



**Universidad**  
Zaragoza

## Trabajo Fin de Grado

La gestación por sustitución y su acceso al  
Registro Civil español: retos y cuestiones  
problemáticas.

Autora

LUCÍA MARTÍNEZ ESCALERA

Directora

MARÍA MARTÍNEZ MARTÍNEZ

Facultad de Derecho

2022

## ÍNDICE

<b>LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS</b>	<b>4</b>
<b>I. INTRODUCCIÓN</b>	<b>5</b>
1. Motivación de la elección del tema propuesto.	5
2. Objetivos y alcance del tema	5
3. Metodología seguida en el desarrollo del trabajo	6
<b>II. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN</b>	<b>6</b>
1. Concepto	6
1.1. Terminología	7
2. Naturaleza contractual	8
2.1. Partes intervinientes	9
2.1.1. Mujer gestante	9
2.1.2. Comitentes	9
2.1.3. Donante del material genético	10
2.1.4. Agencias de gestación por sustitución	10
2.2. Nulidad del contrato	10
3. Modalidades o tipos de gestación por sustitución	12
3.1. La gestación por sustitución tradicional	12
3.2. Gestación por sustitución gestacional	12
3.3. Variantes	12
4. Causas	13
<b>III. MARCO JURÍDICO</b>	<b>15</b>
1. Evolución legislativa de la reproducción asistida en España.	15
1.1. Ley 35/1988, 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida	15
1.2. Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.	16

1.3. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida	16
2. La gestación por sustitución en la legislación vigente	17
Tabla 1. Gestación por sustitución. Comparación de legislaciones.	17
2.1. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana y Asistida: artículo 10.	18
2.2. Sanciones en el ámbito penal	19
<b>IV. LA INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN DEL NACIDO EN VIRTUD DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN</b>	<b>20</b>
1. Cuestión jurídica.	20
2. Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.	22
2.1. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 18 de febrero de 2009.	22
2.1.1. Supuesto de hecho	22
2.1.2. Fundamentos jurídicos de la Resolución	23
2.1.3. Conclusiones	25
2.2. Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010	26
3. Posición del Tribunal Supremo	29
3.1. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014	29
3.2. Auto Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015	31
3.3. Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2022.	33
3.3.1 Supuesto de hecho	33
3.3.2. Argumentos jurídicos	34
4. Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	35
4.1. Casos Mennesson y Labassee.	36
4.2. Caso Paradiso y Campanelli	37
<b>V. CONCLUSIONES</b>	<b>39</b>
<b>VI. BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>41</b>

<b>VII. ANEXO JURISPRUDENCIAL</b>	<b>43</b>
<b>VIII. MODELO CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN</b>	<b>44</b>

## **LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS**

<b>IA</b>	Inseminación artificial
<b>FIV</b>	Fecundación in vitro
<b>LTRHA</b>	Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana Asistida
<b>TRHA</b>	Técnicas de Reproducción Humana Asistida
<b>CP</b>	Código penal
<b>DGRN</b>	Dirección General de los Registros y del Notariado
<b>LRC</b>	Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil
<b>RRC</b>	Reglamento de la Ley del Registro Civil
<b>CDN</b>	Convención sobre los Derechos del Niño
<b>TEDH</b>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<b>CEDH</b>	Convenio europeo sobre Derechos Humanos

# **I. INTRODUCCIÓN**

## **1. Motivación de la elección del tema propuesto**

El motivo de la elección de este tema es el desconocimiento y a su vez el interés por conocer con algún detalle mayor esta técnica de reproducción humana asistida que tanta polémica suscita y que tiene cada vez más trascendencia social debido al aumento del número de personas que acuden a países extranjeros donde está permitida para optar por esta vía y formar una familia.

En el tercer curso del Grado de Derecho, en la asignatura Derecho civil familia y sucesiones, abordamos el tema de la filiación. Sin embargo, no realizamos un estudio detallado sobre el reconocimiento en España de la filiación derivada de la gestación por sustitución.

Con este trabajo, mi intención es ampliar mis conocimientos sobre la gestación por sustitución y su tratamiento legal en España, para poder construir una opinión algo más informada al respecto.

## **2. Objetivos y alcance del tema**

La gestación por sustitución, en general, es una técnica que si bien no es legal en nuestro país, suscita un intenso debate cultural, jurídico, ético y social. Se trata de una cuestión controvertida para la cual no hay una solución legal concreta. En España existe una regulación al respecto, si bien, para algunos sectores sociales resulta insuficiente.

Este Trabajo de Final de Grado se centra en el problema de la práctica de la gestación por sustitución en España, concretamente en lo relativo a la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de los menores nacidos en el extranjero en virtud de esta técnica.

El objetivo es realizar un análisis de la evolución tanto legal, doctrinal como jurisprudencial en torno al tema, fijando el estado de la cuestión y analizando para ello los argumentos dados por la Dirección General de Registros y Notariado, los tribunales españoles y europeos.

### **3. Metodología seguida en el desarrollo del trabajo**

La metodología seguida para el desarrollo de este Trabajo de Final de Grado, tras la elección del tema, ha consistido esencialmente en una revisión bibliográfica, doctrinal y jurisprudencial realizada a través del estudio, lectura y reflexión de diferentes libros, revistas, artículos y textos legales, consulta de jurisprudencia, así como de información a través de Internet, para poder seleccionar las ideas más relevantes y realizar la redacción del Trabajo.

## **II. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

### **1. Concepto**

La gestación por sustitución es una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitentes, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente<sup>1</sup>.

Se trata de un técnica de reproducción humana asistida en la cual, no solo participan los futuros padres, sino también la mujer encargada de gestar el embrión. La gestación por sustitución puede llevarse a cabo a través de la técnica de inseminación artificial (IA) o de una fecundación in vitro (FIV). Además, el material reproductor puede provenir de un solo progenitor y de una donación, de ambos progenitores o simplemente de donaciones de todo el material reproductor, tanto semen como óvulos.

Es necesario recalcar la dificultad existente a la hora de definir qué se entiende por gestación subrogada. Nuestro ordenamiento jurídico no recoge una definición sino que se refiere, en el artículo 10.1 de la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo, en adelante, LTRHA), a la gestación por sustitución para establecer que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación,

---

<sup>1</sup> *Es la definición que se toma de LAMM, E. Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, p.24.*

con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor de un contratante o de un tercero.

Por ello, una definición que considero adecuada es la de la Audiencia Provincial de Valencia Sección 10ª en la sentencia nº 826 de 23 de noviembre de 2011, en la cual se establece que la gestación por sustitución: “Consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”<sup>2</sup>.

De esta definición podemos extraer los principales elementos de la gestación por sustitución. En cuanto a los elementos subjetivos, por un lado, se encuentra la mujer encargada de gestar el embrión y llevar el embarazo a término, que recibe el nombre de *gestante*, por otro lado, los futuros padres, denominados *padres comitentes*. Como elemento objetivo tenemos el contrato de gestación, oneroso o gratuito, celebrado entre la gestante y los padres comitentes. Por medio de dicho acuerdo la gestante renuncia a los derechos que la ley le confiere sobre el recién nacido en favor de los padres comitentes.

### **1.1. Terminología**

Para hacer referencia a este tipo de gestación se utilizan diferentes acepciones, aunque comúnmente se conoce como *maternidad subrogada*, si bien se utilizan diversos términos, como por ejemplo, maternidad subrogada, gestación por sustitución, gestación subrogada, maternidad sustituta, vientre de alquiler, entre otros.

Sin embargo, en mi opinión el término maternidad subrogada no es del todo correcto, en tanto la maternidad engloba un conjunto de fenómenos que se desarrollan en la mujer, que van más allá de la gestación, es decir, maternidad no es solo el hecho de que biológicamente ocurra el proceso de reproducción (dar a luz) sino que representa la generación de un nuevo ser humano, para lo que es necesaria la integración de otras

---

<sup>2</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) de 23 de noviembre de 2011. CENDOJ.ES:APV:2011:5738

dimensiones<sup>3</sup>. Además, según La Real Academia Española, *subrogar* es «sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra» por lo que hoy se identifica con aquellos supuestos en los que la gestante aporta ambas cosas: proceso de gestación y material genético. Por ello, la denominación más adecuada sería, *gestación de sustitución*, por tratarse del término que se adecua en mayor grado a la realidad que comprende<sup>4</sup>. En España, es el concepto empleado por la LTRHA y por ello es el que seguiré en mi trabajo.

## 2. Naturaleza contractual

Frente a la prohibición que nuestro ordenamiento impone en relación a la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida, aquellas personas que económicamente pueden costear el procedimiento y desean formar una familia recurren a los países que sí la regulan a efectos de ver cumplidos sus deseos de paternidad y maternidad.

La gestación por sustitución se inicia con la celebración de un contrato. Este contrato puede ser oneroso o gratuito, y sirve para regular el régimen jurídico y económico de la gestación por sustitución<sup>5</sup>.

En la primera de las modalidades, se establece una cantidad dineraria a favor de la gestante como pago por los servicios prestados. Por el contrario, en los contratos gratuitos la gestante no recibe contraprestación alguna sino que actúa por razones altruistas, de parentesco o de amistad con los comitentes. En esta modalidad se incluyen asimismo los contratos por los cuales la gestante recibe una compensación económica pero estrictamente por los gastos sufridos y la pérdida de ingresos derivados de la gestación.

Este contrato, que podría equipararse al de arrendamiento de obra o de servicios en el caso de hallarse tipificado, es el que marca el inicio de la relación entre la madre subrogada, los padres comitentes y el equipo médico interviniente en el proceso<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> REDACCIÓN, *Maternidad*. ConceptoDefinicion.de. Recuperado el día 13 de marzo: <https://conceptoDefinicion.de/maternidad/>

<sup>4</sup> Así lo mantiene LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, p.2.

<sup>5</sup> LUCAS ESTEVE, A., *La gestación por sustitución, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p.29.*

<sup>6</sup> VILAR GONZÁLEZ, S., «Situación actual de la gestación por sustitución», en *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014. cit. p, 901.

La principal prestación derivada del contrato es que la mujer gestante consiente en llevar a cabo la gestación con la obligación de entregar el nacido a los comitentes, quienes a su vez pueden aportar o no su material genético<sup>7</sup>. La entrega del nacido a los comitentes conlleva a su vez la renuncia por parte de la gestante a cualquier vínculo de filiación o derecho sobre el recién nacido.

## **2.1. Partes intervinientes**

De los conceptos gestación por sustitución y contrato de gestación por sustitución podemos identificar las partes que intervienen en el proceso, a los que se aludirá a continuación.

### **2.1.1. Mujer gestante**

La mujer gestante o gestante subrogada, es aquella que pone a disposición su cuerpo donando su capacidad de gestar y llevando el embarazo a término en su útero a favor del comitente o comitentes. No obstante, se dan casos en los que también aporta su óvulo. La gestante, en el contrato de gestación por sustitución, renuncia a los derechos parentales o de custodia sobre el niño en favor de los padres comitentes. Tras el parto esta renuncia se hace efectiva.

### **2.1.2. Comitentes**

Los comitentes, también denominados padres intencionales o padres de intención, son aquellos que tienen el deseo de ser padres y acuden a esta práctica para lograrlo. Son los padres desde el punto de vista legal del infante gestado en virtud del contrato de gestación por sustitución. Pueden acceder a la gestación por sustitución tanto las parejas casadas como las no casadas, sean heterosexuales y homosexuales. Las razones por las que acuden a esta técnica son numerosas y variadas, y a ellas haré referencia más adelante.

---

<sup>7</sup> LUCAS ESTEVE, A., *La gestación por sustitución...cit.*, p.29

### **2.1.3. Donante del material genético**

Son aquellas personas, diferentes a los padres comitentes y a la gestante, que aportan su material genético. Su participación en el proceso dependerá de la modalidad de gestación por sustitución por la que se opte. Es decir, puede que intervengan o no.

### **2.1.4. Agencias de gestación por sustitución**

Son agencias encargadas de gestionar el proceso de subrogación asegurándose de que el procedimiento legal se lleva a cabo correctamente. Además, actúan como intermediarios entre los comitentes y la mujer gestante.

Estas agencias ofrecen “paquetes” en los que incluyen diversos tipos de servicios -más y más sofisticados cuanto más caro es el paquete que contratan- que van desde elegir el sexo del bebé, reiniciar el proceso en caso de aborto o compensación en caso de pérdida del útero hasta excursiones personalizadas por los distintos países en los que esta práctica está permitida. El coste total puede variar entre los 50.000 y los 180.000 euros.

Las agencias cobran una comisión que alcanza los 3.000 euros en concepto de asesoramiento, orientación y ayuda con la documentación necesaria. No obstante, esta cantidad puede ascender hasta los 6.000 euros al contratar extras como la presencia de un traductor o un servicio médico disponible durante la estancia en el país extranjero. Además, en el caso de las agencias comisionistas, perciben, además del pago de los comitentes, las cantidades que les abonan las clínicas por captar clientes. Esta comisión no suele ser inferior a los 6.000 euros.

## **2.2. Nulidad del contrato**

La LTRHA en su artículo 10 apartado primero prohíbe la celebración de contratos de gestación por sustitución, determinando la nulidad de estos al disponer que «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».

Dicha prohibición ha de entenderse referida, tanto a la práctica tradicional, en la que la mujer encargada de la gestación del *nasciturus* en su vientre, esto es, la madre gestante, contribuye a la concepción del bebé aportando su material genético (sus propios óvulos),

para que sean fecundados, como a la práctica o sistema cada vez más frecuente, en que los óvulos fecundados que se implantan en la mujer subrogada no pertenecen a la misma. En este último supuesto, los óvulos pueden provenir, bien de una donante ajena a las partes que se presta a ceder los mismos a los comitentes, o bien de incluso, en su caso, y si ello es médicamente viable, de la propia mujer comitente que aspira convertirse en madre desde un punto de vista legal, en virtud del contrato<sup>8</sup>.

Además, el apartado segundo del artículo aludido explicita que «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto», es decir, refuerza la nulidad a la que nos hemos referido anteriormente al determinar la filiación materna en función del parto. La norma opta por consolidar en el plano jurídico el principio romano “mater semper certa est”, con independencia de la voluntad de las partes, e incluso al margen de que el material genético femenino pueda pertenecer a la mujer que ha contratado los servicios de la gestante. Asimismo, mediante esta medida se logra evitar que, incluso cuando las partes estén de acuerdo, se puedan en modo alguno burlar la normativa determinando la filiación por nacimiento a favor de la madre comitente, en lugar de a favor de la madre gestante<sup>9</sup>.

Adicionalmente, la LTRHA contempla en los artículos 24 y siguientes un sistema de sanciones encaminadas a evitar que se vulnere la prohibición referida, no solo por parte de los particulares que desean ser comitentes o madres gestantes, sino por parte de los propios centros y personal médico que son quienes poseen los medios y conocimientos técnicos que posibilitan la materialización de este tipo de contratos, todo ello sin perjuicio de lo establecido en el código penal, en el capítulo II del título XII<sup>10</sup> que lleva por rúbrica de la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor, artículos 220 y 221. Más adelante se hará referencia a esta cuestión.

---

<sup>8</sup> TORRALDA ERUZ, M., *El contrato de gestación por sustitución*. Vlex.es. Recuperado el día 20 de marzo de 2022: <https://vlex.es/vid/contrato-gestacion-sustitucion-323706851>

<sup>9</sup> TORRALDA ERUZ M., *El contrato de gestación por sustitución*. Vlex.es. Recuperado el día 20 de marzo de 2022: <https://vlex.es/vid/contrato-gestacion-sustitucion-323706851>

<sup>10</sup> TORRALDA ERUZ, M., *El contrato de gestación...cit.*

### **3. Modalidades o tipos de gestación por sustitución**

La doctrina distingue dos modalidades de gestación por sustitución: la tradicional y la gestacional.

#### **3.1. La gestación por sustitución tradicional**

Este tipo de gestación por sustitución se caracteriza porque la gestante aporta no solo la gestación, sino también sus gametos; ya sea que el semen provenga del comitente (que está casado o en pareja con una mujer u otro hombre, o se trata de un hombre solo) o de una donante – en este último caso, el o los comitentes no aportarían material genético alguno. Como puede advertirse, en la gestación por sustitución tradicional la comitente – si la hay– carece de vínculo genético con el niño<sup>11</sup>.

Frecuentemente, para lograr el embarazo de la gestante se recurre a la IA. Sin embargo, este tipo de gestación por sustitución puede llevarse a cabo a través de otros métodos más informales, como puede ser a través del coito<sup>12</sup>.

#### **3.2. Gestación por sustitución gestacional**

Este tipo de gestación por sustitución se caracteriza porque la gestante aporta solo la gestación, pero no sus óvulos; estos serán aportados por la comitente –si la hay y puede hacerlo– o por una donante. En estos casos necesariamente se debe recurrir a la FIV. En este proceso pueden llegar a intervenir seis personas: el donante de esperma, la donante de óvulo, la gestante, su marido –si tiene– y el y la comitente (o los comitentes o, excepcionalmente, las comitentes)<sup>13</sup>.

#### **3.3. Variantes**

Una vez analizadas las modalidades de gestación por sustitución y las distintas combinaciones posibles, se pueden diferenciar cuatro variantes:

---

<sup>11</sup> LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Colección de Bioética. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, p. 27.

<sup>12</sup> LAMM, E., *Gestación por sustitución...cit.*, p. 28.

<sup>13</sup> LAMM, E. *Gestación por sustitución...cit.*, p.30.

- a) Los comitentes aportan el material genético –el óvulo y espermatozoide– produciéndose la FIV y recibiendo la gestante el embrión en su útero para llevar a cabo la gestación y el alumbramiento .
  
- b) Uno de los dos comitentes aporta su material genético: si el material genético es aportado por la mujer, el semen será aportado por un donante. Por lo tanto la gestación por sustitución será gestacional. Sin embargo, si quién aporta el material genético es el varón, el material genético será aportado por la gestante o un donante.
  
- c) Gestación por sustitución gestacional con óvulos y semen de donante: ninguno de los dos comitentes aporta material genético alguno.
  
- d) Gestación por sustitución tradicional con espermatozoide del comitente o del donante: la gestante aporta su material genético, el cual se inseminará con espermatozoide del comitente o un tercero donante.

#### **4. Causas**

Son diversas las causas por las cuales se acude a la gestación por sustitución. Entre las más comunes; podemos señalar las siguientes:

- a) Por razones fisiológicas: como pueden ser la infertilidad o histerectomía, problemas genéticos, ciertas enfermedades o incluso el hecho de haber alcanzado cierta edad por parte de la mujer que dificulta o impide la gestación.
  
- b) Falta de capacidad biológica para gestar: se da en los supuestos de parejas homosexuales formadas por dos hombres. Cabe señalar que desde la aprobación definitiva de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil

en materia de derecho a contraer matrimonio, los matrimonios homosexuales en España son plenamente legales. La reforma viene justificada en la exposición de motivos de la Ley por el deseo del legislador de remover la discriminación basada en la orientación sexual mediante el «establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad»<sup>14</sup>. Por tanto, dentro de los derechos civiles existe el derecho a poder adoptar y, por ende, las condiciones que se exigen son las mismas que para las parejas heterosexuales.

Sin embargo, los países que permiten a parejas del mismo sexo adoptar son escasos, teniendo cada país sus propios requisitos, restricciones y formas de tramitación.

- c) Agotamiento de otras técnicas: como la inseminación, coito programado, tratamientos médicos o fecundación in vitro.
  
- d) Por otros motivos: cada vez son más frecuente los casos de parejas que acuden esta técnica motivados por cuestiones éticas, sociales o profesionales. Por ejemplo, cuando la mujer no quiere gestar por los inconvenientes que tendría para su vida profesional, o porque tiene miedo o disgusto por la gestación<sup>15</sup>.
  
- e) Por las dificultades que puede suscitar la adopción tanto en España como en el extranjero, o por el deseo de tener un vínculo genético con su descendencia en lugar de recurrir a la adopción.

---

<sup>14</sup> PARRA LUCÁN, M.A., «Matrimonio y «Matrimonio entre personas del mismo sexo»: La constitucionalidad de la Ley 13/2005». *Derecho privado y Constitución, enero-diciembre 2013*, pág. 272.

<sup>15</sup> Así lo señala el Comité de Bioética de España, «Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada», pág. 7.

### III. MARCO JURÍDICO

#### 1. Evolución legislativa de la reproducción asistida en España

El ordenamiento jurídico español abordó, de forma novedosa y destacando entre los países europeos, la regulación jurídica de los procesos de aplicación y desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA). Antes de la promulgación de la primera Ley de Reproducción humana asistida, la biomedicina española contaba con algunas normas reguladoras como la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos o la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

El 5 de mayo de 1987, el Grupo Socialista del Congreso presentó dos Propositiones de Ley, una sobre «donación y utilización de embriones y fetos humanos o sus células, tejidos y órganos»<sup>16</sup>; y otra «sobre técnicas de reproducción humana asistida»<sup>17</sup>. Ambas fueron admitidas a trámite. La Propuesta de Ley sobre Técnicas de Reproducción asistida seguía muy de cerca las Recomendaciones del Informe de la Comisión especial. Tras el debate en las Cortes Generales, la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida se publicó en el BOE de 22 de noviembre de 1988. Poco después el 28 de diciembre de 1988 se aprobó la Ley 42/1988, de 28 de diciembre sobre «donación y utilización de embriones y fetos humanos o sus células, tejidos y órganos»<sup>18</sup>.

##### 1.1. Ley 35/1988, 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida

Constituye la regulación básica y fundamental en la materia. Tiene su origen en el Informe de la Comisión Parlamentaria Española, también llamado “Informe Palacios”, denominado así por el presidente de la Comisión, Marcelo Palacios. En dicho Informe, se elaboraron ciento cincuenta y cinco recomendaciones sobre las TRHA que fueron asumidas prácticamente en su totalidad por la Ley 35/1988.

Una de las recomendaciones en torno a la gestación por sustitución establecía que la nulidad debía presidir cualquier convenio entorno a la denominada entonces “maternidad

---

<sup>16</sup> BOE-A-1988-29681, Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1988-29681>.

<sup>17</sup> BOE -A-A1988-27108, Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1988-27108>.

<sup>18</sup> BERROCAL LANZAROT, A.I., «De nuevo sobre la reproducción humana asistida en España. Análisis jurídico-sanitario de la ley 14/2006, de 26 de mayo», *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, octubre de 2008, p. 25.

por encargo”. No se contemplaba ninguna excepción, el criterio que se sostenía era contrario a la ley, por infringir la “dignidad”, instrumentalizar el cuerpo femenino, para su beneficio meramente “utilitarista”, y que no era “objeto disponible en el tráfico jurídico”<sup>19</sup>. Por ello, la Ley 35/1988 calificaba como nulo el contrato y reconocía la filiación a la madre de gestación.

### **1.2. Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida**

Esta ley tenía como principal objetivo resolver el problema de los embriones congelados. Para ello, la mejor solución era evitar que, como consecuencia de la fecundación *in vitro*, se produjeran embriones sobrantes que hubiera que congelar. Así, limitó a un máximo de tres el número de embriones que se podían generar en cada ciclo reproductivo. A la vez, determinaba que todos los embriones generados deberían ser implantados.

Esta ley autorizó por primera vez en nuestro país la utilización de embriones congelados para investigaciones biomédicas<sup>20</sup>.

### **1.3. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida**

El culmen legislativo se alcanza en el año 2006 mediante la Ley 14/2006, impulsada por el gobierno socialista, la cual derogó toda la legislación anterior, en concreto la Ley 35/1988 y la Ley 35/2003. Esta ley introduce importantes novedades: reafirma la utilización del término *preembrión* (ya utilizado en la Ley 35/1988) hasta que cumpla los 14 días de vida; abre las puertas a cualquier tipo de clonación humana que no sea la reproductiva, y favorece que se siga incrementando el número de embriones congelados y la utilización de los sobrantes de la FIV para su uso en experimentaciones<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> LLEDÓ YAGÜE, F. y MONJE BALMASEDA, O., *La gestación por sustitución: su evolución desde la primera ley 35/1988, de 22 de noviembre hasta el momento presente diciembre 2019*, R.E.D.S. núm. 15, julio-diciembre 2019, p.16.

<sup>20</sup> GÓMEZ-SEGUI, A. Y NAVARRO SARRÍAS, J.A., *Las técnicas de reproducción humana asistida y su regulación legislativa española*, *therapeía* 9, julio 2017, p. 91.

<sup>21</sup> GÓMEZ-SEGUI, A. Y NAVARRO SARRÍAS, J.A., *Las técnicas...cit*, pág. 92.

Conforme a dicha normativa, las TRHA serán aquellas que reúnan las condiciones de acreditación científica y clínica y, en concreto, las recogidas expresamente en el Anexo de la citada Ley 14/2006, modificado por la Ley 14/2007, de 3 de julio, siendo éstas la IA, la FIV e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones y la transferencia intratubárica de gametos.

## 2. La gestación por sustitución en la legislación vigente

La siguiente tabla de la organización *Families Through Surrogacy* describe las diferencias existentes en la regulación de la gestación por sustitución entre los países que la han legalizado.

**Tabla 1. Gestación por sustitución. Comparación de legislaciones.**

PAÍS	COSTO APROX. (EN \$USD)	DETECCIÓN DE DONANTES Y SUSTITUTOS	AÑOS DE EXPERIENCIA	ASUNTOS LEGALES
AUSTRALIA	FIV: \$ 25,000 Gastos: \$ 10,000 Legales y asesoramiento: \$ 22,000	La evaluación de donantes se ofrece solo a través de un banco de óvulos.	MENOR A 5 AÑOS	La transferencia de la paternidad legal está disponible de 4 a 6 meses después del nacimiento si la subrogación no compensada se utiliza en el país.
GEORGIA	FIV: \$ 8,500 Subrogación: \$ 26,000 + Donante de óvulos local agregar \$ 5,000 +	Según edad, genética y estilo de vida, salud física y mental	10 AÑOS	Los padres previstos nombrados en el certificado de nacimiento para cumplir con los criterios de países como el Reino Unido, los sustitutos solteros están disponibles y las pruebas de ADN están disponibles
CANADÁ	\$ 90,000		MAYOR A 10 AÑOS	Transferencia de paternidad. Pasaporte canadiense disponible
KENIA	\$ 50,000		MENOS A 3 AÑOS	Sin protección legal
REINO UNIDO		Subrogación Reino Unido, COTS	MAYOR A 15 AÑOS	Transferencia de paternidad legal disponible
EE.UU	Costos de FIV: \$ 25,000 Subrogación: \$ 68,000 Otros costos: \$ 20,000	Varía según la agencia	30 AÑOS	Nombres de los padres en el BC como madre y padre
UCRANIA	FIV: \$ 8,500 Subrogación: \$ 26,000 + Donante de óvulos local agregar \$ 5,000 +	Según edad, genética y estilo de vida, salud física y mental	MÁS MENOS 5 AÑOS	Los padres previstos nombrados en el certificado de nacimiento para cumplir con los criterios de países como el Reino Unido, están disponibles sustitutos únicos y pruebas de ADN. Sin elegibilidad para la ciudadanía ucraniana
GRECIA	FIV: \$ 20,100 Subrogación: \$ 44,000 Legales: \$ 10,000 + Donante de óvulos local: \$ 1,360		MÁS DE 10 AÑOS	Recientemente abierto a los nombres de los padres extranjeros en el BC como madre y padre. El caso judicial antes de la FIV garantiza que la transferencia de paternidad ocurra antes de la transferencia de embriones
MÉXICO	\$ 80,000 (incluye donante de óvulos de EE. uu.)	Desconocido	MENOR A 1 AÑO	

Fuente: Families Through Surrogacy

En el ordenamiento jurídico español la figura de la gestación por sustitución no está admitida, al contrario de lo que ocurre en otros países. Sin embargo, existen diferencias notables entre los países que han legalizado esta técnica. Mientras algunos la han legalizado completamente y reglamentado su remuneración, otros la han regulado parcialmente o permitido solamente bajo condiciones particulares. Por ejemplo, en Ucrania y Rusia, los vientres de alquiler están permitidos de manera comercial, es decir, que la persona subrogante recibe una asignación monetaria por el servicio. Otros países que autorizan el pago son Kazajistán, Georgia y Bielorrusia, que destacan por haber permitido la gestación subrogada desde finales del siglo pasado.

Pero un caso que contrasta es el de Chipre, que pertenece al conjunto de países que no ha permitido ni prohibido la gestación subrogada, por no disponer de regulaciones sobre la materia. En ese país, las clínicas realizan el procedimiento sin mayores problemas, pero solamente de forma altruista<sup>22</sup>.

### **2.1. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana y Asistida: artículo 10.**

Actualmente se encuentra vigente en nuestro país la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana y Asistida la cual ha sido objeto de diversas modificaciones a lo largo de los años, si bien en ninguna de ellas se alteró el dictado original en lo relativo a la gestación por sustitución. En este sentido, el artículo 10 establece textualmente:

*“ 1. 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.*

*2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*

---

<sup>22</sup> MORAGA, K., Panorama legal de la gestación subrogada en el mundo. <https://idealex.press/panorama-legal-de-la-gestacion-subrogada-en-el-mundo/>. Recuperado el día 6 de mayo.

3. *Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.*”

En el primer apartado se recoge la nulidad de pleno derecho de los contratos por los que se convenga la gestación, así pues del tenor literal de dicho apartado se desprende que la LTRHA no prohíbe de manera expresa la práctica de la gestación por sustitución, sino que considera nulo cualquier contrato de gestación. No existe por tanto vínculo, derecho ni deber que pueda derivar de tal contrato. Por ello, la mujer gestante no asume ninguna obligación de entregar al nacido tras el parto, ni de indemnizar al comitente en caso de incumplimiento, aunque se le haya entregado determinadas cantidades por razón de la gestación. La norma adopta una postura contraria a la gestación por sustitución, y procura, a través de la nulidad, que estos acuerdos no se celebren<sup>23</sup>.

En el segundo queda reflejado el principio que rige el ordenamiento español *mater semper certa est*, es decir, el parto determina la maternidad, lo que implica que se niegue la maternidad a la madre comitente, reconociéndose la filiación del nacido a la mujer gestante.

Ahora bien, el tercer apartado contempla la posibilidad de que el padre biológico ejerza una acción de reclamación de la paternidad conforme a los medios ordinarios regulados en la legislación española en los artículos 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ello supone que el contrato por el que se convenga la gestación por sustitución no es totalmente ineficaz, si al menos uno de los comitentes aporta material genético. Sin embargo, no se contempla la posibilidad de que la madre biológica, que a su vez es la comitente, pueda ejercer la acción de reclamación de la maternidad.

## **2.2. Sanciones en el ámbito penal**

Junto a la prohibición establecida en el artículo 10 LTRHA, el Código Penal (en adelante CP) recoge en el Título XII, que lleva por rúbrica “Delitos contra las relaciones familiares”, capítulo II “De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad,

---

<sup>23</sup> LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Colección de Bioética. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, p.72.

estado o condición del menor” las correspondientes sanciones que se pueden imponer a aquellos que participen en la práctica de la gestación por sustitución.

En primer lugar, el artículo 220 del CP establece pena de prisión de seis a dos años para tres supuestos diferentes: para la suposición de parto, para quien ocultare o entregare a terceros una persona menor de dieciocho años para alterar o modificar su filiación y para quienes sustituyan un niño por otro. En segundo lugar, el artículo 221 CP castiga con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años a los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación. Asimismo, en este artículo se castiga a la persona que reciba al menor y al intermediario, aunque el contrato se celebre en un país extranjero.

#### **IV. LA INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN DEL NACIDO EN VIRTUD DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

Una vez analizados los antecedentes legales, corresponde analizar qué sucede realmente en la práctica. Respecto a la filiación del menor, se realizará un estudio de la jurisprudencia y de la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado.

##### **1. Cuestión jurídica**

El artículo 10.2 de la LTRHA dispone que la «filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto», esto supone atribuir la filiación a la madre gestante y no a la madre comitente. Esta regla se aplica tanto al supuesto en que la madre gestante haya aportado su óvulo, en cuyo caso sería además madre genética, como en el caso de que le haya sido implantado o transferido un preembrión fecundado *in vitro* con ovocitos procedentes de otra mujer; y tanto si se ha empleado material

genético de su marido o pareja, como si lo ha sido el de un tercero donante –anónimo o no—<sup>24</sup>.

El apartado tercero del artículo 10 LTRHA, deja a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales. Ello supone que el varón que haya aportado su material genético al proceso de fecundación puede reclamar su paternidad, con independencia de haber sido parte o no del contrato de gestación por sustitución.

Por tanto, los niños nacidos mediante gestación por sustitución tienen la filiación materna que corresponde a la madre gestante, aun cuando haya mediado un contrato, con o sin precio, y a pesar de que esta haya renunciado a su filiación materna.

Sin embargo, la realidad permite confirmar que, sorteados los obstáculos personales, burocráticos y económicos en el país en que se perfeccionó y se consumó el negocio, el momento en que se plantea el problema es precisamente, cuando el comitente regresa a España portando un bebé gestado por una tercera mujer, pues si bien nuestro ordenamiento no reconoce la gestación por sustitución como una TRHA generadora de una relación paterno-filial, toda vez que la realidad de la circunstancia se impone, y la misma se define y manifiesta a último por la existencia de un menor nacido de la concurrente voluntad negacional de un ciudadano español – o de una pareja de ciudadanos españoles –, resulta que el dilema planteado se considera merecedor de una solución jurídica, que debe localizar el modo más adecuado para que ese menor resulte legalmente reconocido como hijo de ese español con todos los derechos y deberes inherentes que nuestras leyes disponen en el ámbito de la relación paterno-filial<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> DÍAZ FRAILE, J., «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, (enero-marzo, 2019) Estudios, p. 67.

<sup>25</sup> CASTILLO MARTÍNEZ, C. (11 de junio de 2020). *La gestación por sustitución y el problema de su acceso al Registro Civil español*. LEFEBVRE. <https://elderecho.com/la-gestacion-por-sustitucion-y-el-problema-de-su-acceso-al-registro-civil-espanol>. Recuperado el 7 de mayo de 2022.

## **2. Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.**

En el caso concreto de la DGRN su intervención ha venido motivada por situaciones en las que se pretendía el reconocimiento en España de las relaciones de filiación derivadas del empleo de técnicas de gestación por sustitución establecidas previamente ante una autoridad extranjera<sup>26</sup>. En concreto, debido al deseo de los padres comitentes de inscribir estas relaciones de filiación en el Registro Civil español.

La inscripción de nacimiento en el Registro Civil español persigue constatar el nacimiento, y, en su caso, la filiación del inscrito. El nacimiento produce efectos civiles desde que tiene lugar, pero para el pleno reconocimiento de los mismos es necesaria su inscripción en el Registro Civil. Ahora bien, para que nuestras autoridades registrales tengan competencia, el hecho inscribible debe afectar a los españoles y extranjeros acaecidos en territorio español o bien, dicho hecho ha debido tener lugar fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones sean exigidas por el Derecho español, tal y como dispone el artículo 9 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en adelante, LRC).

### **2.1. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 18 de febrero de 2009.**

La primera vez que la DGRN tuvo que pronunciarse sobre la inscripción de relaciones de filiación establecidas en el extranjero derivadas de la gestación por sustitución fue en la Resolución de 18 de febrero de 2009.

#### **2.1.1. Supuesto de hecho**

Mediante escrito presentado en el Registro Civil Consular de Los Ángeles (Estados Unidos), un matrimonio formado por dos varones, ambos ciudadanos españoles, solicitaron la inscripción de dos niños gemelos, nacidos en San Diego, California (Estados Unidos) en octubre de 2008 mediante gestación por sustitución. Para ello,

---

<sup>26</sup> HEREDIA CERVANTES, I., *La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución*, ADC, tomo LXVI, 2013, fasc. II, p. 691.

adjuntaron como documentación los certificados de nacimiento de los menores, certificados de nacimiento de los promotores y el libro de familia de estos, quienes habían contraído matrimonio en Valencia en octubre de 2005.

El Encargado del Registro Civil Consular denegó la inscripción con invocación de la LTRHA, cuyo artículo 10.1 establece la prohibición de la gestación por sustitución con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, y cuyo artículo 10.2 establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto, por tanto la mujer que da a luz, que en virtud de un contrato de gestación por sustitución que nuestro Derecho no reconoce como válido, será considerada como madre legal del niño.

Los interesados interpusieron recurso ante la DGRN, solicitando la inscripción de los menores en el Registro Civil español. La DGRN, mediante Resolución de 18 de febrero de 2009, estimó el recurso y ordenó que se procediera a la inscripción en el Registro Civil del nacimiento de los menores con las menciones de filiación constantes en la certificación registral aportada, de la que resulta que son hijos de los recurrentes.

### **2.1.2. Fundamentos jurídicos de la Resolución**

La DGRN partió del presupuesto de que la inscripción de un título extranjero que acredite una relación de filiación derivada de una gestación por sustitución no plantea un problema de determinación del Derecho aplicable a la filiación, sino un problema de «validez extraterritorial de decisiones»<sup>27</sup>.

Y todo ello, de acuerdo con el artículo 81 del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil (en adelante, RRC), conforme al cual es posible llevar a cabo la inscripción registral. Así, la DGRN consideró que no se exige que las certificaciones registrales extranjeras sean análogas a las que se adoptarían en España, sino que basta con que dimanen de una autoridad competente y que no ocasionen efectos contrarios al orden público español.

---

<sup>27</sup> HEREDIA CERVANTES, I., *La Dirección General...* cit., p.695.

Igualmente, la Resolución señaló que la filiación a favor de ambos padres españoles no era contraria al orden público español, puesto que en Derecho español se admite la filiación en favor de dos varones en caso de adopción y, si bien se trata de casos diferentes, una vez acreditada la filiación no cabe distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales ante la ley, tal y como señala el artículo 14 de la Constitución Española.

Asimismo, sostuvo que el artículo 7.3 de la LTRHA permite que la filiación por naturaleza de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres. En consecuencia, no permitir la inscripción de esos niños a favor de los dos hombre en el Registro Civil español resultaría discriminatorio por razón de sexo. Por otra parte, consideró que la no inscripción supondría además la vulneración del precepto 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (en adelante, CDN).

El argumento más fuerte empleado por la DGRN tiene su base en el concepto de interés superior del menor recogido en el artículo 3 de la CDN. En este sentido, la DGRN observa que negar efectos jurídicos a la filiación que consta en la certificación californiana supondría que los menores tienen «padres distintos» según el país del que se trate. Este dato inclinó a la DGRN a admitir la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral californiana, pues solo de ese modo se salvaguarda el interés superior del menor, reflejado en su derecho a tener la misma filiación en California y en España<sup>28</sup>.

Por último, la DGRN negó la presencia de fraude de ley sosteniendo que en el presente caso, no existió ninguna alteración del punto de conexión de la norma de conflicto española. Además, la DGRN tampoco consideró que los interesados incurrieran en el conocido como *Forum Shopping Fraudulento*. Existe *Forum Shopping Fraudulento* cuando los particulares sitúan la resolución de un caso ante tribunales o autoridades de un

---

<sup>28</sup> CALVO CARAVACA, A.L, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Gestación por sustitución y derecho internacional privado: consideraciones en torno a la resolución de la dirección general de los registros y del notariado de 18 de febrero de 2009», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2009), Vol.1, N°2, p.313.

Estado que no presenta una relación sustancial con el caso en cuestión<sup>29</sup>. Para justificarlo, la DGRN empleó tres argumentos:

- 1) El primer argumento destaca que “ la certificación registral californiana no es una sentencia judicial que causa estado de cosa juzgada y que se intenta introducir en España para provocar un estado inalterable de filiación oponible erga omnes”.
- 2) El segundo argumento subraya la inexistencia de ningún *Bad Forum Shopping*, ya que, por mucho que los contratos de gestación por sustitución estén prohibidos por la legislación española, no supone que otros legisladores consideren esta práctica legítimas y legales.
- 3) El tercer argumento señala que, aunque se considerase que los sujetos situaron de una manera artificiosa la cuestión jurídica de la filiación de los niños en manos de las autoridades californianas, lo que debe primar es el interés superior de los menores sobre la sanción que conlleva dicho *Forum Shopping*. Se trata pues, de un interés superior que se impone a otras consideraciones y que exige la “continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores”<sup>30</sup>.

### 2.1.3. Conclusiones

En resumen, los argumentos empleados por la DGRN para estimar el recurso y ordenar la inscripción del nacimiento de los menores a favor del matrimonio en el Registro Civil Consular fueron:

- El interés superior del menor y el derecho de este a una identidad única
- Las leyes españolas admiten la filiación a favor de parejas homosexuales formadas por varones.
- La inaplicación del artículo 10.1 LTRHA al no tratarse de un conflicto de ley aplicable, sino de reconocimiento de una certificación registral extranjera.

---

<sup>29</sup> CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Gestación por sustitución...» cit.,p.317.

<sup>30</sup> BAYONA SORINAS, A., «Trabajo final de Grado. La maternidad subrogada». Universidad de Lleida, curso 2017-2018, pág. 30.

La Resolución de 18 de febrero de 2009 fue muy comentada por la doctrina, y tanto criticada como alabada por otros. Pero lo más relevante es que fue anulada a instancias del Ministerio Fiscal por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011, que confirmó la del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010<sup>31</sup>.

No obstante, debe reconocerse que esta Resolución puso de manifiesto las carencias que existen en nuestro sistema para afrontar una práctica cuya regulación sustantiva se muestra contraria.

## **2.2. Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010**

Tras la anulación de la Resolución de 18 de febrero de 2009 por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010, la DGRN modificó su posición mediante la Instrucción del 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, que se publicó el 7 de octubre de ese mismo año en el Boletín Oficial del Estado.

La Instrucción limita su ámbito de aplicación únicamente a aquellos supuestos en los que se pretenda la inscripción en España de una relación de filiación deriva de gestación por sustitución previamente establecida por una autoridad extranjera y se vertebra en torno a dos objetivos esenciales. De un lado, se pretende habilitar los medios necesarios para que la filiación tenga acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento. En segundo lugar, se intenta evitar que con la inscripción registral se dote de apariencia de legalidad a los supuestos de tráfico internacional de menores. Finalmente, se trata de garantizar el derecho del menor a conocer su origen biológico, tal y como contempla el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional y la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999<sup>32</sup>. Junto

---

<sup>31</sup> Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010, CENDOJ, ECLI:ES:APV:2011:5738.

<sup>32</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999, CENDOJ, ECLI:ES:TS:1999:5672

al respeto al interés superior del menor, el segundo objetivo perseguido con la Instrucción es asegurar la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción y renuncian a sus derechos como madres, garantizando, tal y como se verá a continuación, que otorgaron su consentimiento con total libertad y que tras el supuesto no se encubre ningún caso de explotación de mujeres<sup>33</sup>.

Para asegurar la protección de dichos intereses, la Instrucción establece:

- 1) Exigencia de resolución judicial extranjera sobre la filiación. «Dicha exigencia tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. Además, este requisito tiene su fundamento en el artículo 10.3 LTRHA que, a través de la remisión a las reglas generales sobre determinación de la filiación, exige el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de la gestación por sustitución».
- 2) Necesidad de instar el exequatur de la resolución judicial extranjera ante los Juzgados de Primera Instancia de España.
- 3) Exigencia de reconocimiento incidental. «En los casos en los que la resolución judicial derive de un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, su inscripción no queda sometida al requisito del exequátur, bastando a tales efectos con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción». En estos casos, el Encargado del Registro Civil controlará si tal resolución judicial puede ser reconocida en España.
- 4) Decisión del Encargado en torno al reconocimiento de una resolución que determine la filiación incidentalmente o por exequátur. «Si el encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de la resolución, al requerirse previamente el exequátur de ésta de

---

<sup>33</sup> HEREDIA CERVANTES, I., *La Dirección General...* cit., p.702.

acuerdo a lo establecido en la LEC. Por el contrario, si estima que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España, como requisito previo a su inscripción».

- 5) Extremos que controlar en el reconocimiento incidental. « a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado. b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante. d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente. e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado».

En conclusión, y como han señalado Calvo Caravaca y Carracosa González, la Instrucción DGRN 5 de octubre de 2010 constituye un ejemplo de burocratización artificial del Derecho internacional privado, una *glissade* administrativa que falsea el correcto funcionamiento del Derecho internacional privado español. Este fenómeno se produce al carecer dicha Instrucción de las bases metodológicas jurídico-internacionales precisas para proporcionar una solución jurídica de calidad a un fenómeno poliédrico complejo como es el relativo a la filiación de los menores nacidos en otros países a través de las técnicas de gestación por sustitución<sup>34</sup>.

Después de la publicación de la Instrucción, el Centro Directivo ha dictado más resoluciones aplicando la doctrina que declara en la Instrucción, la cual establece unos

---

<sup>34</sup> CALVO CARAVACA, A.L., CARRACOSA GONZÁLEZ, J. «Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.», Cuadernos de derecho transnacional, Vol. 3, No 1, 2011, p. 262.

criterios u otros en función del tipo de título inscribible, sea una resolución judicial extranjera o una certificación emitida por un Registro Civil extranjero o una declaración acompañada de parte facultativo.

En concreto, el 14 de febrero de 2019 la DGRN dictó una Instrucción por la que se permitía, mediante un trámite registral de reconocimiento, la inscripción de la filiación paterna a favor del comitente español siempre que el mismo aportara, como medio complementario de acreditación, una prueba de ADN que indubitadamente acreditara la realidad de la filiación biológica paterna. Sin embargo, apenas cuatro días después de dictarse esta Instrucción, el 18 de febrero del mismo mes y año, el Centro Directivo dictó otra Instrucción por la que se dejaba sin efecto la de 14 de febrero declarando el retorno al marco definido por la Instrucción de 5 de octubre de 2010, con lo que se reponía la exigencia de presentar una sentencia extranjera<sup>35</sup>.

### **3. Posición del Tribunal Supremo**

#### **3.1. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014<sup>36</sup>**

El itinerario procesal del matrimonio homosexual, cuyos hijos nacieron en California mediante gestación por sustitución, continuó con la interposición de un recurso de casación ante el Tribunal Supremo tras la desestimación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia el día 15 de septiembre de 2010 y después de que la Audiencia Provincial de Valencia confirmara de manera íntegra y sin cambios relevantes, la solución dada en primera instancia.

Dicho recurso de casación se interpuso en base a un único motivo, se invocó la infracción del artículo 14 de la Constitución Española, por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores previsto en la CDN.

---

<sup>35</sup> CASTILLO MARTÍNEZ, C. (11 de junio de 2020). *La gestación por sustitución y el problema de su acceso al Registro Civil español*. LEFEBVRE. <https://elderecho.com/la-gestacion-por-sustitucion-y-el-problema-de-su-acceso-al-registro-civil-espanol>.

<sup>36</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, CENDOJ, ECLI:ES:TS:2014:608.

Como fundamento del motivo casacional de la filiación por naturaleza de los sujetos nacidos en California a favor de dos varones resulta discriminatorio, que privar de su filiación a los menores vulnera el interés del menor, pues perjudica su posición jurídica y les deja desprotegidos; los recurrentes, como personas que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres son los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener, frente a la mujer que los dio a luz, que asumió su papel de mera parte en un contrato y se limitó a cumplir con las prestaciones asumidas en el mismo; el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales. Igualmente se dijo que el reconocimiento de la filiación determinada en la certificación registral de California no contradice el orden público internacional español, pues este impide considerar válido y ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución pero no el acceso al Registro Civil español de la filiación resultante de tal contrato, que es una consecuencia última y periférica del contrato<sup>37</sup>.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso presentado por la pareja. Los argumentos expuestos para negar el reconocimiento de la filiación pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- Reconocimiento de las decisiones extranjeras y el orden público internacional español. La Sala expone que para proceder al reconocimiento de dichas decisiones debe realizarse un control de la certificación extranjera, siendo de aplicación por tanto el artículo 23 LRC que establece que las inscripciones se podrán practicar por certificación de asientos extendidos en Registros españoles, sin necesidad de previo expediente, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española. Asimismo, la Sala realiza una interpretación del mismo declarando que «la legalidad conforme a la ley española de los asientos extendidos en Registros extranjeros no puede entenderse como absoluta conformidad de estos con todas y cada una de las exigencias de nuestra legislación, sí ha de serlo como respeto a las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español».

---

<sup>37</sup> CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GÓNZALEZ, J., «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014) Gestación por sustitución». [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/comentarios\\_sentencias\\_unificacion\\_doctrina\\_civil\\_y\\_mercantil/abrir\\_pdf.php?id=COM-D-2013-25](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-25), Recuperado el 18 de mayo de 2022.

- Discriminación por razón de sexo u orientación sexual. La Sala rechaza la existencia de discriminación debido a la desigualdad entre los supuestos de hecho que se comparan, además alega que la causa de denegación de la inscripción de la filiación trae causa de una gestación por sustitución contratada en California y no del hecho de que los solicitantes sean ambos varones.
- Interés superior del menor. La Sala afirma que no puede vulnerarse la legalidad con el fin de proteger el interés superior del menor puesto que, junto con este principio concurren otros bienes jurídicos cuya protección también resulta necesaria. No obstante, la Sala insta al Ministerio Fiscal a que, « de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar “de facto”».

Si bien, debe señalarse que el Magistrado D. José Antonio Seijas Quintana emitió un voto particular respecto de esta sentencia, al cual se adhirieron los Magistrados D. José Ramón Ferrándiz Gabriel, D. Francisco Javier Arroyo fiestas y D. Sebastián Sastre Papiol. El voto discrepaba de las razones por las que se había desestimado el recurso, concretamente en lo relativo al acceso al Registro de la certificación expedida por la autoridad administrativa de California, orden público, e interés superior del menor.

### **3.2. Auto Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015**

Cuatro meses después de la sentencia del 6 de febrero de 2014, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) emitió dos sentencias, el 26 de junio de 2014, en los asuntos *Mennesson* y *Labassee*, relacionadas con el procedimiento abordado en los apartados previos, en las que consideró que Francia había vulnerado el artículo 8 del Convenio europeo sobre Derechos Humanos (en adelante, CEDH) al haber impedido la determinación de la filiación de los niños nacidos por la técnica de gestación por sustitución, impidiendo asimismo la determinación de la filiación biológica paterna.

Sobre la base de estos pronunciamientos, el abogado de la pareja homosexual que pretendía la inscripción de sus hijos nacidos en California a través de gestación por sustitución en el Registro Civil consular, solicitó la nulidad de la Sentencia de febrero de 2014 por vulnerar tres derechos fundamentales de los recurrentes: el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española, el derecho a la igualdad sin discriminación, tanto de los menores, en cuanto a la no discriminación por razón de nacimiento, como de los padres, en cuanto a la no discriminación por razón de su orientación sexual, y por último el derecho a la intimidad familiar, en cuanto al derecho de la pareja a la procreación médicamente asistida.

En respuesta, el Supremo dictó el Auto 335/2015 de 2 de febrero de 2015<sup>38</sup>. El Supremo dictamina que la esencia de la vulneración del artículo 8 del CEDH en el caso de las Sentencias del TEDH que condenaron a Francia no se encontraba en el rechazado al reconocimiento de los efectos de la filiación existente en el extranjero entre nacidos y comitentes, sino en la absoluta imposibilidad de que la filiación natural de los niños pudiese establecerse a través de otros medios<sup>39</sup>. En Francia no resulta posible establecer la relación de filiación entre los menores y los comitentes, mientras que en España existen otras vías posibles.

En el auto se formuló un voto particular<sup>40</sup> apoyado por los magistrados D. José Ramón Ferrándiz Gabriel, D. José Antonio Seijas Quintana, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas y D. Sebastián Sastre Papiol, quienes discrepaban del criterio mayoritario plasmado en el auto, exclusivamente respecto de las trascendencias de las sentencias dictadas por el TEDH en el caso que es objeto el incidente.

A raíz de las sentencias del TEDH, la DGRN emitió una circular el 11 de julio de 2014 por la que se autorizaba a los Cónsules españoles a seguir aplicando la Instrucción de 5 de octubre de 2010 como consecuencia de la jurisprudencia europea y porque a su juicio el caso tratado en la Sentencia del Supremo no afectaba a esta Instrucción, debido a que la resolución de la DGRN anulada por esta sentencia lo que pretendía era la transcripción

---

<sup>38</sup> Auto 335/2015 de 2 de febrero de 2015, CENDOJ, ECLI:ES:TS:2015:335A.

<sup>39</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S, «Nota sobre el Auto TS (Sala de lo Civil, Pleno) de 2 de febrero de 2015», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 96, nº2, 2015, pág. 218-22.

<sup>40</sup> ATS 335/2015 – ECLI:ES:TS:2015:335A.

de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español, mientras que la Instrucción no regula la transcripción, sino el procedimiento de reconocimiento que ha de seguirse *ad hoc* para poder inscribir a los niños nacidos en el extranjero a través de la gestación por sustitución en el Registro Civil español<sup>41</sup>.

### **3.3. Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2022<sup>42</sup>**

Esta Sentencia viene a reiterar la doctrina establecida en la Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014 a la que nos hemos referido anteriormente.

#### **3.3.1 Supuesto de hecho**

Una mujer española, residente en España, celebró un contrato de gestación por sustitución en México. La madre de intención no aportó material genético propio. En el año 2015, en el Estado de Tabasco (México) nació el niño, tras su inscripción en el Registro Civil mexicano como hijo de la madre de intención, fue trasladado a España, país en el que reside desde entonces.

El 30 de enero de 2018, el padre de la madre no biológica interpuso demanda en la que ejerció la acción de determinación legal de filiación materna de su hija y a su vez madre de intención por posesión de estado del menor nacido mediante gestación por sustitución.

El Juzgado de Primera Instancia nº77 de Madrid desestimó la demanda dejando las puertas abiertas a que dicha determinación legal se llevara a cabo mediante la adopción del menor.

La resolución fue recurrida por parte del demandante. La Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso y, por ende, la revocación de la sentencia, declarando a la madre no biológica, madre del menor, ordenando la inscripción en el Registro Civil correspondiente.

---

<sup>41</sup> DURÁN AYAGO, A., « Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: la gestación por sustitución» Bitácora Millennium Derecho Internacional Privado, núm. 2, 2016. <http://www.millenniumdipr.com/ba-26-una-encrucijada-judicial-y-una-reforma-legal-por-hacer-la-gestacion-por-sustitucion>. Recuperado el 20 de mayo de 2022.

<sup>42</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2022, CENDOJ, ECLI:ES:TS:2022:1153.

Frente a dicha sentencia, se interpuso recurso de casación por el Ministerio Fiscal, remitiéndose las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

### **3.3.2. Argumentos jurídicos**

El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de 1 de diciembre de 2020, en base a la siguientes razones:

- La gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos. El TS sostiene que la pretensión de reconocer la filiación determinada por una autoridad extranjera como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución es contraria al orden público español. Esta contrariedad deriva no solo del artículo 10 LTRHA, sino también de que el contrato de gestación por sustitución vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos de los que España es parte.

Asimismo, señala que los contratos de gestación por sustitución vulneran los derechos fundamentales, tanto de la mujer gestante como del niño gestado, al ser tratados como mejores objetos y no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad. Además, entrañan una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor.

- La protección del interés superior del menor nacido por gestación por sustitución. El Tribunal Supremo precisa que si el menor tiene relaciones familiares de facto con quien pretende el reconocimiento de la relación paterno o maternofilial en su favor, la solución que ha de buscarse tanto por el comitente como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del TEDH, que ha reconocido la existencia de una vida familiar de facto incluso en ausencia de lazos biológicos o de un lazo jurídicamente reconocido.

En nuestro ordenamiento jurídico, dicho reconocimiento de esa relación puede realizarse, respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de la paternidad, conforme prevé el artículo 10.3 LTRHA. Mientras que, cuando quien solicita el reconocimiento de la relación de filiación es la madre comitente, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación es la de la adopción.

Esta solución satisface el interés superior del menor y a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales como son los derechos de las madres gestantes y de los niños en general, que resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial.

Se trata de una resolución judicial que proscribe, muy contundentemente la contratación de esta práctica. Afea también que los poderes públicos no la persigan y sancionen.

#### **4. Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

El TEDH se ha pronunciado en distintas sentencias respecto esta materia, sin embargo no lo ha hecho explícitamente sobre la legalidad de los contratos de gestación por sustitución, sino sobre el reconocimiento de la filiación de los niños nacidos mediante esta técnica en aquellos países donde se consideran nulos.

En las resoluciones que se van a analizar, el Tribunal de Estrasburgo se pronuncia sobre si la denegación del reconocimiento de la filiación acreditada en el extranjero de menores por gestación por sustitución es contraria o no al artículo 8 CEDH, que dispone:

*“ 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

*2. No podrá haber inferencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la*

*seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”*

#### **4.1.Casos Mennesson y Labassee.**

Tanto en el caso *Mennesson* como en el caso *Labassee*, los padres comitentes acuden al TEDH al no tener posibilidad alguna de obtener en Francia el reconocimiento de la filiación legalmente establecida en el extranjero a su favor, argumentando la violación del artículo 8 CEDH puesto que, esta situación suponía un detrimento del interés del menor y vulneraba el derecho a su vida privada y familiar.

El TEDH comienza recordando que para garantizar el derecho al respeto a la vida familiar, el artículo 8 del CEDH presupone la existencia de una familia, pudiendo ser los vínculos familiares *de facto*: algo que a juicio del TEDH se cumple a todas luces en los asuntos *Mennesson* y *Labassee*. Asimismo, señala que “el derecho a la identidad, que incluye la filiación, forma parte integral del derecho a la vida privada”, y aprecia la existencia de una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de una gestación por sustitución y la determinación jurídica de su filiación”<sup>43</sup>.

Los padres intencionales alegaron que el hecho de que las autoridades francesas negaran reconocer jurídicamente el vínculo familiar entre los niños y sus padres suponía una injerencia de las autoridades estatales en su derecho al respeto a la vida familiar.

El TEDH admitió la existencia de injerencia por parte de las autoridades familiares en el supuesto, la cual está prevista en la Ley y es previsible para las partes, siendo sus fines legítimos: la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los demás. El hecho de que las autoridades francesas negasen el reconocimiento del vínculo de filiación entre los hijos nacidos mediante gestación por sustitución y los padres intencionales tenía como finalidad desalentar y evitar que otros ciudadanos franceses recurrieran en el extranjero a esta técnica que está prohibida en Francia, con el fin de proteger al menor y a la madre gestante.

---

<sup>43</sup> GODOY VÁZQUEZ, M.O., «La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo», *Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx*, nº 34 (2018), pág. 120.

Además, el TEDH estima que resulta absolutamente necesario distinguir entre el derecho de los matrimonios demandantes a su vida familiar, y el derecho de los hijos nacidos artificialmente al respeto a su vida privada. En el primer supuesto, el TEDH explica que la negativa por parte de las autoridades francesas a inscribir el nacimiento y filiación de los menores no impide el establecimiento de una vida familiar aunque implique una serie de consecuencias negativas para el día a día. Concluye por tanto, que no existe vulneración del derecho a la vida familiar del matrimonio. En el segundo supuesto, el TEDH recuerda que el respeto a la vida privada exige que cada uno pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano, algo que incluye su filiación; y considera que la denegación por parte de las autoridades francesas del reconocimiento de efectos a la Sentencia extranjera, implica admitir la filiación de los menores conforme al Derecho de otro estado pero, paradójicamente, impedir la condición de hijos en el foro (Francia), con todas las consecuencias negativas que ello conlleva: nacionalidad, efectos sucesorios, responsabilidad parental, etc.<sup>44</sup>

Por todo ello, el TEDH consideró que se había producido una violación del derecho a la vida privada regulado en el artículo 8 CEDH. Sin embargo, no consideró que hubiese violación del derecho al respeto de la vida familiar.

#### **4.2. Caso Paradiso y Campanelli**

Dos cónyuges italianos celebraron un contrato de gestación por sustitución en Rusia. El menor fue concebido mediante gametos donados y gestado por una mujer rusa que renunció a la filiación materna, tras su nacimiento, fue trasladado a Italia. Los cónyuges constaban como padres del menor en el certificado de nacimiento expedido por las autoridades rusas.

Las autoridades italianas, informadas por el Consulado italiano de Moscú de que el certificado contenía información falsa, denegaron su registro e iniciaron un procedimiento penal contra las cónyuges por alteración de la filiación, falsificación documental y contravención del procedimiento sobre adopción internacional. Al mismo,

---

<sup>44</sup> Ídem

el Juzgado de menores inició los trámites para dar al menor en adopción, dada la situación de abandono en que consideraba que se encontraba, lo que desembocó en su desamparo con ocho meses de edad y en su posterior acogimiento familiar, con el fin de ser dado en adopción, como finalmente sucedió<sup>45</sup>.

Ante estos hechos, el matrimonio solicitó amparo al TEDH argumentando que las medidas adoptadas por las autoridades italianas en relación con el menor violaban su derecho a la vida privada y familiar del artículo 8 CEDH.

En su Sentencia de 27 de enero de 2015, valora el TEDH, en primer lugar, si la medida adoptada por las autoridades italianas de colocar al menor bajo custodia supuso una injerencia en la vida privada y familiar de los demandantes: y si estaba justificada, lo que sucede solo “cuando está prevista por la Ley y persigue fines legítimos, siendo necesaria en una sociedad democrática”. Al respecto, concluye que los Tribunales internos se limitaron a aplicar la legislación italiana, al apreciar que la conducta de los demandantes había sido contraria a la Ley; y que la medida adoptada no fue discrecional, sino basada en las disposiciones de Derecho interno que persiguen el objetivo legítimo de la “defensa del orden”. Al evaluar “la necesidad de la injerencia en una sociedad democrática”, el TEDH analiza si la aplicación de la Ley nacional ha ponderado un “justo equilibrio” entre el interés público y el privado, que se concreta en el respeto a la vida privada y familiar de los demandantes; y si al hacerlo, se ha tenido en cuenta el “principio esencial del interés superior del menor”<sup>46</sup>.

El TEDH concluyó que las autoridades italianas habían superado el margen de apreciación del artículo 8 CEDG al no haber observado un equilibrio justo entre los intereses en juego. Sin embargo, no supuso la obligación de devolver al menor a los solicitantes, dado los lazos desarrollados por el menor con la familia de acogida.

La resolución fue revocada por la Sentencia de 24 de enero de 2017, la cual estableció que no existía violación del artículo 8 CEDH por parte de las autoridades italianas puesto que las medidas que se adoptaron eran necesarias y proporcionadas debido a la ilegalidad

---

<sup>45</sup> FARNOS-AMOROS, E., «Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho (I)». *Rev. Bioética y Derecho*, Barcelona, 2017, n. 40, p. 231-242.

<sup>46</sup> GODOY VÁZQUEZ, M.O., «La gestación subrogada...» cit. pág. 122-123.

de la conducta llevada a cabo por los padres comitentes y la conveniencia de adoptar medidas urgentes respecto del menor en situación de desamparo.

## **V. CONCLUSIONES**

PRIMERA.- La gestación por sustitución es la gestación acordada mediante un contrato, con o sin precio, por el cual una de las partes -mujer gestante- se compromete a gestar y entregar el nacido a la otra parte -comitentes-, renunciando a cualquier derecho que le correspondería como madre.

SEGUNDA.- Nuestro ordenamiento jurídico establece en el artículo 10.1 LTRHA la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución. Sin embargo, la pluralidad de ordenamientos jurídicos en los diferentes Estados hace que cada legislador ofrezca una regulación diferente a esta realidad. Por ello, una de las consecuencias que resulta de esta situación es la relativa al reconocimiento e inscripción registral de la filiación de los menores nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción humana asistida.

TERCERA.- El Registro Consular español niega la inscripción de los niños nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero al entender que para la inscripción de la filiación es necesario que el hecho sea cierto y conforme a la legislación española, tal y como dispone el artículo 23 LRC. Sin embargo, el Tribunal Supremo concreta que aunque la legalidad conforme a la ley española no puede entenderse como absoluta conformidad con todas y cada una de las exigencias de nuestra legislación, sí debe serlo conforme las normas, principios y valores del orden público internacional español.

CUARTA.- La DGRN permite la inscripción de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero en virtud del artículo 81 RRC, exigiendo un reconocimiento incidental y su conformidad con el orden público internacional español. Asimismo, permite la inscripción siendo necesaria una resolución judicial extranjera con el correspondiente exequátur, salvo que dicha resolución sea dictada en jurisdicción voluntaria.

QUINTA.- El Tribunal Supremo considera que los contratos de gestación por sustitución vulneran los derechos fundamentales, tanto de la mujer gestante como del niño gestado, al ser tratados como mejores objetos y no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad y que forman parte del orden público internacional. Por ende, toda certificación registral extranjera que determine la filiación de los nacidos mediante un contrato de gestación por sustitución es contraria al orden público internacional español.

SEXTA.- El TEDH se ha pronunciado en varias ocasiones sobre si la denegación del reconocimiento de la filiación acreditada en el extranjero de los niños nacidos mediante esta técnica es contraria o no al artículo 8 CEDH, el cual establece el derecho a la vida privada y familiar, mostrándose favorable a un reconocimiento de la filiación en caso de haber vinculo biológico.

SÉPTIMA.- Estamos ante una cuestión éticamente muy compleja y que sigue presentando fuertes reticencias a su admisión tanto en la legislación como en buena parte de la jurisprudencia, aunque se sigue practicando y algunos sectores (también alguna sentencia) parecen optar por su admisión en nuestro ordenamiento jurídico.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S, «Nota sobre el Auto TS (Sala de lo Civil, Pleno) de 2 de febrero de 2015», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 96, nº2, 2015.

ÁLVAREZ, N., <https://babygest.com/es/contrato-de-gestacion-subrogada/>.

BAYONA SORINAS, A., «Trabajo final de Grado. La maternidad subrogada». Universidad de Lleida, curso 2017-2018.

BERROCAL LANZAROT, A.I., «De nuevo sobre la reproducción humana asistida en España. Análisis jurídico-sanitario de la ley 14/2006, de 26 de mayo», *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, octubre de 2008.

CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GÓNZALEZ, J., «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014) Gestación por sustitución». [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/comentarios\\_sentencias\\_unificacion\\_doctrina\\_civil\\_y\\_mercantil/abrir\\_pdf.php?id=COM-D-2013-25](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-25)

CALVO CARAVACA, A.L, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Gestación por sustitución y derecho internacional privado: consideraciones en torno a la resolución de la dirección general de los registros y del notariado de 18 de febrero de 2009», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2009), Vol,1, Nº2.

CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.», *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 3, No 1, 2011.

CASTILLO MARTÍNEZ, C. (11 de junio de 2020). *La gestación por sustitución y el problema de su acceso al Registro Civil español*. LEFEBVRE. <https://elderecho.com/la-gestacion-por-sustitucion-y-el-problema-de-su-acceso-al-registro-civil-espanol>.

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, «Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada».

*El contrato de gestación por sustitución*. Vlex.es. <https://vlex.es/vid/contrato-gestacion-sustitucion-323706851>

Comité de Bioética de España, «Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada».

DÍAZ FRAILE, J., «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, (enero-marzo, 2019) Estudios.

DURÁN AYAGO, A., «Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: la gestación por sustitución» *Bitácora Millennium Derecho Internacional Privado*, núm. 2, 2016. <http://www.millenniumdipr.com/ba-26-una-encrucijada-judicial-y-una-reforma-legal-por-hacer-la-gestacion-por-sustitucion>.

FARNOS-AMOROS, E., «Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho (I)». *Rev. Bioética y Derecho*, Barcelona, 2017, n. 40.

GODOY VÁZQUEZ, M.O., «La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo», *Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx*, nº 34 (2018).

GÓMEZ-SEGUI, A. Y NAVARRO SARRÍAS, J.A., *Las técnicas de reproducción humana asistida y su regulación legislativa española*, *therapeía* 9, julio 2017.

HEREDIA CERVANTES, I., *La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución*, ADC, tomo LXVI, 2013, fasc. II.

LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013.

LLEDÓ YAGÜE, F. y MONJE BALMASEDA, O., *La gestación por sustitución: su evolución desde la primera ley 35/1988, de 22 de noviembre hasta el momento presente diciembre 2019*, R.E.D.S. núm. 15, julio-diciembre 2019.

LUCAS ESTEVE, A., *La gestación por sustitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MORAGA, K., Panorama legal de la gestación subrogada en el mundo. <https://idealex.press/panorama-legal-de-la-gestacion-subrogada-en-el-mundo/>.

PARRA LUCÁN, M.A., «Matrimonio y «Matrimonio entre personas del mismo sexo»: La constitucionalidad de la Ley 13/2005». *Derecho privado y Constitución*, enero-diciembre 201, pág. 271-311.

REDACCIÓN. Maternidad. Concepto definicion.de., <https://concepto definicion.de/maternidad/>.

TORRALDA ERRUZ, M., *El contrato de gestación por sustitución*. Vlex.es. <https://vlex.es/vid/contrato-gestacion-sustitucion-323706851>

VILAR GONZÁLEZ, S., «Situación actual de la gestación por sustitución», en *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014.

## **VII. ANEXO JURISPRUDENCIAL**

Juzgado de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, Sentencia núm. 826/2011 de 23 de noviembre de 2011.

Juzgado de Primera Instancia de Valencia núm. 15, Sentencia núm. 193/2010 de 15 de septiembre.

Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución RJ 2009/1735 de 18 de febrero 2009.

Dirección General de los Registros y del Notariado, Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, BOE núm. 243 de 7 de octubre 2010, pp. 84803-84805.

Tribunal Supremo (Sala 1º Pleno), Sentencia 247/2014 de 6 de febrero de 2014.

Auto Tribunal Supremo (Sala 1ª), núm. 335/2015 de 2 de febrero de 2015.

Tribunal Supremo (Sala 1º Pleno), Sentencia 277/2022 de 31 de marzo de 2022.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 24 de junio de 2014, demanda núm. 65941/11.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 26 de junio de 2014, demanda núm. 65192/11.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 27 de enero de 2015, demanda núm. 253558/12.

## VIII. MODELO CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

### 1. Preámbulo

A. La agencia se encarga de coordinar los acuerdos de gestación subrogada, ayudando a los futuros padres en la selección de la gestante y dándoles acceso a profesionales en los ámbitos médico, judicial y psicológico. Asimismo, ayuda a los padres de intención a gestionar los gastos derivados del proceso.

B. Los padres intencionales contratan el servicio de la agencia para recibir ayuda a la hora de encontrar una mujer idónea para someterse al proceso de gestación subrogada ('gestante subrogada'). Esta mujer aceptará hacerse una transferencia transvaginal de los embriones de los padres intencionados y dar a luz a un niño de los padres intencionados.

C. Los padres intencionados han decidido en el programa de gestación subrogada que los embriones serán producidos mediante la técnica de fecundación *in vitro* (FIV) a partir de los óvulos de la madre intencionada o de una donante y del espermatozoides del padre intencionado o un donante. Esta técnica se realizará bajo la supervisión de un doctor especialista en FIV que será seleccionado y contratado por los padres intencionados.

D. Las partes reconocen y comprenden que este acuerdo solamente contiene los derechos y obligaciones respectivos a la agencia y los padres intencionados. Una vez los padres intencionados hayan seleccionado a una gestante, se redactará un contrato ('Contrato de gestación subrogada') entre la gestante y los padres intencionados bajo asistencia jurídica. En dicho contrato de gestación subrogada se detallarán los respectivos derechos, obligaciones, compromisos y previsiones tanto de los padres intencionados como de la gestante, incluyendo todos los aspectos financieros referentes al proceso de gestación subrogada.

El contrato de gestación subrogada será revisado por un abogado en representación de la gestante y, una vez concluidos dichos contratos, será formalizado por los padres intencionados y la gestante junto con su marido/pareja, en caso de haberlo.

Los padres intencionados comprenden que la agencia no participará en dicho contrato y por tanto no tendrá obligaciones en él. Sin embargo, asumen que los acuerdos financieros que se reflejan en el contrato de gestación subrogada cumplirán con los requisitos mínimos en materia de compensación para las gestantes establecidos en el programa de la agencia.

E. Los padres intencionados reconocen por la presente que la agencia les ha informado sobre la búsqueda de asesoramiento legal en relación a los términos y la significación jurídica de este acuerdo. Asimismo, reconocen su entendimiento en lo que a este acuerdo respecta y firman el mismo de manera libre y voluntaria.

Por lo tanto, en consideración al contenido dispuesto en el presente documento, las partes convienen en lo siguiente:

### **Artículo I. Servicios de gestación subrogada**

La agencia proporcionará la coordinación y los servicios administrativos pertinentes para prestar la asistencia necesaria a los padres intencionados durante el proceso de gestación subrogada. Dichos servicios incluyen: ayudar a los padres intencionados a elegir una gestante, ponerlos en manos de profesionales de los ámbitos médico, judicial y psicológico, dando apoyo administrativo a la relación entre la gestante y los futuros padres.

### **Artículo II. Honorarios**

Los padres intencionados acuerdan por la presente abonar a la agencia por la prestación de servicios la tarifa de 18 750 \$. Estos honorarios se consideran totalmente cobrados y no reembolsables. Dicha cantidad es el precio final y no incluye otros cargos, costes o gastos, o compensación a pagarle a la gestante.

Los honorarios de la agencia son un cargo único. El pago fraccionado recogido en este Artículo 2 se pagará en una única vez por los padres intencionados hasta que la gestante lleve a cabo sus servicios en virtud del presente acuerdo.

El compromiso, tiempo, experiencia y recursos que la agencia debe considerar a la hora de prestar los servicios que se mencionarán a continuación son cuantiosos y difíciles de medir. Por consiguiente, ninguna porción de los honorarios de la agencia pagados por los padres intencionados es reembolsable, independientemente de si los padres intencionados llegan a recibir un hijo o si, por el contrario, deciden abandonar el tratamiento, salvo en caso de que la agencia incumpla sus obligaciones mencionadas anteriormente o dé por concluido este acuerdo en virtud de lo establecido en el Artículo 10 mostrado más abajo.

### **Artículo III. Cuenta del fideicomiso del cliente**

Previamente a la firma de este acuerdo, la agencia debe proporcionar a los padres intencionados un documento con el coste estimado que se derivará de los gastos y los

honorarios asociados el programa de gestación subrogada. Dicho documento solo puede contener precios estimados y estará sujeta a que se realicen cambios en cualquier momento sin necesidad de notificarlo previamente a los padres intencionados.

Los padres intencionados acuerdan abonar la cantidad de 30 000 \$ en una cuenta ('Cuenta del fideicomiso del cliente') mantenida y gestionada por la agencia, la cual mantiene un Bono de Fidelidad y cumple con los requisitos dispuestos en las Secciones 7960, 7961 del Código de Familias de California, dado que el fideicomiso está gestionado por el abogado facilitador en materia de gestación subrogada de la agencia.

Dichos fondos ('Fondos Fiduciarios del Cliente') se depositarán en la cuenta del fideicomiso del cliente en los dos días siguientes a la firma del acuerdo legal entre los padres intencionados y la gestante. Los Fondos Fiduciarios del Cliente, así como la responsabilidad que asumen los padres intencionados se destinarán a lo que se menciona a continuación:

- Costes derivados de las pruebas psicológicas y médicas a las que sea sometida la gestante. Dichos gastos se reembolsarán a la agencia en caso de que ésta sea quien pague por dichas pruebas.
- Seguro Sanitario de la gestante (si se requiere según lo estipulado en el contrato de gestación subrogada).
- Coste de la gestante 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.
- Las cantidades necesarias para realizar el pago de los honorarios de la agencia que los padres intencionados no hayan abonado todavía.

Cabe señalar que toda la asistencia legal será proporcionada en lengua inglesa, ya que todos los contratos y dictámenes serán válidos en Estados Unidos. La agencia cuenta con un grupo de profesionales que proporcionarán ayuda en caso de requerirla para la comprensión de los documentos. Sin embargo, si deseas que todos estos documentos sean traducidos a tu lengua nativa, deberás abonar un cargo adicional.

Todos los fondos pendientes en la cuenta del fideicomiso después de que este acuerdo haya concluido por el motivo que sea o después del nacimiento del niño aquí mencionado serán devueltos por parte de la agencia a los padres intencionados bajo la consideración de buena fe de que todos los honorarios, reembolsos y beneficios correspondientes se han abonado adecuadamente, que se ha obedecido la cláusula que recoge que se le debe haber pagado íntegramente a la gestante y que todas las tasas, costes y gastos médicos de la gestante previstos para los que se usará la cuenta del fideicomiso se hayan pagados en su totalidad.

Respecto a esto, desafortunadamente, algunos proveedores de servicios médicos son considerablemente lentos a la hora de generar facturas y, por consiguiente, puede que sea necesario mantener la cuenta del fideicomiso durante unos cuantos meses tras la finalización del acuerdo o el nacimiento del niño para garantizar el suministro de dichas facturas.

Se prevé que la cuenta del fideicomiso deberá permanecer abierta como mínimo durante un mes tras la finalización de este acuerdo o el nacimiento del niño. Si la gestante con la que los padres intencionados han decidido trabajar cuenta con un seguro médico completo que exija un gravamen y los padres intencionados deciden utilizar dicha póliza de seguro para el embarazo, los padres intencionados acuerdan y entienden que deberán abonar un gravamen por la cantidad de 15 000 \$ en una cuenta del fideicomiso que permanecerá abierta durante dos años tras el nacimiento del niño.

Si la gestante posee un seguro a punto y los padres intencionados eligen hacer uso de la póliza de seguro médico de la gestante, los padres intencionados asumen la adquisición de un seguro de apoyo. Si los padres intencionados eligen no adquirir dicho seguro de apoyo, tendrán que contratarle a la gestante una póliza de seguro completa.

La agencia proporcionará a los padres intencionados un libro mayor mensualmente donde se enunciarán todos los desembolsos pagados en nombre de su nombre sacados de la cuenta del fideicomiso del cliente. En él se mostrará el saldo corriente actual del Fondo Fiduciario del cliente. En caso de que el saldo de fondos se considere insuficiente para dar cobertura a los pagos anticipados previstos para el proceso de gestación subrogada, los padres intencionados remitirán dichas cantidades que la agencia estime oportunas para dar cobertura a los gastos previstos.

Una vez terminado todo el proceso de gestación subrogada, tal y como se contempla en el presente acuerdo y el contrato de gestación subrogada, la agencia transferirá inmediatamente cualquier fondo adicional del Fondo Fiduciario del cliente a los padres

intencionados. Los honorarios de la agencia por la gestión de la cuenta del fideicomiso del cliente ascienden a 1 250 \$.

#### **Artículo IV. Selección de la gestante y honorarios**

La agencia ayudará a los padres intencionados en el proceso de selección de la futura gestante, el cual se basará en sus preferencias explícitas. Los padres intencionados tendrán pleno derecho a aceptar o rechazar una posible gestante sea cual fuere la causa.

En caso de que los padres intencionados seleccionasen a una gestante y dicha gestante no comenzase el ciclo de medicación dentro de los 90 días desde la fecha en que los padres intencionados contrataron los servicios de la agencia, entonces la agencia se reserva el derecho de poner dicha gestante a disposición de otros clientes.

La compensación económica que se concede a las gestantes en el campo de la gestación subrogada ha ido aumentando durante los últimos años. Las tasas competitivas para las gestantes variarán con el tiempo y no pueden ser predichas por parte de la Agencia.

Por tanto, los honorarios estimados para la gestante enumerados en cualquier documento de estimación de costes expedido por la agencia pueden ser simplemente aproximaciones. Además, muchas gestantes que ya han completado satisfactoriamente uno o más procesos de gestación subrogada podrían exigir tasas por encima de las estándar.

#### **Artículo V. Genética médica, servicios legales y psicológicos**

La agencia no proporciona servicios médicos, legales o psicológicos de evaluación. La agencia quiere garantizar que la gestante seleccionada por los padres intencionados tiene acceso a profesionales altamente cualificados en los ámbitos médico, jurídico y de salud mental y, en este sentido, proporcionará asesoramiento a los padres intencionados, en caso de que éstos lo soliciten, para contactar con dichos profesionales.

Sin embargo, la responsabilidad de seleccionar y contratar a profesionales independientes en estos ámbitos y hacerlos conocedores de todos los aspectos relacionados con el proceso de gestación subrogada recae en última instancia sobre los padres intencionados. Más concretamente, 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.

Todo profesional contratado por los padres intencionados es responsable a título individual de sus propios servicios. La agencia no avala o garantiza que los requisitos legales se hayan cumplido o cualquier documento de carácter legal haya sido formalizado, ni que la gestante se encuentre en las condiciones psicológicas adecuadas para ser gestante, ni que los procedimientos médicos llevados a cabo sean adecuados o necesarios. Además, los padres intencionados asumen que la agencia trabaja con gestantes que no han pasado por ningún chequeo médico, psicológico o genético. Una vez seleccionada la gestante, los padres intencionados acuerdan asumir todos los gastos derivados de cualquier chequeo médico, psicológico y genético, independientemente de si la gestante resulta apta o no apta en cada uno de estos chequeos.

#### **Artículo VI. Evaluaciones médicas**

En relación al proceso de gestación subrogada, los padres intencionados asumen que es posible que deban someterse a ciertas evaluaciones médicas o pruebas según consideren los profesionales médicos o de salud mental que los padres intencionados hayan seleccionado y contratado.

#### **Artículo VII. Otros Acuerdos**

No podéis formalizar otros acuerdos con la gestante si no se redacta un acuerdo por escrito y en él aparece vuestra firma y la de la gestante, de la que la agencia tiene conocimiento. Si vais a llevar algún tipo de procedimiento entre vosotros y la gestante sin consentimiento previo por escrito de la agencia, podríais incurrir en obligaciones o cargas financieras a las que no estáis obligados y que podrían ser considerables.

### **Artículo VIII. Información proporcionada por los padres intencionados**

Los padres intencionados avalan que toda la información y representación proporcionada por ellos mismos a la agencia en relación al proceso de gestación subrogada que aquí se contempla es precisa y completa a su saber y entender.

Los padres intencionados acuerdan que si se dan cuenta posteriormente de que dicha información o parte de la misma es imprecisa o incompleta, proporcionarán la información pertinente de manera inmediata a la agencia. Los padres intencionados reconocen que la agencia debe compartir, durante el proceso de gestación subrogada, la información proporcionada por los padres de intención con los profesionales en los ámbitos psicológico, médico y jurídico, así como con futuras candidatas a ser gestantes. Con la firma de este acuerdo, los padres intencionados por la presente autorizan a la agencia a compartir dicha información a las partes que formen parte del proceso de gestación subrogada.

### **Artículo IX. Gestantes adicionales**

En caso de que los padres intencionados quieran que su gestante se someta a un ciclo adicional o que los padres intencionados necesiten ayuda para volver a seleccionar a otra gestante, la agencia proporcionará asistencia y seguimiento una vez más sin cargos adicionales, durante un máximo de dos años de acuerdo con los términos estipulados en el programa SAFE (*Single Agency Fee Exclusive*). Asimismo, los padres intencionados se harán responsables de cualquier compensación económica dirigida a la gestante.

### **Artículo X. Rescindir el contrato de maternidad subrogada**

**Resolución por parte de los padres intencionados:** los padres intencionados podrán rescindir este acuerdo en cualquier momento antes de que se realice la transferencia de los embriones a la gestante mediante notificación por escrito. En caso de rescisión de contrato, todas las tasas y los gastos que corran a cuenta de los padres intencionados deberán abonarse de forma inmediata.

Los honorarios abonados a la agencia no son reembolsables. De acuerdo con lo expuesto en el Artículo 3, si los padres intencionados han depositado fondos en la cuenta del fideicomiso del cliente, dichos fondos se utilizarán en primera instancia por la agencia

para abonar tasas o cubrir gastos, ya sea de la gestante, de la agencia o de terceras partes que participen en el proceso de gestación subrogada.

Cualquier exceso sobre dichos fondos se remitirán inmediatamente a los padres intencionados después de que la agencia haya determinado razonablemente que no queda ninguna otra obligación para la que deba utilizarse la cuenta del fideicomiso del cliente. Si el contrato de gestación subrogada ha sido suscrito por parte de los padres intencionados y la gestante, la rescisión del mismo deberá efectuarse en base a las cláusulas establecidas en el mismo. Si los padres intencionados rescinden este acuerdo, pero continúan trabajando con una gestante proporcionada por la agencia, los honorarios destinados a la agencia en virtud de lo establecido en el Artículo 2 más arriba permanecerán vigentes, aplicables y efectivos, y la agencia, bajo su criterio exclusivo, podría proporcionar asistencia a la gestante en caso de que ésta la solicite.

**Resolución por parte de la agencia:** dado el carácter exclusivo y personal del proceso de gestación subrogada, la agencia podría considerar que no es posible mantener una relación profesional satisfactoria con los padres intencionados. Por consiguiente, la agencia podría, bajo su criterio exclusivo, rescindir este acuerdo previo aviso por escrito con tres días hábiles de anticipación a los padres intencionados, siempre y cuando la gestante no se haya sometido ya a la transferencia uterina de los embriones de dichos padres intencionados.

En caso de llevar a cabo dicha rescisión, la agencia reembolsará a los padres intencionados los honorarios abonados en virtud de la agencia (excepto cualquier gasto generado por los padres intencionados y asumido por la agencia) sin responsabilidad alguna ni obligación con la agencia.

#### **Artículo XI. No se asume ninguna garantía, aval o representación**

Los padres intencionados, una vez formalizado este acuerdo, asumen no haber utilizado ninguna representación que no haya sido expuesta aquí. Asimismo, los padres intencionados asumen que la gestación subrogada y la copaternidad son asuntos no resueltos por la ley. Los padres intencionados acuerdan que la agencia no puede avalar o garantizar, entre otras cosas, lo que se expone a continuación:

- Los embriones transferidos a la gestante o los óvulos extraídos de la futura madre/donante serán fecundados o darán como resultado un embarazo, o un niño será concebido en base a este acuerdo.

- El niño, en caso de ser concebido, contará con salud física y mental, y libre de cualquier defecto o anomalía congénita.
- La gestante o su marido/pareja, en caso de haberlo, cumplirán con las cláusulas establecidas en el contrato de gestación subrogada o los consejos de cualquier profesional que participe en el proceso.
- La información proporcionada por la gestante o su marido/pareja, en caso de haberlo, es cierta, completa y exacta.
- La gestante no intentará quedarse con el niño ni renunciará a los derechos paternos y/o consentirá la copaternidad.
- Los padres intencionados podrán establecer o confirmar los derechos paternos sobre el niño que hayan sido reconocidos legalmente como tales.
- Este acuerdo o el contrato de gestación subrogada será aplicable por cualquier Tribunal de Justicia.
- Todo profesional involucrado en el proceso a manos de los padres intencionados, incluyendo sin limitaciones cualquier médico o grupo médico, abogado, psicólogo, o asesor en genética, prestará sus servicios de forma satisfactoria.
- El coste real total de todo el proceso de gestación subrogada no será mayor al estimado por la agencia.
- El seguro médico, en caso de haberlo, cubrirá en su totalidad cualquier gasto médico de la gestante relacionado con el proceso de gestación subrogada. Los padres intencionados asumen el riesgo de que el seguro de la gestante no cubra los gastos médicos de la relacionados con el proceso de gestación subrogada y acuerdan pagar por todo gasto no cubierto por el seguro médico tal y como se establece aquí.

## **Artículo XII. Conciliación**

En caso de litigio entre los padres intencionados y la agencia, tanto en referencia a lo dispuesto en este acuerdo como relacionado con el proceso de gestación subrogada, las partes deberán presentar dicho litigio ante procedimiento de mediación no vinculante. El lugar para la celebración de dicho procedimiento deberá pertenecer exclusivamente al

condado de San Diego. Todas las partes implicadas asumirán los gastos y tasas derivados de dicho procedimiento.

### **Artículo XIII. Impuestos/Inmigración**

Las partes asumen que la agencia no efectúa manifestación ni declaración de garantía alguna en cuanto a las consecuencias fiscales derivadas de todo pago efectuado en relación al proceso de gestación subrogada por la presente contemplados o cualquier asunto de inmigración.

### **Artículo XIV. Legislación aplicable**

Este acuerdo se registrará por y se entenderá conforme a las leyes de Estado de California.

### **Artículo XV. Interpretación neutral**

Cada una de las partes ha tenido ocasión de consultar con su propio abogado todo lo expuesto en este acuerdo, y ha leído y entendido los términos y disposiciones del mismo. Ninguna de las partes ha firmado este acuerdo mediante declaración falsa, corrupción, coacción o cualquier otra forma ilegal. Este acuerdo se interpretará por tanto de manera neutral y toda ambigüedad derivada del mismo será resuelta sin referencias al hecho de que este acuerdo ha sido elaborado por parte de la agencia.

### **Artículo XVI. Divisibilidad**

En caso de que un tribunal competente invalidara alguna de las cláusulas de este acuerdo, las demás cláusulas seguirán en vigor a no ser que el cumplimiento de dichas cláusulas sea contradictorio con las intenciones y los propósitos de las partes involucradas en este acuerdo.

### **Artículo XVII. Acuerdo total**

Este acuerdo constituye el acuerdo total entre las partes con respecto a los servicios proporcionados por parte de la agencia a los padres intencionados, y reemplaza todo acuerdo previo tácito o por escrito entre las partes en relación a dichos servicios.

### **Artículo XVIII. Enmiendas**

Este acuerdo no será modificado excepto mediante una ejecución adecuada por escrito de las partes.

### **Artículo XIX. Encabezamientos**

El título de cada párrafo se ha incorporado simplemente para la comodidad del lector y no constituye parte alguna del acuerdo entre las partes tal y como se expresa en este instrumento.

### **Artículo XX. Acuerdo vinculante**

Este acuerdo será vinculante, asegurará el beneficio de los herederos, sucesores, agentes y representantes personales de cada parte<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> ÁLVAREZ, N., <https://babygest.com/es/contrato-de-gestacion-subrogada/>. Recuperado el día 3 de junio de 2022.