sino al extenderse a la obtención de un resultado concreto, consistente en el nacimiento de un niño o niña³⁵.

³³ <https://babygest.com/es/contrato-de-gestacion-subrogada/> (fecha de consulta: 24 de febrero de 2020).

³⁴ En este sentido, FD 2º de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 4ª), de 15.1.2019 (MP: Ríos Enrich; ROJ SAP B 74/2019); FD 2º de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 11ª), de 13.5.2019 (MP: Casillas Agüero; ROJ SAP B 5570/2019); FD 2º de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 19ª), de 18.7.2019 (MP: Vila i Cruels, ROJ SAP B 10735/2019); FD 2º de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 1ª), de 28.11.2019 (MP: Merchán Marcos; ROJ SAP B 14112/2019).

³⁵ Así, el último párrafo del FD 2º de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 1ª), de 28.11.2019 (MP: Merchán Marcos; ROJ SAP B 14112/2019), en el que se afirma que la empresa “se comprometió a obtener un resultado concreto consistente en el nacimiento de un niño/a. Por lo tanto, nos encontramos claramente ante un contrato de obra”. También el párrafo final del FD 2º de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 4ª), de 15.1.2019 (MP: Ríos Enrich; ROJ SAP B 74/2019), cuando declara que “A la vista de las cláusulas trascritas, no estamos ante un contrato de arrendamiento de servicios, sino ante uno de obra, pues al garantizarse el resultado, el objeto del contrato es el resultado del trabajo, comprometiéndose [la empresa intermediaria] a devolver los honorarios si no se lograba la gestación deseada y el nacimiento de un niño o niña, salvo que los demandantes se negaran a continuar el proceso o éste quedara interrumpido por falta de pago de las cantidades pactadas o de gastos adicionales que pudieran producirse durante el proceso”. Igualmente, en el párrafo primero del FD 2º de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 19ª), de 18.7.2019 (MP: Vila i Cruels, ROJ SAP B 10735/2019), en el que, a propósito del contrato suscrito entre los padres de intención y la agencia intermediaria y a la vista de la cláusula que garantiza el buen fin del contrato, se afirma que “no es un simple contrato de prestación de servicios de asesoramiento, sino un contrato de obra en el que se garantizaba un resultado”. En el mismo sentido ha de citarse, en fin, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 11ª), de 13.5.2019 (MP: Casillas Agüero; ROJ SAP B 5570/2019), que también considera que la obligación asumida es de resultado, con la novedad de que no solo tiene en cuenta la estipulación de buen fin del contrato (la empresa garantiza el nacimiento de al menos un niño/a), sino también la publicidad contenida en la publicidad vía web (FD 2º, párrafo segundo).

En cambio, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (sección 4ª), de 15.2.2019 (MP: De Gracia Muñoz; ROJ SAP Z 1020/2019), parece darse por buena la calificación del acuerdo como contrato de

El principal elemento que han empleado los tribunales para calificar tanto el tipo de obligación asumida por la empresa intermediaria como la naturaleza de los contratos celebrados es una cláusula que se repite en la mayor parte de los acuerdos analizados. En ella se estipula, con más o menos variaciones, lo siguiente: “GARANTÍA DE ÉXITO.- LA COMPAÑÍA garantiza el buen fin del contrato, es decir, el nacimiento de al menos un niño/a, comprometiéndose a devolver sus honorarios si no se lograra este fin. Para que la COMPAÑÍA asuma esta garantía es necesario que EL/A/LOS CLIENTE/A/ES hayan seguido en todo momento las instrucciones de LA COMPAÑÍA, y no se hayan negado a continuar con el proceso. Si EL/A/LOS CLIENTE/A/ES se niegan a continuar con el proceso, por cualquier motivo o razón, LA COMPAÑÍA no vendrá obligada a devolver cantidad alguna. Si para la continuación del proceso fuesen necesarias nuevas implantaciones de embriones, o donante de óvulos, o cualquier tratamiento médico adicional no incluido en el paquete contratado, el gasto del mismo correrá por cuenta de EL/A/LOS CLIENTE/A/ES, garantizando LA COMPAÑÍA la prestación de sus servicios hasta la consecución del objetivo. Si por el impago de dichos servicios adicionales, no pudiese concluirse favorablemente el contrato, no podrá en ningún caso considerarse incumplimiento de la presente cláusula por parte de LA COMPAÑÍA, dado que será debido exclusivamente al impago total o parcial del programa por parte de EL/A/LOS CLIENTE/A/ES”³⁶ [se mantienen las mayúsculas que figuran en el original].

Una vez identificado el tipo de negocio celebrado entre las partes —sin lugar a dudas contrato de obra en el celebrado entre los comitentes y la mujer gestante, y también de obra, según las sentencias recaídas en la materia, en el acordado entre los padres de intención y la agencia intermediaria, en virtud de lo dispuesto en la cláusula de garantía de éxito o buen fin³⁷—, a continuación se analizará si en tales acuerdos concurren los requisitos que exige el Código civil para su validez y eficacia. Aunque pueda considerarse una tarea ociosa, dado que el art. 10.1 LTRHA es tajante cuando declara la nulidad del contrato de gestación por sustitución, resulta de interés abordar esta cuestión porque, de forma sorprendente, las sentencias que hasta el momento se han dictado en la materia, y que han sido objeto de estudio de cara a la elaboración del presente trabajo, no declaran en ningún caso la nulidad del contrato celebrado entre empresa y padres de intención; en cambio, en todas ellas se afirma que se trata de supuestos de incumplimiento contractual.

b. Los requisitos contractuales

(i) Consentimiento

asesoramiento legal que no obliga a un resultado, efectuada por la sentencia de primera instancia, a la que se alude en el FD 1º de esta resolución.

³⁶ FD 2º de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 4ª), de 15.1.2019 (MP: Ríos Enrich; ROJ SAP B 74/2019), donde también se transcribe una cláusula semejante, contenida en otro contrato suscrito por otros dos demandantes (en el caso enjuiciado, dos parejas distintas habían demandado a la misma agencia intermediaria). Una estipulación muy similar figura en el FD 2º de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 1ª), de 28.11.2019 (MP: Merchán Marcos; ROJ SAP B 14112/2019).

³⁷ A pesar de que tanto en los modelos disponibles en internet como en las contestaciones a la demanda efectuadas por las empresas intermediarias demandadas se sostiene que las obligaciones asumidas por las agencias son de asesoramiento y, por lo tanto, de medios, por lo que el contrato suscrito con los comitentes sería, en su opinión, contratos de prestación de servicios.

Es probable que, desde un punto de vista técnico-jurídico, el presupuesto menos problemático sea el relativo al consentimiento de las partes, pues tanto a partir de los modelos disponibles, de las propuestas existentes y del contenido de las sentencias dictadas hasta el momento en relación con procesos de maternidad subrogada, parece que la voluntad de los sujetos participantes en ambos contratos se emite libremente, de forma consciente y racional, sin que se detecte —al menos en los casos analizados— la presencia de vicios⁵⁸, con los matices que se apuntarán a propósito del consentimiento de la gestante.

En cualquier caso, cabría efectuar algunas precisiones en relación con los requisitos que, en relación con la voluntad de las partes, se imponen a los padres de intención y a la madre gestante, puesto que parece que, sin ellos, estos sujetos no podrían prestar un consentimiento válido. Por lo que se refiere a la capacidad —aunque quizás sea mejor aludir, simplemente, a la edad— de los comitentes, de acuerdo con la información disponible a través de internet se requiere que sean mayores de edad⁵⁹, aunque las propuestas de regulación del contrato de gestación por sustitución son más estrictas en este punto, ya que exigen a la persona interesada una capacidad de obrar distinta a la general —esto es, lo que se había venido denominando una capacidad especial⁴⁰—, puesto que ha de tener al menos 25 años (aunque si fueran dos, bastaría con que uno de ellos hubiera alcanzado esa edad)⁴¹, probablemente por analogía con la edad necesaria para adoptar que establece el art. 175 del Código civil, con el fin de asegurar al adoptando una situación consolidada⁴². Además de las reglas sobre capacidad, los modelos y propuestas analizadas imponen una serie de requisitos adicionales a la parte comitente, de entre las que mencionaré únicamente las que considero más relevantes: por un lado, nos encontramos con exigencias de naturaleza sanitaria, ya que se requiere que al menos uno de ellos cuente con una justificación médica que le permita someterse a un tratamiento de reproducción asistida⁴³, o que se acredite la imposibilidad del embarazo o el riesgo grave para la vida de la mujer⁴⁴. Por otro, se establecen una serie de presupuestos que revisten carácter jurídico, puesto que en los contratos-tipo se requiere que la pareja esté casada, sin admitir la posibilidad de que recurran a esta vía las parejas

⁵⁸ Sobre el consentimiento y sus vicios, DE PABLO CONTRERAS, 2018, p. 340.

⁵⁹ Estas exigencias se contienen en los modelos de contrato entre padres intencionales y madre gestante en Ucrania, disponible en <https://babygest.com/es/acuerdo-gestacion-subrogada-en-ucrania/> (fecha de consulta: 25 de febrero de 2020). También en el modelo-tipo accesible en <https://www.agar-asociacion.org/gestacion-subrogada/contrato/> (fecha de consulta: 25 de febrero de 2020).

⁴⁰ Martínez De Aguirre y Aldaz, 2016, p. 35.

⁴¹ En este sentido, art. 4.1 de la propuesta de regulación efectuada por VELA SÁNCHEZ, 2012, p. 128, y art. 8.2.b) de la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos (2017), que también requiere que el comitente sea menor de 45.

⁴² PÉREZ ÁLVAREZ, 2013, p. 429.

⁴³ Estas exigencias se contienen en los modelos de contrato entre padres intencionales y madre gestante en Ucrania, disponible en <https://babygest.com/es/acuerdo-gestacion-subrogada-en-ucrania/> (fecha de consulta: 25 de febrero de 2020). También en el modelo-tipo accesible en <https://www.agar-asociacion.org/gestacion-subrogada/contrato/> (fecha de consulta: 25 de febrero de 2020).

⁴⁴ Art. 4.2 de la propuesta de VELA SÁNCHEZ, 2012, p. 128. La Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos (2017) es menos precisa en este punto, puesto que su art. 8.1 se limita a exigir que la persona interesada hubiera agotado o fuera incompatible con otras técnicas de reproducción humana asistida, si bien es verdad que, a propósito de lo que denomina “requisitos de la gestación por sustitución”, que se contemplan en su art. 4, incluye que el o los comitentes hayan agotado o fueran incompatibles con las técnicas de reproducción humana asistida (nº 2).

estables o personas solas⁴⁵. En cambio, las propuestas que se han venido examinando son más laxas en este aspecto: no imponen la unión matrimonial de los solicitantes, bastando que formen una pareja estable⁴⁶ o “relación equivalente admitida por la ley”⁴⁷, permitiéndose en ambos casos que una persona sola recurra a esta vía. Habría de apuntarse, por último, que a diferencia de lo que sucede con la adopción, no se impone a los padres de intención ninguna exigencia que se asemeje a la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad contemplada en el art. 176.1 del Código civil, si bien ha de indicarse que la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos en 2017 sí que requiere al progenitor subrogante que acredite “que cuenta con la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental asociada a la familia que pretende constituir” (art. 8.2.d)⁴⁸, aunque no queda claro cuál sería el procedimiento para la justificación de tales extremos, limitándose el art. 8.4 de la propuesta a indicar que el expediente se diseñaría por vía reglamentaria.

Si nos centramos en la madre gestante, nos encontramos ante un panorama similar al descrito hasta ahora: también a ella se le imponen requisitos de edad, de una parte, y de tipo médico, por otro, así como, en algún supuesto, la concurrencia de otros presupuestos que podríamos considerar de carácter jurídico. Por lo que se refiere a la edad, los contratos tipo solo exigen que la mujer sea mayor de edad⁴⁹, mientras que las propuestas requieren que sea mayor de 25 años⁵⁰. Entre los requisitos de naturaleza sanitaria se apuntarán aquellos que se repiten en casi todos los materiales estudiados: (i) poseer un buen estado de salud psicofísico⁵¹ (en algunos casos se precisa, incluso, que la mujer no haya sufrido episodios de depresión o desórdenes psíquicos⁵²); (ii) ser capaz de llevar un embarazo a término⁵³ y (iii) haber tenido al menos un hijo propio con anterioridad⁵⁴. Mientras que las anteriores exigencias se contemplan tanto en los modelos de

⁴⁵ Se trata de los mismos supuestos mencionados en la nota 42.

⁴⁶ Art. 4.1 de la propuesta de VELA SÁNCHEZ, 2012, p. 128.

⁴⁷ Art. 8.3 de la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos (2017).

⁴⁸ Lo apunta ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2019, p. 646.

⁴⁹ Así, modelos de contrato entre padres intencionales y madre gestante en Ucrania, disponible en <https://babygest.com/es/acuerdo-gestacion-subrogada-en-ucrania/> (fecha de consulta: 29 de febrero de 2020). También, en el contrato accesible en <https://www.agar-asociacion.org/gestacion-subrogada/contrato/> (fecha de consulta: 29 de febrero de 2020).

⁵⁰ Art. 5.1 de la propuesta VELA SÁNCHEZ, 2012, p. 128, y art. 7.1.a) de la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos (2017), que precisa, además, que la mujer debe ser “menor de la edad que reglamentariamente se fije en función de las condiciones psicofísicas que se consideren adecuadas para la gestación con éxito”.

⁵¹ Se establece en el contrato entre padres intencionales y madre gestante en Ucrania, disponible en <https://babygest.com/es/acuerdo-gestacion-subrogada-en-ucrania/> (fecha de consulta: 29 de febrero de 2020), así como en el contrato accesible en <https://www.agar-asociacion.org/gestacion-subrogada/contrato/> (fecha de consulta: 29 de febrero de 2020), en el art. 5.1 de la propuesta VELA SÁNCHEZ, 2012, p. 128, y en el art. 7.1.c) de la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos (2017).

⁵² Art. 7.1.d) de la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos (2017), que además requiere que la gestante carezca de antecedentes de abuso de drogas o alcohol (art. 7.1.i).

⁵³ Modelo de contrato entre padres intencionales y madre gestante en Ucrania, disponible en <https://babygest.com/es/acuerdo-gestacion-subrogada-en-ucrania/> (fecha de consulta: 29 de febrero de 2020). También, en el contrato accesible en <https://www.agar-asociacion.org/gestacion-subrogada/contrato/> (fecha de consulta: 29 de febrero de 2020).

⁵⁴ Se exige, además, que el hijo nacido con anterioridad estuviera sano en el contrato entre padres intencionales y madre gestante en Ucrania, disponible en <https://babygest.com/es/acuerdo-gestacion-subrogada/contrato/> (fecha de consulta: 29 de febrero de 2020).

contrato presentes en Internet como en las proposiciones regulatorias efectuadas por la doctrina y presentadas en sede parlamentaria, los presupuestos que he calificado de jurídicos solo aparecen en el último supuesto, lo que permite afirmar que las propuestas de regulación normativa son más exigentes que las agencias que actúan en la realidad. Así pues, se exige a la mujer gestante que carezca de antecedentes penales⁵⁵ y que no tenga vínculos de consanguinidad con los padres de intención⁵⁶.

Llegados a este punto conviene precisar, en la línea adelantada más arriba, que aunque en principio parece que la prestación del consentimiento por parte de la madre gestante está libre de vicios, resulta llamativo que esta se obligue a renunciar a la filiación y a la custodia del bebé que va a gestar no solo antes del parto, sino incluso antes del embarazo⁵⁷, en contraposición, como también se dijo ya, con lo previsto en el art. 177.2 del Código civil para el asentimiento de la madre a la adopción del recién nacido, que requiere el transcurso de seis semanas entre el alumbramiento y la declaración de la madre. A través de este compromiso, asumido por anticipado y, además, con carácter irrevocable, sin tomar en consideración el nexo que se establece entre la madre gestante y el bebé durante el embarazo⁵⁸, se podría producir una

subrogada-en-ucrania/ (fecha de consulta: 29 de febrero de 2020), en el art. 5.2 de la propuesta VELA SÁNCHEZ, 2012, p. 128, y en el art. 7.1.e) de la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos (2017). No se impone la exigencia de que el hijo anterior estuviera sano en el contrato accesible en <https://www.agar-asociacion.org/gestacion-subrogada/contrato/> (fecha de consulta: 29 de febrero de 2020).

⁵⁵ Art. 7.1.h) de la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos (2017).

⁵⁶ Art. 4.3 de la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos (2017). Este requisito, unido al carácter gratuito del contrato de gestación por sustitución (art. 5.1) lleva a pensar que los padres de intención difícilmente encontrarán mujeres dispuestas a gestar para ellos en nuestro país, como indica MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2019, p. 376.

En cambio, en la propuesta regulatoria de VELA SÁNCHEZ, 2012, p. 128, se admite que la gestante pueda ser tanto una persona extraña a los contratantes como pariente colateral o por afinidad (art. 5.4).

⁵⁷ Esta renuncia anticipada a la filiación figura —aunque redactada de forma extremadamente defectuosa— tanto en el contrato entre padres intencionales y madre gestante en Ucrania, disponible en <https://babygest.com/es/acuerdo-gestacion-subrogada-en-ucrania/> (fecha de consulta: 1 de marzo de 2020), cuando señala que “La gestante firma un consentimiento obligatorio para poder inscribir al niño en la Oficina de Registro Civil. En dicho consentimiento, manifiesta su conformidad para que sean los padres biológicos [sic] quienes aparezcan en el certificado de nacimiento del niño que ella va a dar a luz conforme a lo dispuesto en el contrato”, como en el que aparece en <https://www.agar-asociacion.org/gestacion-subrogada/contrato/> (fecha de consulta: 1 de marzo de 2020), en el que se afirma que “tanto la gestante sustituta y su esposo renuncian a la custodia del niño nacido de la sustituta para beneficio y crianza de los padres genéticos [sic]” como que la gestante “cede la custodia del niño a los padres genéticos [sic] como padres legales y naturales del niño”. No se alude a ningún tipo de renuncia de la madre gestante en la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos (2017), aunque aparece implícita en la definición de “mujer gestante por subrogación”, que es, según el art. 3.b) de la citada Proposición “la mujer que, sin aportar material genético propio, consiente y acepta, mediante un contrato de gestación por subrogación, someterse a técnicas de reproducción asistida humana con el fin de dar a luz al hijo o hijos del progenitor o progenitores subrogantes, sin que, en ningún momento, se establezca vínculo de filiación entre la mujer gestante y el niño o niños que pudieran nacer”. Este consentimiento, según se indica en el art. 9.2.b) de la Proposición, será irrevocable. Para QUICIOS MOLINA, 2019, p. 39, “la revocabilidad o irrevocabilidad del consentimiento prestado por las partes del contrato es una cuestión crucial”

⁵⁸ Vínculo que se explica, con apoyo en datos científicos, en el *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada* elaborado por el Comité de Bioética de España, 2017 (http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf [fecha de consulta: 1 de marzo de 2020]), en particular, pp. 12 a 14.

contravención del derecho a la autonomía personal de la gestante⁵⁹, aunque no hay unanimidad sobre este extremo⁶⁰. Es de interés destacar que, en orden a superar los defectos indicados, se ha planteado la posibilidad de exigir un doble consentimiento a la gestante, uno prestado con anterioridad y otro después del nacimiento, así como de aclarar el valor jurídico de ambos⁶¹.

Para cerrar este apartado ha de efectuarse una particular referencia a los supuestos en los que la gestante está casada, pues parece que este aspecto preocupa tanto a las empresas intermediarias como a quienes proponen una regulación del contrato de gestación subrogada, ya que en varios casos se requiere que conste el consentimiento del marido al contrato⁶², exigencia que me parece difícilmente compatible con la libertad, dignidad y autonomía que se predicán del

⁵⁹ Así, GONZÁLEZ CARRASCO, 2017, p. 124, tras cuestionarse la compatibilidad de este compromiso, asumido por la mujer antes del nacimiento con carácter irrevocable, con el orden público constitucional (p. 123). En esta línea, el FD 3º, núm. 6, de la STS (Pleno), de 6.2.2014 (MP: Sarazá Jimena; ROJ STS 247/2014), destaca la preocupación de la mayoría de los países acerca de las consecuencias que la generalización de la adopción y el avance de las técnicas de reproducción humana asistida puedan producir sobre la dignidad de la mujer gestante y del niño, subrayando a continuación cómo distintos instrumentos internacionales en materia de adopción han tratado de establecer medidas que, entre otros extremos, garanticen que la madre haya prestado su consentimiento de forma libre y después del nacimiento del niño.

⁶⁰ De acuerdo con el Voto particular de la STS (Pleno), de 6.2.2014 (MP: Sarazá Jimena; ROJ STS 247/2014), parece que el consentimiento de la gestante no plantea problemas de ningún tipo; en este sentido, su autor declara que “no se puede subestimar sin más la capacidad de consentir de la madre gestante”; además, que “el consentimiento de la madre se hace ante la autoridad judicial, que vela porque se preste con libertad y conocimiento de las consecuencias” y, por fin, que “tratándose de un acuerdo voluntario y libre difícilmente se le explota o cosifica en contra de su libertad y autonomía” (apartado segundo, núm. 3). En esta línea, hay quien afirma que mantener que el consentimiento de la madre gestante nunca puede ser íntegro, libre y suficientemente informado es “paternalista y poco respetuoso con la libertad de la mujer” (GARCÍA RUBIO y HERRERO OVIEDO, 2018, pp. 85-86). En cualquier caso, la preocupación de ambas autoras por lograr la garantía de los derechos humanos de la mujer gestante es evidente, cuando afirman que uno de los aspectos fundamentales a tratar es asegurar el “consentimiento libre e informado” de la mujer, “estableciendo controles que lo protejan antes, durante y después de que se produzca el embarazo” (GARCÍA RUBIO y HERRERO OVIEDO, 2018, p. 88), a los que parece favorable VAQUERO PINTO, 2018, p. 260, cuando sostiene la necesidad de proteger los derechos fundamentales de la gestante durante todo el proceso, y, por tanto, más allá del momento de la celebración del contrato. Se exponen otras opiniones, críticas con la idea de que la renuncia a la filiación por parte de la mujer gestante antes del parto no se considere plenamente voluntaria e informada, en FARNÓS AMORÓS, 2017, pp. 198 y 226.

⁶¹ García Rubio y Herrero Oviedo, 2018, p. 86.

⁶² Así, en el modelo de contrato entre padres de intención y madre gestante en Ucrania, disponible en <https://babygest.com/es/acuerdo-gestacion-subrogada-en-ucrania/> (fecha de consulta: 1 de marzo de 2020); en el art. 7.4 de la propuesta de VELA SÁNCHEZ, 2012, p. 129. En el modelo disponible en <https://www.agar-asociacion.org/gestacion-subrogada/contrato/> (fecha de consulta: 1 de marzo de 2020) se contiene una prolija explicación acerca de la participación del marido de la gestante, al disponer que: “no menciona el consentimiento del marido de la gestante sustituta, asumiendo que sus intereses no están involucrados en este documento. Según la ley, nadie, incluyendo esposo o esposa, puede limitar los derechos reproductivos de una persona. Sin embargo, por otro lado, el Código de Familia presume que el padre del hijo nacido de la unión registrada será el marido de la mujer que entregó al niño. Es por eso que creemos que es importante involucrar al marido de la gestante sustituta, en su caso, como parte del Acuerdo de Gestación Subrogada, donde tanto la gestante sustituta y su esposo renuncian a la custodia del niño nacido de la sustituta para beneficio y crianza de los padres genéticos”. Esos mismos textos obligan también a la renuncia a reclamar cualesquiera derechos paternos sobre el hijo que va a alumbrar su esposa, aunque en la propuesta de VELA SÁNCHEZ, se precisa la constancia expresa de su renuncia a la reclamación de la filiación del nacido solo si fuera aportante de material genético (VELA SÁNCHEZ, 2012, p. 129, art. 7.4 *in fine*). En cuanto a la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos (2017), aunque en ella sí afirma que “La filiación de los nacidos mediante gestación por subrogación se regulará por las leyes civiles”, nada se especifica en relación con los casos en los que la mujer gestante esté casada.

consentimiento de la mujer gestante, pero que sin embargo se compeadece con la presunción de paternidad del marido establecida en el art. 116 del Código civil.

(ii) Objeto

Este es, me parece, el elemento más problemático de los contratos analizados⁶³: tanto en el contrato de gestación subrogada *stricto sensu* como en el de encargo de gestación por sustitución, y tanto si se entiende que este último tiene por contenido una mera obligación de medios (asesorar a sus clientes y acompañarlos durante el proceso) como de resultado (lograr que una mujer geste y renuncie a la filiación del bebé que alumbre a favor de la persona o personas comitentes), resulta difícil de admitir que el objeto del negocio —aquella realidad susceptible de utilidad y de interés para las partes⁶⁴— cumple con las exigencias que el Código civil impone en este punto. El análisis de los preceptos que regulan el objeto (arts. 1.271 a 1.273 del Código civil) lleva a dudar, con apoyo en serios fundamentos, que las prestaciones a que se obligan la madre gestante y la agencia intermediaria cumplan con los requisitos de posibilidad, licitud y determinación, tal y como estos han sido explicados por la doctrina⁶⁵.

Resulta habitual iniciar el examen de los requisitos objetivos del contrato con la referencia al carácter posible del objeto, formulada en sentido negativo por el art. 1.272 del Código civil (“no podrán ser objeto del contrato las cosas o servicios imposibles”), y predicada tanto respecto de las cosas como de los servicios. Aunque la imposibilidad del objeto puede deberse a distintos motivos, la que aquí interesa es la legal o jurídica, que es la que se produce cuando el objeto “contemplado por las partes, como materia sobre la que su contrato recae”, tropieza con “una prohibición legal o con un precepto normativo que lo impida”⁶⁶. Sin poder entrar aquí, por razones de espacio y de tiempo, en la discusión acerca de si el contrato de gestación subrogada está prohibido o no en nuestro ordenamiento, materia sobre la que existen abundantes pronunciamientos doctrinales⁶⁷, sí que puede afirmarse, sin duda alguna, que en Derecho español el contrato de gestación por sustitución es nulo, a la luz de lo dispuesto expresamente

⁶³ Por lo que no es de extrañar que QUICIOS MOLINA, 2019, p. 7, lo considere uno de los reparos irresolubles en materia de gestación por sustitución.

⁶⁴ Díez-PICAZO, 1993, pp. 201 y 202, define de este modo el objeto del contrato, aunque precisa que si se circunscribe el contrato al mundo del Derecho patrimonial, su objeto queda delimitado “por aquellos bienes susceptibles de una valoración económica que corresponde a un interés de las partes”.

⁶⁵ En este punto se seguirá la exposición de Díez-PICAZO, 1993, pp. 202 y ss.

⁶⁶ Díez-PICAZO, 1993, p. 204.

⁶⁷ Pronunciamientos que representan posturas contrapuestas. Así, por un lado, hay quienes opinan que la maternidad subrogada está prohibida en nuestro ordenamiento: es el caso de Díez-PICAZO, 1993, p. 209; BARBER CÁRCAMO, 2013, p. 2.919, VAQUERO PINTO, 2018, pp. 235-237, y, me parece, de MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, 2019, pp. 388 y 389. Se trata también de la tesis que ha sido acogida por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 (<https://bit.ly/2PSU3Ws> [fecha de consulta: 3 de marzo de 2020]), en su Fundamento 5º. También, por el Tribunal Supremo en el FD 3º-7 de su Sentencia de 6.2.2014 (MP: Sarazá Jimena; ROJ STS 247/2014), así como en decisiones de tribunales inferiores. En cambio, el sector que se ha ido convirtiendo en mayoritario considera que el acuerdo es nulo, pero no está prohibido (así, entre otros, ATIENZA RODRÍGUEZ, 2006; ATIENZA RODRÍGUEZ, 2009; ATIENZA RODRÍGUEZ, 2015); ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2013a, p. 436. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2019, pp. 617 y 618, nota 8. FARNÓS AMORÓS, 2015, p. 36; FARNÓS AMORÓS, 2017, pp. 201, 204 y 205. Resulta aquí de interés destacar cómo, en un primer trabajo en la materia, esta autora consideraba prohibido en nuestro ordenamiento el contrato de gestación por sustitución (FARNÓS AMORÓS, 2010, pp. 13, 15 y 16); HEREDIA CERVANTES, 2013, pp. 709 y 710; HEREDIA CERVANTES, 2015, pp. 368-370; GARCÍA RUBIO y HERRERO OVIEDO, 2018, p. 77.

en el art. 10.1 LTRHA. Dicha nulidad implica un juicio negativo y contrario a este negocio por parte del legislador, lo que lleva a considerar que la materia sobre la que recae el contrato es imposible desde el punto de vista legal, con lo que el contrato de gestación por sustitución incumpliría ese primer requisito objetivo.

En íntima relación con la imposibilidad jurídica se encuentra el segundo presupuesto del objeto del contrato, que consiste en su licitud y que aparece contemplado en el art. 1.271 del Código civil. Si se tiene en cuenta que el art. 10.1 LTRHA considera nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución (lo que determina, por tanto, que no produzca efecto alguno), puede afirmarse que no es conforme con la ley (española) convenir con una mujer que esta gestic y renuncie a la filiación materna a favor del otro contratante⁶⁸. Podría precisarse que, en estos supuestos, lo ilícito no es la cosa en sí misma, sino el comercio con esa cosa⁶⁹, que deviene *extra commercium* en virtud de la nulidad del contrato declarada por la ley⁷⁰, infringiendo, por tanto, la exigencia que impone el art. 1.271-I CC. Cabe afirmar, en definitiva, que la nulidad de los contratos de gestación por sustitución provoca que tales acuerdos no produzcan efectos jurídicos en virtud de una decisión adoptada por el legislador, que no los ha considerado merecedores de la tutela que el ordenamiento jurídico dispensa a otros actos que son fruto de la autonomía de la voluntad de las partes. De este modo, las cosas o servicios que integran su objeto resultarían *expulsadas* del comercio de las personas⁷¹.

En cuanto al contrato de encargo de gestación por sustitución, que puede englobar o no un contrato de gestación subrogada *stricto sensu*, podría entenderse que, aun en aquellos casos en los que la obligación asumida por la empresa intermediaria fuera considerada únicamente de servicios (asesoramiento legal y médico, actividades de acompañamiento y guía en el país extranjero, por ejemplo) y no de resultado (entrega del bebé), los servicios prestados por la agencia también podrían ser calificados de ilícitos, al encontrarse directamente orientados a conseguir que una mujer (que, como se ha dicho reiteradamente, por regla general se encuentra fuera de nuestro país) gestic para los padres de intención, por ser nulo este contrato en el ordenamiento español. Podría afirmarse, por lo tanto, que los servicios contratados no se ajustan a la legalidad vigente, representada en esta materia por el art. 10.1 LTRHA⁷². Con esto no se

⁶⁸ En esta línea, el voto particular a la STS (Pleno), de 6.2.2014 (MP: Sarazá Jimena; ROJ STS 247/2014), 2^o-3, afirma que, en el momento actual, las prácticas de gestación por sustitución son ilegales en España, aunque también añade que ha de distinguirse esta situación “de sus efectos cuando provienen de un Estado en el que se admiten y tienen eficacia vinculante basada en la jurisprudencia emanada de su Tribunal Supremo (*case law*)”.

⁶⁹ Según la distinción efectuada por Díez-PICAZO, 1993, p. 208. Nótese que este autor, que afirma expresamente que la maternidad subrogada está prohibida por una disposición legal, sostiene que en estos casos no nos encontramos ante una ilicitud objetiva; lo que sucede, a su juicio, es que la prohibición legal impone una extracomercialidad en circunstancias determinadas.

⁷⁰ En contra, en cambio, FARNÓS AMORÓS, 2017, p. 225

⁷¹ Esta consideración explica que en la propuesta de regulación del contrato de gestación por sustitución que ha efectuado VELA SÁNCHEZ, 2012, p. 132, proponga añadir un cuarto párrafo al art. 1.271 del Código civil en los siguientes términos: “Será admisible el convenio de gestación por sustitución en los términos legalmente establecidos”.

⁷² Nótese, en este sentido, cómo el voto particular a la STS (Pleno), de 6.2.2014 (MP: Sarazá Jimena; ROJ STS 247/2014), que es favorable a mantener la inscripción de la filiación tal y como se había practicado en el Registro civil en virtud de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009 (<https://bit.ly/2PSU3Ws> [fecha de consulta: 5 de marzo de 2020]), afirma de manera expresa

quiere decir ni que el art. 10.1 LTRHA contenga una prohibición, ni que se trate de la norma que refleja los valores constitucionales presentes en este ámbito⁷³: simplemente se constata que es el único precepto expreso contenido en nuestro ordenamiento en relación con el contrato de gestación subrogada, y que declara nulo de pleno derecho tal negocio jurídico, lo que pone de manifiesto el desvalor que merece para el legislador, quien no reconoce a este contrato la posibilidad de generar efectos. Sin embargo —y aquí se encuentra la principal singularidad del negocio que nos ocupa—, por su peculiar naturaleza y objeto, no es posible eliminar sus consecuencias —el recién nacido— una vez producidas⁷⁴, lo que obliga a atender al interés del menor cuando se resuelvan litigios en esta materia.

Cierra el elenco de requisitos objetivos del contrato el relativo a su determinación, contemplado en el art. 1.273 del Código civil, y anticipado por la exigencia de certeza del objeto que efectúa el art. 1.261-2º, también del Código civil. En este punto, el análisis de las concretas estipulaciones que se contienen en los contratos de gestación por sustitución de los que se han ocupado las Audiencias Provinciales y, en particular, las de garantía de éxito que han sido objeto de atención *supra* (epígrafe 1.1), lleva a pensar que el presupuesto legal consistente en la determinación y certeza del objeto sí que se cumple en estos casos, ya que, por un lado, se pacta el nacimiento de al menos un niño o una niña y, por otro, el abono de los honorarios⁷⁵. Ha de indicarse, sin embargo, que en algún supuesto la parte demandada opone a la pretensión de la actora la inexistencia de precio cierto y determinado, aunque el calendario de pagos que se reproduce en la sentencia permite afirmar que el precio sí que estaba determinado *ab initio*⁷⁶; cosa distinta es que la agencia demandada intentara incrementarlo por diversos conceptos no previstos inicialmente, que es lo que parece que ocurre en ese supuesto.

(iii) Causa

Si se parte de la premisa de que el concepto de causa ha sido considerado “uno de los más oscuros, confusos, y difíciles de aprehender, de la doctrina y de la técnica del Derecho civil”⁷⁷, se entenderá que la alusión a este elemento se limite a los aspectos que resulten estrictamente

que en la actualidad las prácticas consistentes en acordar la gestación por sustitución en España son ilegales (apartado 2º-3).

⁷³ En cambio, para la STS (Pleno), de 6.2.2014 (MP: Sarazá Jimena; ROJ STS 247/2014), el art. 10.1 LTRHA parece *condensar* el orden público internacional en materia de filiación de nacidos mediante el recurso a la gestación por sustitución (FD 3º-10). Se muestra muy crítico con esta consideración HEREDIA CERVANTES, 2015, p. 370. Este autor sostiene que, en este caso, para rechazar la inscripción de la certificación registral extranjera al Tribunal Supremo le hubiera bastado alegar la exigencia derivada de los arts. 23 LRC 1957 y 85 del Reglamento del Registro Civil (desde ahora, RRC), aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958, según la cual la certificación extranjera debe dar prueba de la realidad del hecho inscrito (HEREDIA CERVANTES, 2015, p. 363).

⁷⁴ En el apartado 2º-3 del Voto particular a la STS (Pleno), de 6.2.2014 (MP: Sarazá Jimena; ROJ STS 247/2014), se afirma expresamente que el art. 10.1 LTRHA es una norma que “anula el contrato, pero que no elimina sus consecuencias una vez producidas”.

⁷⁵ En la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 11ª), de 13.5.2019 (MP: Casillas Agüero; ROJ SAP B 5570/2019), se afirma que la parte demandada “se comprometía por un precio cierto, determinado y cerrado a hacer las gestiones oportunas para obtener el resultado del nacimiento de un bebé biológico de uno de los actores...” (FD 1º).

⁷⁶ Se trata del caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 4ª), de 15.1.2019 (MP: Ríos Enrich; ROJ SAP B 74/2019).

⁷⁷ Díez-PICAZO, 1993, p. 215.

indispensables para poder dar por cerrado el análisis de los presupuestos del contrato. En consecuencia, nos limitaremos a ofrecer algunos apuntes sobre la causa y a ponerlos en relación con el contrato de gestación subrogada. De entrada puede señalarse, de acuerdo con Díez-PICAZO, que el principal problema de la causa es el de un control de la autonomía privada por parte del ordenamiento jurídico. En su opinión, las partes no se vinculan porque quieran hacerlo libre y espontáneamente, sino que “es preciso que, al hacerlo, den cauce a intereses que el ordenamiento considere como legítimos y que los resultados que buscan establecer lo sean también desde el punto de vista del ordenamiento jurídico”. Esto obliga no solo a valorar el preciso contrato o negocio que las partes celebran, sino, también, las finalidades que las partes persiguen a través de su celebración, cuando adquieren una relevancia que influye sobre el contrato⁷⁸. Lo que se acaba de decir conecta con la regulación de la causa ilícita, contenida en el art. 1.275 del Código civil, que requiere que la causa sea lícita y define la causa ilícita como aquella que se opone a las leyes o a la moral. En consecuencia, y aun cuando se admitiera que el contrato de gestación subrogada no está prohibido en nuestro Derecho, es innegable que se trata de un negocio que no produce efectos por decisión expresa del legislador, que es lo que probablemente ha llevado a afirmar que esta práctica es ilegal en nuestro país⁷⁹, lo que llevaría a afirmar, a su vez, que su causa es ilícita⁸⁰. La misma conclusión se alcanzaría en caso de considerar que el contrato de gestación por sustitución es contrario al orden público⁸¹, tesis sustentada por el Tribunal Supremo⁸² y no exenta de críticas⁸³. Un último dato que corrobora la existencia de problemas en la causa de estos negocios se encuentra en una de las propuestas reguladoras del contrato de gestación subrogada, que propone añadir un apartado del siguiente tenor al art. 1.275 del Código civil: “Será válido el convenio de gestación por sustitución en los términos legalmente establecidos”⁸⁴.

2.2. Las consecuencias de la falta de los requisitos negociales y las sentencias de las Audiencias Provinciales

Tras el análisis del contrato de gestación por sustitución desde el punto de vista de la regularidad de sus requisitos, cabe concluir que el contrato en virtud del cual una parte se compromete con la otra a lograr el nacimiento de un niño o niña, a cuya filiación renuncia la madre, es nulo, con independencia de que las partes sean los comitentes y la mujer gestante, o que lo sean la agencia y los padres de intención⁸⁵: abona esta calificación no solo la letra del art. 10.1 LTRHA; también,

⁷⁸ Díez-PICAZO, 1993, pp. 235 y 236.

⁷⁹ Apartado 2º-3 del Voto particular a la STS (Pleno), de 6.2.2014 (MP: Sarazá Jimena; ROJ STS 247/2014).

⁸⁰ A juicio de QUICIOS MOLINA, 2019, p. 7, la cuestión de la causa genera, junto al objeto, otro de los problemas irresolubles en materia de gestación por sustitución.

⁸¹ Díez-PICAZO, 1993, pp. 242 y 243.

⁸² En el FD 3º de su STS (Pleno), de 6.2.2014 (MP: Sarazá Jimena; ROJ STS 247/2014).

⁸³ En este punto, por todos, HEREDIA CERVANTES, 2015, pp. 365 y ss., donde no solo critica el modo en que el Tribunal Supremo ha aplicado la cláusula de orden público (haciéndolo respecto de una determinada institución y no de los efectos que supondría la inscripción del documento extranjero), sino, también, la delimitación del orden público a través del art. 10 LTRHA.

⁸⁴ VELA SÁNCHEZ, 2012, p. 132.

⁸⁵ Pues el elemento decisivo está en que se convenga la gestación a cargo de una mujer que renuncia a la filiación a favor del contratante o de un tercero, y en los casos resueltos por las sentencias de las Audiencias Provinciales la empresa se compromete a lograr el nacimiento de un niño, de modo que aunque en algunas de esas resoluciones se haga mención expresa al contrato concluido entre los padres de intención y la madre gestante, el que suscriben los comitentes y la agencia intermediaria tiene el mismo objeto.

como se acaba de exponer, las reglas generales en materia de requisitos contractuales —las del Código civil—, que permiten afirmar que el objeto del contrato es imposible y que su causa es ilícita.

Por lo tanto, si se pactara un contrato de esta naturaleza en nuestro país, su nulidad, impuesta por el art. 10.1 LTRHA y resultante, también, de la falta de concurrencia de (algunos) requisitos esenciales del contrato⁸⁶, facultaría a cualquier interesado para solicitar una declaración judicial en este sentido. La sentencia que acogiera tal pretensión daría lugar a que se deshicieran los desplazamientos eventualmente realizados en virtud del contrato nulo, imponiendo el art. 1.303 del Código civil a las partes la restitución recíproca de las prestaciones efectuadas⁸⁷, sin que cupiera ninguna forma de confirmación o convalidación de dicho negocio⁸⁸. Lo que ocurre en estos supuestos, a diferencia de lo que sucede en el contrato de obra típico de Derecho patrimonial, es que el *resultado* del negocio consiste en el nacimiento de un niño o una niña, resultado que no puede deshacerse, por lo que la aplicación estricta de las consecuencias propias de la nulidad contractual provocaría más problemas de los que resolvería, como enseguida se explicará. Así, la imposición de los efectos propios de la nulidad daría lugar a que los comitentes se vieran *privados* del recién nacido, mientras que la mujer gestante, considerada madre del niño o niña en virtud de lo dispuesto en el art. 10.2 LTRHA, quedaría obligada a restituir el precio o compensación económica que hubiera recibido, así como a quedarse con el bebé (y, por tanto, a hacerse cargo del mismo), a pesar de haber renunciado a su filiación, y con independencia de cuál fuera su situación (económica, personal). Nos encontramos, así, en una situación de difícil solución: ante un contrato que es nulo y, por tanto, no susceptible de sanación por ninguna vía, que ha producido no obstante una *consecuencia material* —el nacimiento de un niño— que no puede ser eliminada, y que además da entrada a la necesidad de tener en cuenta el interés del menor⁸⁹, aspectos estos que, aunque no se compadecen con la categoría clásica de nulidad, deberían ser tomados en consideración cuando un caso de esta naturaleza llegara a los tribunales. De hecho —y aunque se refieren a supuestos de gestación subrogada practicada en el extranjero— es probable que esta realidad sea la que informa (y explique) las distintas resoluciones de la DGRN que han admitido la inscripción de la filiación de los niños nacidos en el extranjero a favor de los padres de intención⁹⁰, decisiones a las que se hará referencia en el próximo epígrafe.

Menos dificultades plantean (o deberían plantear), en cambio, aquellos supuestos en los que el contrato de gestación subrogada aún no hubiera producido sus efectos, esto es, cuando no se hubiera logrado el nacimiento de un bebé. Han sido justamente estos los casos que han sido resueltos por las sentencias de las Audiencias provinciales de Barcelona y Zaragoza a las que se ha aludido a lo largo de este apartado. En todos ellos se repite el supuesto de hecho: los padres

⁸⁶ Como explica QUICIOS MOLINA, 2019, p. 11, el pacto en virtud del cual la gestante se compromete a entregar el nacido a los comitentes también viola el contenido del art. 44.1 LRC, norma de carácter imperativo, lo que añade otro argumento a su inexigibilidad y a su ineficacia.

⁸⁷ Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 203 y 204.

⁸⁸ Delgado Echeverría y Parra Lucán, 2005, pp. 49 y 50.

⁸⁹ En este punto es de interés la consideración apuntada por VAQUERO PINTO, 2018, p. 247, quien al pronunciarse acerca de una posible regulación de la gestación por sustitución, sostiene que “cuando se celebra el contrato de gestación no hay ningún menor al que proteger”, llegando incluso a afirmar que la protección del menor podría jugar como elemento en contra de la admisión de la figura.

⁹⁰ Puede encontrarse un análisis de algunas de las principales resoluciones dictadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado en esta materia, así como una propuesta de clasificación de las mismas, en DÍAZ FRAILE, 2019, pp. 96 y ss.

de intención suscriben un contrato de encargo de gestación subrogada con una empresa intermediaria (la misma, en todos los casos) que no llega a buen fin, motivo por el que demandan a la empresa reclamando la devolución de las sumas abonadas. Sobre la base de lo hasta aquí expuesto, parece que lo razonable hubiera sido solicitar la declaración de nulidad del contrato, petición que solo se produce, sin embargo, en dos casos: en uno de ellos, por vicios del consentimiento y/o por falta de objeto⁹¹ y, en el otro, únicamente por vicios del consentimiento⁹², interesándose además en ambos litigios, con carácter subsidiario, la resolución del contrato por incumplimiento de la empresa demandada. Esta última parece ser la pretensión principal de los restantes demandantes (al menos, es lo que resulta de los datos contenidos en las sentencias) y es la finalmente acogida en todas las sentencias dictadas⁹³, sin haber aflorado, en ninguno de estos supuestos, ni la declaración expresa de nulidad del contrato de gestación subrogada efectuada por el art. 10.1 LTRHA, ni los problemas que aquejan a algunos de los requisitos esenciales del contrato⁹⁴. En cualquier caso, la estimación de las demandas interpuestas por los comitentes insatisfechos ya ha provocado una primera consecuencia: el cese de la actividad de la empresa intermediaria, que “ya no acepta nuevos procesos de gestación subrogada, dedicándose exclusivamente a la finalización de los procesos en curso”⁹⁵.

3. La óptica registral

3.1. Premisas

De entre las distintas facetas que presenta el fenómeno de la maternidad subrogada, ocupa un lugar relevante la relativa a la inscripción de la filiación del recién nacido (que habrá acaecido en el extranjero) como hijo de los padres de intención en el Registro civil⁹⁶, siendo esta una de las

⁹¹ Se trata del caso resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 1^a), de 28.11.2019 (MP: Merchán Marcos; ROJ SAP B 14112/2019).

⁹² Supuesto enjuiciado en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 11^a), sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 11^a), de 13.5.2019 (MP: Casillas Agüero; ROJ SAP B 5570/2019).

⁹³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 4^a), de 15.1.2019 (MP: Ríos Enrich; ROJ SAP B 74/2019); sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 11^a), de 13.5.2019 (MP: Casillas Agüero; ROJ SAP B 5570/2019); sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 19^a), de 18.7.2019 (MP: Vila i Cruels, ROJ SAP B 10735/2019); sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 1^a), de 28.11.2019 (MP: Merchán Marcos; ROJ SAP B 14112/2019). La sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (sección 4^a), de 15.2.2019 (MP: De Gracia Muñoz; ROJ SAP Z 1020/2019) analiza dos procedimientos de gestación subrogada distintos (uno en Ucrania y otro en Grecia) y desestima el recurso interpuesto por la agencia intermediaria, confirmando la declaración de incumplimiento sustancial del contrato efectuada por la sentencia de primera instancia y la condena a la demandada a devolver a la parte actora las sumas percibidas en concepto de honorarios y gastos.

⁹⁴ Este silencio quizás se explique por la voluntad del tribunal de eludir la aplicación del art. 1.306 del Código civil, precepto que priva a los contratantes del derecho a la recíproca restitución de las prestaciones cuando el contrato tiene una causa torpe. Sin embargo, como explica DELGADO ECHEVERRÍA, 1993, pp. 558 y 559, quedan fuera del ámbito de regulación de esta norma los supuestos de objeto lícito y los de causa ilícita del art. 1.275 del Código civil, lo que da lugar a que en esos casos se aplique la regla de la recíproca restitución del art. 1.303 del Código civil.

⁹⁵ Esta información ha sido extraída de la página web de la empresa (<https://subrogalia.com/>; fecha de consulta: 15 de febrero de 2020), condenada en todas las sentencias analizadas a devolver los honorarios abonados por los comitentes por no haber alcanzado el resultado pactado.

⁹⁶ Aunque debe quedar claro que la dimensión registral es solo uno de los múltiples aspectos del problema, como bien subraya ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2019, p. 628.

cuestiones más estudiadas por la doctrina. Esta circunstancia tiene fácil explicación ya que, en el supuesto que nos ocupa, el resultado que se logra a través del contrato de gestación subrogada es el nacimiento de un niño o niña, efecto contractual que no puede deshacerse a pesar de la nulidad del contrato en el Derecho español. En consecuencia, nos encontramos con un menor cuya filiación, previamente establecida en el extranjero por las autoridades locales competentes, pretende su acceso al Registro civil, lo que obliga a aplicar las normas que regulan la inscripción en España de títulos extranjeros y no la norma de conflicto contenida en el art. 9.4 del Código civil⁹⁷. Por lo tanto, salvo que se considere que el reconocimiento de la decisión extranjera que determina la filiación a favor de los padres de intención resulta contrario al orden público español⁹⁸, resultaría indiferente la calificación como nulo en nuestro ordenamiento del contrato a cuyo amparo se gestó y alumbró ese bebé⁹⁹. Puede decirse, pues, que el *quid* de la cuestión —si nos situamos en el plano registral— reside en determinar si los comitentes pueden aparecer como progenitores en los asientos del Registro civil español. La abundancia de los estudios dedicados a este aspecto y la calidad de muchos de ellos explican que este apartado tenga un contenido limitado a la vez que modesto, que se ofrece únicamente a modo de cierre a esta aproximación a la gestación por sustitución. Así, por un lado, se efectuará un rápido repaso a los que podrían considerarse *hitos principales* en la materia; por otro, se valorarán brevemente las posibles respuestas que la LRC 2011 da a esta cuestión.

3.2. La intervención de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Aunque se ha apuntado, con razón, que la DGRN no puede resolver el problema que plantea la gestación subrogada, pues ni crea Derecho a través de sus instrucciones, ni pone fin a las reclamaciones de los padres de intención mediante sus resoluciones, que están sujetas a fiscalización judicial¹⁰⁰, sí que es cierto que, al amparo —o, mejor, durante la vigencia— de su Instrucción de 5 de octubre de 2010¹⁰¹, se han dictado al menos una veintena de resoluciones en supuestos de reclamación de inscripción de la filiación de nacidos en el extranjero por gestación

⁹⁷ HEREDIA CERVANTES, 2013, pp. 693-695, explica que los casos que han llegado a conocimiento de la DGRN se refieren a supuestos en los que se ha establecido previamente la relación de filiación en el extranjero por las autoridades locales, de manera que cuando se pretende su inscripción en el Registro civil español, se aporta un título acreditativo de tal filiación. En estos supuestos se aplica la denominada tutela por reconocimiento, a través de la cual ha de decidirse si se permite la continuidad en España de una relación jurídica determinada en el extranjero. En cambio, si se pretendiera la inscripción mediante una declaración ante el encargado del Registro civil o ante las autoridades judiciales (en este caso, a través de una acción de filiación), nos encontraríamos ante un supuesto en el que la tutela que se solicita es declarativa, que requiere comprobar si realmente existe una relación de filiación mediante la aplicación del ordenamiento nacional al que remite la norma de conflicto. Nótese, en cualquier caso, que se ha advertido que no todos los asuntos en materia de gestación por sustitución llevados a cabo en el extranjero deben abordarse siempre desde la perspectiva del reconocimiento, pues hay supuestos en los que también cabe una aproximación desde la ley aplicable (ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2013b, p. 82).

⁹⁸ Como ya se ha dicho *supra*, la STS (Pleno), de 6.2.2014 (MP: Sarazá Jimena; ROJ STS 247/2014) estima infringido el orden público español en su FD 3º-10. Puede encontrarse un resumen de las principales posiciones doctrinales acerca de este concreto punto, por ejemplo, en HEREDIA CERVANTES, 2013, pp. 708-712, quien, por cierto, considera que no habría vulneración del orden público.

⁹⁹ Se ha criticado, no obstante, la incoherencia que resulta de la diversidad de respuestas a un mismo fenómeno en función del tipo de tutela que se dispense: se admitiría la filiación a favor de los padres de intención si se solicita una tutela por reconocimiento, mientras que se denegaría si se trata de una tutela por declaración (en este sentido, HEREDIA CERVANTES, 2013, p. 695, nota 20).

¹⁰⁰ Tal y como apunta ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2019, p. 628.

¹⁰¹ Publicada en el BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

subrogada¹⁰². Es innegable, por tanto, que a través de sus resoluciones e instrucciones el Centro directivo ha desempeñado un papel fundamental en la búsqueda de soluciones (prácticas) a una de las principales dificultades que, desde el punto de vista técnico-jurídico, plantea el contrato de gestación subrogada ejecutado en el extranjero y concluido con éxito, que no es otra que la inscripción en el Registro civil español de la filiación del bebé como hijo de los padres de intención. Por regla general, en los casos que han llegado hasta la Dirección General la filiación ya había sido determinada en el lugar de nacimiento del niño por las autoridades locales; el problema surge cuando se pretende su inscripción en el Registro español mediante la presentación de un documento acreditativo de dicha filiación¹⁰³, que suele consistir bien en una resolución judicial, bien en una certificación registral expedida por la autoridad administrativa extranjera. Tras la publicación de la mencionada Instrucción de 5 de octubre de 2010, esta disparidad de títulos ha provocado, a su vez, una disparidad de resoluciones de la DGRN: las estimatorias de la solicitud de inscripción de filiación del menor, cuando los menores han nacido en países en los que la autoridad judicial interviene en el procedimiento (típicamente, los casos procedentes de California) y las denegatorias, relativas a los nacidos en lugares donde no se requiere la intervención judicial (supuestos de niños nacidos en India), por lo que los padres de intención solo disponen de certificaciones registrales de las autoridades locales¹⁰⁴.

Para evitar reiteraciones innecesarias, no se hará una revisión de las resoluciones más importantes que han recaído en este asunto, que son suficientemente conocidas y que han sido analizadas en profundidad en distintos estudios¹⁰⁵. En las próximas líneas únicamente se efectuará una referencia general a las Instrucciones de la DGRN en la materia, con particular atención a la de 5 de octubre de 2010, que se dictó pocos días después de que el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia¹⁰⁶ estimara el recurso del Ministerio Fiscal contra la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009¹⁰⁷, en la que se había ordenado la inscripción en el Registro civil consular del nacimiento y la doble filiación paterna de dos gemelos nacidos en California mediante el recurso a la gestación por sustitución. La sentencia del juzgado valenciano¹⁰⁸ ordena dejar sin efecto la inscripción de nacimiento de los menores en el Registro consular, así como las menciones de filiación contenidas en ella. Ante esa resolución judicial, y para garantizar la “conveniente uniformidad” y la “deseable seguridad jurídica” que deben caracterizar la práctica registral, el Centro Directivo aprueba la Instrucción de 5 de octubre de 2010, con el objetivo esencial de “dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución”, entre los que menciona expresamente “la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres”. La posición adoptada en la Instrucción

¹⁰² De acuerdo con la información proporcionada por DÍAZ FRAILE, 2019, p. 96.

¹⁰³ Como explica HEREDIA CERVANTES, 2013, p. 693.

¹⁰⁴ Analiza estos dos grupos de resoluciones DÍAZ FRAILE, 2019, pp. 99-108.

¹⁰⁵ Entre los trabajos de más interés pueden citarse, por ejemplo, los de HEREDIA CERVANTES, 2013, pp. 695 y ss.; HEREDIA CERVANTES, 2015, pp. 347 y ss.; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2010, pp. 347-354; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2013a, pp. 427-431; FARNÓS AMORÓS, 2010.; DÍAZ FRAILE, 2019, pp. 72 y ss. y pp. 96 y ss.

¹⁰⁶ Sentencia del Juzgado de 1^a instancia de Valencia, de 15.9.2010 (MP: Taberero Moreno, ROJ: SJPI 25/2010).

¹⁰⁷ Resolución accesible en <https://bit.ly/2PSU3Ws> (fecha de consulta: 3 de marzo de 2020).

¹⁰⁸ Que deviene firme tras un largo *iter* judicial, que concluye, como es sabido, con la STS (Pleno), de 6.2.2014 (MP: Sarazá Jimena; ROJ STS 247/2014) y el Auto del mismo Tribunal de 2.2.2015 (MP: Sarazá Jimena; ROJ ATS 335/2015).

para alcanzar los propósitos en ella declarados¹⁰⁹ parte de un requisito insoslayable: la necesidad de presentar, ante el encargado del Registro civil, una resolución judicial en la que se establezca la filiación del nacido dictada por tribunal competente¹¹⁰, siempre que tal resolución fuera reconocida en España¹¹¹. En cambio, declara que “en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante” (directriz segunda de la Instrucción). Esta exclusión ha sido objeto de severas críticas doctrinales con fundamento en la vulneración de los artículos 23 LRC 1957 y 85 RRC¹¹², que han sido rebatidas por otros autores, favorables a la expulsión de la certificación registral como título válido para la inscripción en el Registro civil español con fundamento en el contenido —muchas veces limitado— de las certificaciones registrales extranjeras¹¹³.

Para completar el panorama de la actividad de la DGRN, es preciso efectuar una breve alusión a las dos Instrucciones que el Centro Directivo dictó en febrero de 2019, con solo cuatro días de diferencia. La primera, que ni siquiera llegó a ser publicada en el BOE¹¹⁴, tiene fecha de 14 de febrero de 2019 y una larguísima Exposición de Motivos, así como cinco directrices. En ella se reiteraba la posibilidad de que las resoluciones judiciales extranjeras que determinan la filiación de los nacidos como consecuencia de la gestación por sustitución y fueran reconocidas en nuestro país accedieran al Registro civil español. Además, ampliaba las posibilidades de inscripción previstas en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 —y esta fue sin lugar a dudas la razón de su aprobación— al permitir la inscripción de la filiación del nacido a favor del padre comitente (que hubiera aportado material genético) mediante certificación registral extranjera o declaración acompañada de certificación médica del nacimiento del menor, siempre y cuando (i) constase la identidad de la madre gestante (extranjera) y el nacimiento hubiera tenido lugar en el extranjero; (ii) resultara acreditada la filiación del menor respecto de un progenitor español (por sentencia firme recaída en un procedimiento de filiación o por declaración del padre, confirmada a través

¹⁰⁹ Posición que ha sido calificada como ecléctica por DÍAZ FRAILE, 2019, p. 90.

¹¹⁰ La propia Instrucción precisa que esta exigencia atiende al cumplimiento de varias finalidades, siendo las dos fundamentales las siguientes: por un lado, controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato en el ordenamiento jurídico en el que se ha llevado a cabo y, por otro, proteger los intereses del menor y la madre gestante. Según HEREDIA CERVANTES, 2015, p. 354, la DGRN recurrió a tres instrumentos para lograr la protección plena del interés del menor: (i) trató de habilitar los medios necesarios para que la filiación accediera al Registro civil español cuando al menos uno de los progenitores fuera de nacionalidad española; (ii) intentó evitar que con la inscripción registral se dotase de apariencia de legalidad a supuestos de tráfico internacional de menores y (iii) procuró asegurar el derecho del menor a conocer su origen biológico. De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Instrucción, la exigencia de resolución judicial extranjera permite, también, tutelar los intereses de la mujer gestante, puesto que permite constatar su plena capacidad jurídica y de obrar, así como la eficacia legal del consentimiento prestado sin vicios.

¹¹¹ Los criterios para el reconocimiento están contemplados en la directriz primera, puntos 2 y 3, de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, y se describen por DÍAZ FRAILE, 2019, pp. 92 a 96.

¹¹² Por todos, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2010, pp. 358 y 359; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2019, p. 628, donde llega a calificar la Instrucción de ilegal, por eliminar supuestos —el de las certificaciones registrales— que están admitidos por la ley.

¹¹³ Así, HEREDIA CERVANTES, 2013; HEREDIA CERVANTES, 2015, pp. 351-354.

¹¹⁴ Lo que no ha impedido que se encuentre disponible en línea (https://e00-el-mundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion_gestacion.pdf; fecha de consulta: 6 de marzo de 2020).

de medios de prueba suficientes, siendo preferente la prueba de ADN)¹¹⁵. Asimismo, permitía la constitución de una nueva relación de filiación a favor de la otra parte comitente (esposa, marido o pareja del progenitor cuya filiación ha quedado inscrita) a través de un procedimiento de adopción del menor tramitado en España, con los requisitos del art. 177 del Código civil (que exige el asentimiento de la madre gestante prestado libremente, en la forma legal requerida y por escrito, y una vez transcurridas seis semanas desde el parto). Sin embargo, solo dos días después, el Gobierno publicó una nota de prensa informando de que el Ministerio de Justicia dejaba sin efecto la Instrucción enviada a los registros consulares sobre gestación subrogada en el extranjero¹¹⁶, y el día 18 de febrero de 2019 dicta una nueva Instrucción¹¹⁷ en la que expresamente deja sin efecto la de 14 de febrero de 2019 (punto 1) y declara (punto 2) la aplicabilidad de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 a las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de esa Instrucción (la de 18 de febrero de 2019). Por lo tanto, a todos los efectos registrales, las directrices actualmente en vigor son las de la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

Se constata, de esta manera, una idea que se ha ido exponiendo a lo largo de todo el trabajo: con independencia de la proclamada nulidad del contrato de gestación por sustitución en nuestro país, cuando se recurre (casi siempre en el extranjero) a la maternidad subrogada y esta práctica tiene éxito (bien podría decirse aquí que *produce frutos*), no pueden hacerse desaparecer los efectos del contrato nulo; por lo tanto, una vez nacido el niño, ha de protegerse su interés en todo caso y por todas las vías posibles (incluida la registral). Como resulta de lo que se acaba de exponer, aunque en nuestro país se ha atendido parcialmente a la resolución del problema mediante una Instrucción de la DGRN relativa a los aspectos registrales de la cuestión (que permite dar respuesta a un buen número de cuestiones prácticas), la regulación sustantiva no ha sido objeto de atención por parte del legislador¹¹⁸, lo que ha generado una situación de inseguridad jurídica nada deseable y que no es susceptible de respuesta únicamente desde un plano exclusivamente nacional, dada la dimensión internacional de este fenómeno.

¹¹⁵ Así, directriz segunda, puntos 1 y 2. La directriz tercera también permitía la determinación de la filiación a favor de la mujer que hubiera aportado material genético cuando se acreditara la negativa de la madre gestante a hacerse cargo del menor y la inscripción de la filiación en el Registro del país extranjero de la filiación respecto de la madre comitente.

¹¹⁶ Disponible en línea en: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/justicia/Paginas/2019/160219gestacion-subrogada.aspx> (fecha de consulta: 6 de marzo de 2020).

¹¹⁷ Que se encuentra publicada en el BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2019.

¹¹⁸ A pesar de que la doctrina lleva años subrayando la necesidad de dotar de respuesta legislativa a esta realidad; así, por ejemplo, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2010, pp. 375 y 377; el mismo autor, casi nueve años después, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, 2019, pp. 624, 625, 636, 637 y 647. También FARNÓS AMORÓS, 2017, p. 217, donde critica precisamente que las decisiones en materia de gestación subrogada se hayan venido adoptando de acuerdo con los criterios contenidos en una Instrucción de origen administrativo —que, como se ha advertido, no resulta conforme con la única Sentencia que ha dictado el Tribunal Supremo en la materia, a pesar de lo cual no ha sido modificada—, a través de decisiones de un órgano no legislativo. Esta misma autora reclama una reforma en profundidad del sistema de filiación del Código civil para dar respuesta a las numerosas cuestiones que plantea la filiación derivada del recurso a las técnicas de reproducción humana asistida (FARNÓS AMORÓS, 2015, pp. 50-52). También reclaman una regulación para la gestación subrogada, tanto desde un punto de vista interno como desde una perspectiva internacional y proponen unas pautas para abordar esa normativa GARCÍA RUBIO y HERRERO OVIEDO, 2018, pp. 85-88.

3.3. La respuesta de la nueva Ley del Registro Civil

A modo de cierre, y sin abandonar el ámbito registral, se hará una breve alusión a las disposiciones contenidas en la LRC 2011 que, aunque no hacen referencia concreta a la inscripción de la filiación de los nacidos en el extranjero como resultado del recurso a la gestación subrogada, resultarán de aplicación¹¹⁹ cuando se solicite el acceso al Registro civil español de documentos expedidos en el extranjero en los que se determine la filiación de esos niños o niñas¹²⁰. De entrada, deben hacerse dos advertencias en relación con dichas normas: por un lado, que estos preceptos no van a incidir en las cuestiones sustantivas que plantea el fenómeno — esto es, en la eficacia del contrato de gestación por sustitución¹²¹—, ya que se limitan únicamente a su faceta registral; por otro, que parten siempre de la existencia de una relación de filiación constituida en el extranjero. Las reglas de mayor interés en este punto se encuentran contenidas en los artículos 96 y 98 LRC 2011, y contemplan, la primera, los requisitos de inscripción en el Registro Civil español de sentencias y otras resoluciones judiciales extranjeras, mientras que la segunda se refiere a los presupuestos para dar entrada en el Registro a las certificaciones registrales extranjeras¹²². Respecto de ambos preceptos se ha criticado que sigan haciendo depender el acceso al Registro del documento extranjero de la valoración que se efectúe acerca de su compatibilidad con el orden público español¹²³ (imposición que resulta de los arts. 96.2.2º.d) y 98.1.d) LRC 2011), mientras que en relación con el segundo se ha afirmado que eleva a rango de ley una de las soluciones contempladas en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010¹²⁴, a la vez que la flexibiliza, en el sentido de que también admite la inscripción a partir de certificaciones extranjeras¹²⁵. Puede afirmarse, en definitiva, que la LRC 2011 no va a cambiar sustancialmente la difícil situación actual, pues la exigencia de falta de contrariedad manifiesta de la inscripción de los documentos extranjeros (ya sean resoluciones judiciales, ya certificaciones registrales) con el orden público español va a provocar que se deniegue la inscripción de la filiación en estos supuestos, “a menos que varíe la posición del Tribunal

¹¹⁹ A partir de la entrada en vigor del grueso de la normativa incluida en la misma; de momento, está previsto que tenga lugar el 30 de junio de 2021, en virtud de lo previsto en la Disposición final segunda del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril.

¹²⁰ Ha de hacerse notar que durante el *iter* legislativo que desembocó en la modificación de la LRC operada por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro civil (publicada en el BOE núm. 167, de 14 de julio de 2015), hubo un proyecto (en 2014) que contemplaba una redacción del art. 44.7 LRC que daba entrada a la constancia registral de hijos nacidos mediante gestación subrogada y que sin embargo desapareció en el trámite de enmiendas, lo que puede considerarse demostrativo de que la voluntad del legislador continúa siendo reacia a la admisión de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento. Acerca de las vicisitudes de este art. 44.7 véase, por todos, GETE-ALONSO Y CALERA, 2018, pp. 20 a 24.

¹²¹ Obsérvese que, aun cuando distintos preceptos contenidos en la LTRHA fueron modificados por la Ley 19/2015, recién mencionada (en concreto, arts. 7.3, 8.2 y 9.3), el art. 10.1, que es el que declara la nulidad del contrato, no fue objeto de modificación.

¹²² Puede encontrarse un análisis detenido de estos preceptos y su incidencia en la inscripción de la filiación de los nacidos como resultado de la práctica de la gestación subrogada en DURÁN AYAGO, 2012, pp. 296-305.

¹²³ FARNÓS AMORÓS, 2017, p. 216.

¹²⁴ DURÁN AYAGO, 2012, p. 299, y HEREDIA CERVANTES, 2015, p. 386. A juicio de DÍAZ FRAILE, 2019, p. 127, la regla del art. 98.2 LRC 2011 está simplemente inspirada por la Instrucción.

¹²⁵ DURÁN AYAGO, 2012, pp. 299 y 308.

Supremo sobre esta cuestión o se introduzcan cambios específicos en nuestra normativa interna”, como, por ejemplo, en la LRC 2011 o en la LTRHA¹²⁶.

4. Conclusiones

Resulta difícil ofrecer conclusiones seguras acerca de un fenómeno que presenta múltiples aristas, en el que existen dos intereses merecedores de tutela —el de la madre gestante, por un lado, y el del recién nacido, por otro— y cuyos números reales se desconocen, lo que no impide afirmar que es una práctica que se lleva a cabo por nacionales españoles con relativa frecuencia, como pone de manifiesto el elevado número de agencias intermediarias que ofrecen servicios de gestación subrogada en nuestro país, aunque se ejecuten en el extranjero. Precisamente es la intervención de las empresas de intermediación la que lleva a distinguir entre el contrato de gestación por sustitución *stricto sensu*, para hacer referencia al celebrado entre los comitentes y la gestante, y el contrato de encargo de gestación por sustitución, que sería el acordado entre los padres de intención y la agencia intermediaria.

Cabe apuntar que nos hallamos ante una realidad con una evidente dimensión internacional que ha de tenerse presente en cualquier aproximación que trate de realizarse a la misma, ya que una visión meramente doméstica de la gestación por sustitución no sirve para resolver los principales problemas que plantea. Como se ha puesto de manifiesto, la nulidad del contrato de gestación por sustitución, impuesta por el art. 10.1 LTRHA y corroborada por la aplicación a estos supuestos de las reglas sobre requisitos contractuales del Código civil, no ha impedido el recurso a esta práctica en el extranjero, lo que provoca que el contrato nulo produzca resultados —el nacimiento de un niño o una niña— que no se pueden deshacer. En cualquier caso, resulta llamativo constatar cómo, en los casos en los que el acuerdo de gestación subrogada no llega a buen fin, nuestros tribunales han declarado que existe un incumplimiento contractual, en lugar de afirmar la nulidad de pleno derecho del contrato y decidir en consecuencia.

A pesar de las dificultades apuntadas, resulta imprescindible buscar soluciones para esta situación. De momento (y prácticamente desde que afloró el primer caso mediático), una de las cuestiones recurrentes consiste en la solicitud de inscripción de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante el recurso a la maternidad subrogada, petición que, lógicamente, ha encontrado (casi siempre) respuesta en sede registral, y solo a veces en vía judicial, ámbito en el que resulta fundamental la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, que declara la contrariedad con el orden público español de la inscripción de la filiación de los nacidos por gestación por sustitución. Por lo tanto, hasta el momento la DGRN ha jugado un papel destacado

¹²⁶ HEREDIA CERVANTES, 2015, p. 389, donde precisa que las modificaciones normativas deberían orientarse a excluir la contrariedad con el orden público por el mero hecho de que la relación de filiación constituida en el extranjero tuviera su origen en el empleo de la gestación subrogada. Responde en cierta medida a esta idea la *Propuesta de reforma de la regulación española sobre inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada* efectuada por un grupo de trabajo constituido en el seno de la FUNDACIÓN GARRIGUES y la FUNDACIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN SOBRE EL DERECHO Y LA EMPRESA, 2018 (en <https://www.fidefundacion.es/attachment/1085483/> [Fecha de consulta: 6 de marzo de 2020]). Este documento propone incluir un nuevo artículo 101 en la LRC 2011 del siguiente tenor: “Gestación subrogada. En el caso de la inscripción de títulos extranjeros que acrediten una relación de filiación constituida en el extranjero mediante gestación subrogada, la apreciación de la eventual contradicción con el orden público español deberá tener en cuenta necesariamente el respeto al interés superior del menor, tal y como éste aparece definido en los instrumentos europeos y convencionales en vigor en España”.

en esta materia, principalmente a través de su Instrucción de 5 de octubre de 2010 y de las resoluciones que ha ido dictando, con la consiguiente inseguridad jurídica que lleva consigo este modus operandi.

En definitiva, es preciso abordar la situación teniendo en cuenta todas sus facetas, tanto la interna como la internacional; tanto sus aspectos sustantivos como los registrales y, sobre todo, dispensando una protección incondicional a la madre gestante y al nacido como resultado del recurso a la gestación por sustitución. Posiblemente, la única (o la mejor) vía para lograr la tutela de los distintos intereses en juego consista en la adopción de una convención internacional en la materia.

5. Bibliografía

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2010), “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, N^o 10, 2010, pp. 339-377.

—(2013a), “Filiación natural y filiación adoptiva. Aspectos internacionales”, en M^a Carmen GETE-ALONSO Y CALERA (directora), *Tratado de derecho de la persona física*, Tomo I, Civitas Thomson Reuters, Madrid, pp. 413-467.

— (2013b), “Reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución”, en Joaquín JOAN FORNER *et al.* (coordinadores), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, Madrid, pp. 77-90.

— (2019), “Nuevas y viejas reflexiones sobre la gestación por sustitución”, en M^a Paz GARCÍA RUBIO (directora), *Mujer, maternidad y Derecho. V Congreso sobre la feminización del Derecho privado. Carmona V*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 613-647.

Manuel ATIENZA RODRÍGUEZ (2006), “Reproducción humana asistida. Sobre la nueva ley”, en *El Notario del siglo XXI-Revista* 9 (septiembre-octubre de 2006) (<https://bit.ly/2Twu9Zz>; fecha de consulta: 2 de marzo de 2020).

— (2009), “De nuevo sobre las madres de alquiler”, en *El Notario del siglo XXI-Revista* 27 (septiembre-octubre de 2009) (<https://bit.ly/39fKita>; fecha de consulta: 2 de marzo de 2020).

— (2015), “Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos”, en *El Notario del siglo XXI-Revista* 63 (septiembre-octubre de 2015) (<https://bit.ly/2vA8M1r>; fecha de consulta: 2 de marzo de 2020).

Roncesvalles BARBER CÁRCAMO (2013), “La "legalización administrativa" de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n^o 739, pp. 2.905-2.950.

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2017), *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, 19 de mayo de 2017

(http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf; fecha de consulta: 3 de marzo de 2020).

Pedro DE PABLO CONTRERAS (2018), “Requisitos del contrato”, en Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (coordinador) *et al.*, *Curso de Derecho civil (II). Volumen I. Teoría General de la Obligación y el Contrato*, 5^a ed., Edisofer, Madrid, pp. 337-371.

Jesús DELGADO ECHEVERRÍA (1993), “Comentario al art. 1.306”, en Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ *et al.* (directores), *Comentario del Código civil*. Tomo II, 2^a edición, Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 558-560.

Jesús DELGADO ECHEVERRÍA y M^a Ángeles PARRA LUCÁN (2005), *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid.

Juan Manuel DÍAZ FRAILE (2019), “La gestación por sustitución ante el Registro civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 1, pp. 53-131 (<https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/401>; fecha de consulta: 5 de marzo de 2020).

M^a del Rosario DÍAZ ROMERO (2018), *Autonomía de la voluntad y contrato de gestación subrogada: efectos jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1993), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial I. Introducción. Teoría general del contrato*, 4^a ed., Civitas, Madrid.

Antonia DURÁN AYAGO (2012), “El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011. Relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, N^o 12, pp. 265-308.

Esther FARNÓS AMORÓS (2010), “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, *INDRET* 1/2010 (<https://bit.ly/3aAd7kb>; fecha de consulta: 2 de marzo de 2020).

— (2015), “La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología”, en *Anuario de Derecho civil*, tomo LXVIII, fasc. I, pp. 5-61.

— (2017), “¿Debe permitirse la gestación por sustitución en España?”, en María CASADO (coordinadora), *De la solidaridad al mercado: el cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, Fontamara, México, pp. 195-234.

Paz FERNÁNDEZ-RIVERA GONZÁLEZ (2019), “El denominado Caso Cero de la gestación subrogada. Posición del Tribunal Supremo en torno a la filiación de los niñas y niños nacidos por gestación por sustitución”, en Leonor SUÁREZ LLANOS (coordinadora), *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos: derechos de los menores y maternidad por sustitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 329-357.

FUNDACIÓN GARRIGUES y FUNDACIÓN PARA LA INVESTIGACIÓN SOBRE EL DERECHO Y LA EMPRESA (2018), *Propuesta de reforma de la regulación española sobre inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada*. 1 de octubre de 2018 (<https://www.fidefundacion.es/attachment/1085483/>; fecha de consulta: 3 de marzo de 2020).

M^a Paz GARCÍA RUBIO y Margarita HERRERO OVIEDO (2018), “Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n^o 52, pp. 67-89.

M^a del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA (2018), “La inscripción de nacimiento en la Ley 20/2011. Entre el derecho a la identidad de la persona y la reserva de la maternidad”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 1, pp. 1-51 (<https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/306>; fecha de consulta: 10 de febrero de 2020).

M^a del Carmen GONZÁLEZ CARRASCO (2017), “Gestación por sustitución: ¿regular o prohibir?”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N^o 22/2017, pp. 117-131 (<https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1439>; fecha de consulta: 1 de marzo de 2020).

Iván HEREDIA CERVANTES (2013), “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, en *Anuario de Derecho civil*, tomo LXVI, fasc. II, pp. 687-715.

— (2015), “La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados”, en Pilar BENAVENTE MOREDA y Esther FARNÓS AMORÓS (coordinadoras), *Boletín del Ministerio de Justicia. Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, año LXIX, núm. 2179, pp. 339-396.

Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (2016), “La persona y el Derecho de la Persona”, en Pedro De Pablo Contreras (coordinador) *et al.*, *Curso de Derecho civil (I). Volumen II. Derecho de la Persona*. Reimpresión de la 5^a ed., Edisofer, Madrid 2016, pp. 25 a 36.

— (2019), “Surrogate motherhood in Spanish and Latin American law: the law and the loophole”, en Piotr Mostowik (editor), *Fundamental legal problems of surrogate motherhood. Global perspective*, Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa, pp. 367-397.

Miguel Ángel PÉREZ ÁLVAREZ (2013), “La adopción”, en Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, (coordinador), *Curso de Derecho civil (IV). Derecho de Familia*, 4^a ed., Colex, Madrid pp. 425-439.

Susana QUICIOS MOLINA (2019), “Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar”, *Revista de Derecho privado*, n^o 1, enero-febrero 2019, pp. 3-46.

Encarna ROCA TRÍAS (2015), “*Dura lex sed lex*. O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada”, en Pilar BENAVENTE MOREDA y Esther FARNÓS AMORÓS (coordinadoras), *Boletín del Ministerio de Justicia. Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, año LXIX, núm. 2179, pp. 301-338.

Lorena SALES PALLARÉS (2019), “La pérdida del interés (superior del menor) cuando se nace por gestación subrogada”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, nº 2, pp. 326-347.

M^a José VAQUERO PINTO (2018), “¿Debe admitirse y regularse la gestación por sustitución”, en Roncesvalles BARBER CÁRCAMO, Susana QUICIOS MOLINA y Rafael VERDERA SERVER (coordinadores), *Retos Actuales de la Filiación*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tecnos, Madrid.

Antonio José VELA SÁNCHEZ (2012), *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada.