



# TRABAJO FIN DE GRADO

## GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2019 – 2020

### TÍTULO:

Gestación por sustitución: aspectos mercantiles y de  
consumo.

### WORK TITLE:

Surrogacy: commercial and consumer aspects.

### Autora:

Paola Isla Narganes

### Director:

Jorge Luis Tomillo Urbina.

En Santander, 2020.

**Resumen:** En el siguiente trabajo voy a tratar los aspectos mercantiles y de consumo que hay detrás de la gestación por sustitución. Como sabemos, esta novedosa técnica ha generado polémica en los diferentes sectores de la sociedad, así como en el panorama político de España. Se han generado también numerosos problemas con la inscripción de los menores en el Registro Civil, familias se ven atrapadas en los países a los que han acudido para llevar a cabo este proceso. Esto deriva directamente de la consideración de estos contratos en nuestro Ordenamiento Jurídico como nulos de pleno derecho.

He querido reflexionar sobre otras figuras que se encuentran detrás de la gestación por sustitución. En concreto, sobre las empresas y agencias dedicadas a esta técnica que generan un lucro con esta actividad. Y, como consecuencia de su presencia, la relación vertical entre personas que pueden ser consideradas consumidores y estas empresas, que determinan así una relación de consumo donde debe protegerse al más alto nivel a las partes más vulnerables: familia de intención y mujer gestante.

**Palabras clave:** gestación por sustitución, consumidores, empresas, contrato, mujer gestante, familia de intención, ‘paquetes’.

**Abstract:** In the following work I will deal with the commercial and consumer aspects behind surrogacy. As we know, this new technique has generated controversy in different sectors of society, as well as in the political panorama of Spain. It has also generated many problems with the registration of minors in the Civil Registry, families are trapped in the countries where they have gone to carry out this process. This derives directly from the consideration of these contracts in our legal system as null and void.

I've want to reflect on other figures that are behind the surrogacy. Specifically, on the companies and agencies dedicated to this technique that generate a profit with this activity. And, as a consequence of their presence, the vertical relationship between people who can be considered as consumers and these companies, which determine a consumer relationship where the most vulnerable parties must be protected at the highest level: the family of intent and the pregnant woman.

**Key words:** surrogacy, consumers, companies, contract, surrogate mother, surrogate family, ‘packs’.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. ....	4
2. CUESTIONES PREVIAS. ....	5
2. 1. CONCEPTO. ....	5
2. 2. ¿EN QUÉ CONSISTE? .....	7
2. 3. ASPECTO SUBJETIVO. ....	8
3. PANORAMA POLÍTICO EN ESPAÑA. ....	10
3. 1. POSTURAS DENTRO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS. ....	11
3. 2. PROPOSICIÓN DE LEY DE CIUDADANOS. ....	13
3. 2. 1. Objeto. ....	13
3. 2. 2. Definiciones. ....	14
3. 2. 3. Requisitos objetivos. ....	15
3. 2. 4. Requisitos subjetivos. ....	16
3. 2. 5. Carácter altruista. ....	17
3. 2. 6. Contrato. ....	18
4. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. ....	19
4. 1. CIVIL. ....	19
4. 1. 1. Problema del objeto. ....	22
4. 1. 2. Problema de la autonomía de la voluntad. ....	23
4. 2. MERCANTIL. ....	25
4. 3. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA DE INTENCIÓN Y DE LA MUJER GESTANTE COMO PARTES VULNERABLES DE LA RELACIÓN. ....	28
5. RASGOS DE CONSUMO EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. ....	29
5. 1. SITUACIÓN DE UCRANIA: “PAQUETES” DE SUBROGACIÓN. ....	31
5. 2. OTROS PAÍSES. ....	35
6. ALTRUISMO. ....	36
7. CONCLUSIÓN. ....	39
8. BIBLIOGRAFÍA. ....	42

## **1. INTRODUCCIÓN.**

En la actualidad, estamos siendo testigos de la vertiginosa evolución científica que está dando lugar al nacimiento de técnicas que, sin duda, tratan de facilitar la vida de los seres humanos. Investigación contra el cáncer, tratamientos para enfermedades degenerativas, nuevas vacunas, incluso técnicas de congelación del cuerpo humano con la esperanza de poder despertar en un futuro, conocidas como ‘criogenia humana’. Técnicas que, sin duda, no dejan indiferente a nadie y que giran en torno al concepto de vida.

Estas técnicas tratan de alargar la vida humana o, al menos, dispensar una idónea salud para poder gozar de una buena calidad de vida. Y, junto a éstas, también estamos siendo testigos de nuevas técnicas de creación de vida. Así, nos adentramos en las llamadas ‘Técnicas de reproducción asistida’, que han sido importante objeto de debate bioético en las últimas décadas.

Se trata de dejar de lado el modo tradicional de concepción de un hijo, basado en relaciones interpersonales e íntimas entre un hombre y una mujer que aportan sus gametos con su correspondiente carga genética y se gesta en el vientre materno, por otros métodos donde se da ya una intervención humana ajena a la pareja.

La necesidad imperiosa de la implantación de nuevas técnicas de reproducción asistida viene dada de la necesidad de aquellas parejas que se ven imposibilitadas de poder concebir a sus propios hijos, bien sea por problemas de infertilidad, esterilidad, o bien porque sean parejas homosexuales que necesitan la aportación de un gameto ajeno y cuerpo gestante en el caso de parejas de hombres.

Esta necesidad se plasmó definitivamente en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, cuyo primer referente data de 1988 (Ley 35/1988) y, posteriormente, de 2003 (Ley 45/2003), que permitió así la regulación de una realidad muy palpable, y que ha sido objeto de actualizaciones, datando esta última en 14 de julio de 2015.

Sin embargo, fuera de esta regulación ha quedado la llamada gestación por sustitución, también conocida como gestación subrogada, maternidad subrogada, vientres de alquiler,

etc., que ha adquirido la condición de ‘contrato nulo de pleno derecho’ en el artículo 10 de esta Ley<sup>1</sup>.

Se despierta aquí un serio debate bioético entre aquellos que abogan por su licitud, señalando la necesidad de una urgente regulación, y por aquellos que consideran esta técnica como una forma de cosificación del cuerpo de la mujer que atenta contra su dignidad, y que la convierte en objeto de contrato propiciando de esta forma su comercialización y, junto con esta, la comercialización del bebe.

Con este trabajo pretendo ahondar en la faceta mercantil que se desprende de la gestación por sustitución, sin dejar de lado su desarrollo general, pero sí apartándome levemente del problema civil e internacional que se está suscitando, analizando así la tipología del contrato de gestación subrogada, el papel intermediario de las empresas y agencias que se dedican a ello, así como el concepto estrella que está rondando en la posibilidad de regular esta técnica: el altruismo.

## **2. CUESTIONES PREVIAS.**

### **2. 1. CONCEPTO.**

Para poder adentrarnos en el estudio de la gestación por sustitución es necesario tener claro su concepto y en qué consiste.

Han sido varios los autores que han tratado de definir esta figura desde que comenzó su debate. Así, autores como **Phyllis Coleman**, en 1982, estableció que la maternidad subrogada es ‘*una aplicación novel de las técnicas de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La gestante es una mujer fértil que conviene, mediante contrato, se la insemine con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar al niño o darla a luz o procrearla. Una vez nacido el niño, la gestante o suplente renuncia a su custodia a favor del padre biológico y, además, termina todos sus derechos de filiación para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada le adopte*’.

---

<sup>1</sup> Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, artículo 10. 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.’

Definición que, sin duda, ha quedado atrasada en el tiempo, ya que actualmente esta figura se ha extendido llegando a afectar no solo a parejas heterosexuales infértiles o estériles, sino también a parejas homosexuales y al individuo singularmente conocido. Incluso señala esta definición la posibilidad de que haya procreación, acto que actualmente queda totalmente sustituido por las técnicas de reproducción asistida, y que ni se plantea.

Por ello, ha sido necesario ir adaptando el concepto a la realidad cambiante. Así, en 1994, **Rosa Adela Leonsegui** recogió la definición de la gestación por sustitución como ‘*una forma de maternidad biológica por la cual una mujer acepta llevar a cabo una gestación por acuerdo por una pareja heterosexual (matrimonio o pareja estable), irreversiblemente estéril, que responsabilizará la maternidad y paternidad de la descendencia a todos los efectos*’<sup>2</sup>. Poco a poco se va ampliando la definición, añadiendo nuevos sujetos protagonistas en esta técnica, así como nuevos conceptos que van perfilando la naturaleza jurídica de la relación.

En 2012, se habla ya por la profesora de Derecho Civil, **Marina Pérez Monge**, de ‘*aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su ovulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes – una persona única o pareja -, que podrán aportar o no sus gametos y que, de no aportarlos, los gametos procederán del donante, que puede ser tanto femenino como masculino*’.

Aparece en esta definición la condición de contrato de carácter oneroso o lucrativo, entiendo como contrato oneroso aquel en el que ambas partes tienen ventajas económicas recíprocas (como por ejemplo la compraventa); y entiendo como contrato lucrativo aquel en que una de las partes de la relación jurídica goza de la utilidad o provecho de la cosa, mientras que la otra sufre el gravamen. Estos últimos, son los contratos gratuitos.

Así, multitud de definiciones han sido expresadas por numerosos autores y conocedores de esta técnica, hasta el punto de que, si bien es una figura señalada como ‘*nula de pleno derecho*’ en el artículo 10 de la Ley 14/2006 de técnicas de reproducción humana asistida, se ha llegado a definir por los tribunales españoles diciendo que la gestación por sustitución consiste en ‘*un contrato oneroso o gratuito, a través del cual una mujer*

---

<sup>2</sup> La Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humana, conocido vulgarmente como el Informe Palacios, proporcionó esta definición en su Capítulo décimo. Definición que fue adoptada por la Licenciada en Derecho Rosa Adela Leonsegui Guillot en su escrito, ‘*La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo*’.

*consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción humana asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar al nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos'' (SAP Valencia 826/2011 de 23 de Noviembre de 2011)<sup>3</sup>.*

De este desarrollo conceptual se pueden extraer nuevos conceptos y sujetos: matrimonio tradicional, parejas estables, parejas o matrimonios homosexuales, e incluso, en las definiciones más recientes, una única persona que tenga el deseo de ejercer la maternidad o paternidad.

## **2. 2. ¿EN QUÉ CONSISTE?**

Como ya hemos visto en la evolución conceptual, se ha ido poco a poco elaborando un concepto cada vez más amplio de la gestación por sustitución, de manera que se han ido sustituyendo ideas más tradicionales, como es el matrimonio entre un hombre y una mujer, por ideas más actuales, como es la presencia de parejas en general, sin necesidad de que haya vínculo matrimonial, parejas del mismo sexo, e incluso el deseo de formar una familia de rasgo monoparental.

En consecuencia, podemos decir que la gestación por sustitución se trata de un contrato, de carácter oneroso – como la compraventa - o lucrativo – de carácter gratuito -, por el que, a través de técnicas de reproducción asistida, una mujer acepta quedar embarazada, con el objeto esencial de gestar y dar a luz a un bebe que será criado como propio por un matrimonio, pareja o persona en solitario. Con la entrega del bebe la mujer gestante renuncia a todos los derechos de filiación, inscripción a su favor e incluso relación con el nacido.

Se ha venido distinguiendo entre dos modos de gestación por sustitución<sup>4</sup>:

---

<sup>3</sup> Definición que dio la Audiencia Provincial de Valencia en Sentencia de 23 de noviembre de 2011, 826/2011, en concreto en su Fundamento Jurídico Primero. Por dicha sentencia se desestimó el recurso de apelación presentado por los demandantes contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Valencia que estimó íntegramente la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal que proponía la cancelación de la inscripción en el Registro Civil Consular de Los Ángeles de dos menores nacidos a través de esta técnica.

<sup>4</sup> Pérez Monge, M. *''Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: Regulación versus realidad''*. RDP, julio-agosto, 2010, pp. 41-64.

- a) Gestación por sustitución **tradicional o parcial**: aquí la mujer gestante es en realidad la madre biológica del bebe. Es esta quien aporta el óvulo y el hombre, bien sea el comitente o un donante, quien aporta el esperma.
- b) Gestación por sustitución **gestacional o completa**: en esta forma la mujer gestante no aporta su carga genética, es decir, sus óvulos. Los gametos femeninos proceden de la madre comitente que ha sido sometida previamente a una estimulación ovárica, y el esperma del hombre comitente. Así, se fecunda el óvulo de la madre biológica con el esperma del padre biológico y se implanta en el útero de la mujer gestante. De esta forma, la mujer encargada de llevar a cabo la gestación no tendrá vinculación genética alguna con el bebe.

En la actualidad, esta segunda modalidad es la más común ya que asegura que los padres contratantes puedan inscribir al hijo como propio sin que exista vinculación genética alguna con la mujer gestante.

### **2. 3. ASPECTO SUBJETIVO.**

Es importante determinar qué tipo de personas o parejas acuden a esta técnica y plantearse por qué motivo la adopción no es la opción elegida.

El modelo general de familia que opta por la concepción de un hijo mediante la gestación por sustitución son las **parejas heterosexuales** que se ven afectadas por una causa de infertilidad - definida ésta por aquella enfermedad que imposibilita a la pareja para concebir un hijo de forma natural o de llevar el embarazo al término de un año en el que se han venido manteniendo constantes relaciones sexuales – o de esterilidad – que se da cuando la imposibilidad de concebir un hijo viene dada de un mal funcionamiento en los órganos sexuales o de un defecto en los gametos que impiden el término del embarazo.

No obstante, esta técnica siempre suele ser la última pretendida por la pareja heterosexual, ya que previamente se llevan a cabo otras técnicas como la Fecundación In Vitro (FIV)<sup>5</sup>,

---

<sup>5</sup> La Fecundación In Vitro, recogida y permitida por la actual Ley 14/2006 de técnicas de reproducción humana asistida, se define como aquella técnica de reproducción asistida que, fuera del cuerpo de la mujer, intenta que un espermatozoide fecunde el ovulo de la mujer para que, posteriormente, el embrión o embriones resultantes sean transferidos al útero de ésta y poder llevar a cabo el embarazo.

la inseminación artificial<sup>6</sup> o la transferencia intratubárica de gametos<sup>7</sup>, las tres recogidas como tales en el anexo de la Ley 14/2006 de técnicas de reproducción humana asistida.

La segunda forma más común de familia que opta por esta opción son las **parejas homosexuales**, generalmente de hombres, ya que son éstos quienes tienen una imposibilidad biológica de embarazo. Necesitan el cuerpo de una mujer para poder llevar a cabo la fecundación, el embarazo, y posterior parto.

Las parejas homosexuales formadas por hombres tienen dos posibilidades: que solo uno de ellos aporte el semen que será el que fecunde el óvulo de la mujer, o que la fecundación se haga con el semen de ambos pero que solo uno sea el padre, de manera que se introducirán en el útero de la mujer varios embriones fecundados con semen diferente para que así ninguno de ellos sepa quién es el padre biológico.

Esta modalidad de parejas tiene muchas más dificultades para optar por la gestación por sustitución ya que está prohibida para éstas en un número superior de países respecto de las parejas heterosexuales. Así, por ejemplo, países como Grecia, Rusia o Ucrania<sup>8</sup> han prohibido el acceso de parejas homosexuales a esta técnica, si bien, está permitida para parejas heterosexuales.

Finalmente, encontramos el modelo **monoparental**, formado bien por un único hombre que tiene el deseo de ser padre, o por una única mujer con el deseo de ser madre. Generalmente, en el caso de la mujer, podría optar por la inseminación de semen de un donante. No obstante, hay veces que también esta imposibilitada para concebir a un hijo de esta forma, lo que puede llevarla a optar por esta técnica.

En el caso del hombre, necesariamente necesita de un óvulo y un cuerpo que geste a su futuro hijo, por lo que sus opciones se reducen a la adopción y a la gestación por sustitución.

---

<sup>6</sup> La inseminación artificial es otra técnica establecida en la Ley 14/2006 de técnicas de reproducción humana asistida por la que se introduce el semen del varón directamente en la vagina de la mujer por medios mecánicos.

<sup>7</sup> Técnica, junto a las anteriores, también recogida en la Ley 14/2006 de técnicas de reproducción humana asistida que consiste en llevar los gametos masculinos y femeninos a la trompa de Falopio de la mujer para facilitar así las condiciones naturales de fecundación.

<sup>8</sup> En Ucrania la gestación por sustitución tiene como requisito esencial que sólo se puede practicar a parejas heterosexuales casadas, quedando excluidas las parejas monoparentales, las parejas de hecho y las parejas homosexuales. Así esta establece en el Código de Familia ucraniano y en la Orden 771 del Ministerio de Salud de Ucrania.

Si hay algo en común a estos tres modelos de familia es que, llegados al punto de no poder concebir a un hijo propio – bien sea por motivos de infertilidad, esterilidad o por imposibilidad biológica en el caso de los hombres –, tienen dos opciones: la gestación por sustitución o la adopción. Es una cuestión que no debe dejarse de lado ya que cada vez más personas optan por la primera y abandonan la segunda.

La adopción está regulada expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en Libro I, Título VII ‘*De las relaciones paterno filiales*’, Capítulo V ‘*De la adopción y otras formas de protección de menores*’, Sección Segunda, de los artículos 175 a 180 CC, lo que la otorga el carácter plenamente lícito – no como sucede con la gestación por sustitución que, recordemos, es considerado un contrato nulo de pleno derecho –.

Se podría llegar a considerar que la gestación por sustitución está siendo una importante enemiga de la adopción, ya que mediante esta se anteponen los intereses de unas personas con voluntad de ser padres por encima de los intereses de menores, generalmente niños, que no gozan de la oportunidad de tener padres, olvidando así el pilar clave que determina el ejercicio de la paternidad y la maternidad: el hecho de dar la propia vida al cuidado de otra persona<sup>9</sup>.

### **3. PANORAMA POLÍTICO EN ESPAÑA.**

Actualmente, como ya he señalado en líneas anteriores, la gestación por sustitución es considerada nula de pleno de derecho en España. Así se establece expresamente en el artículo 10 de la Ley de técnicas de reproducción humana asistida.

No obstante, estamos sin duda ante una realidad palpable que cada año coge más auge en nuestra sociedad. Así, en 2009 se permitió la primera inscripción en la Dirección General de los Registros y del Notariado en España del primer bebé nacido mediante esta técnica. Y desde entonces, las cifras no han dejado de ascender de una forma considerable.

En base a esto, entre los años 2010 y 2016 se calcula que han sido inscritos alrededor de 979 nacimientos llevados a cabo por esta técnica, de los cuales, el 56% (553

---

<sup>9</sup> Marrades Puig, Ana.: ‘*El debate sobre la gestación subrogada en España: entre el deseo, la dignidad y los derechos*’, Universidad de Valencia.

inscripciones) proceden de Estados Unidos y otro 24% (231 inscripciones) de Ucrania, siendo los países a los que más acuden los españoles para acceder a ésta<sup>10</sup>.

Contempladas las cifras, y analizando su incipiente crecimiento, se ha abierto la puerta al debate sobre su regulación en España, a lo que se han sumado los partidos políticos, como no podría ser de otra forma. Así, el Grupo Parlamentario Ciudadanos, en fecha de 27 de abril de 2017 presentó en el Congreso de los Diputados una nueva Proposición de Ley que pretende la regulación de la gestación por sustitución. Proposición que resulta admitida y es posteriormente publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el día de 8 de septiembre de ese mismo año<sup>11</sup>.

También, algunas asociaciones, como la Asociación por la Gestación Subrogada en España, han presentado una Iniciativa Legislativa Popular con la intención de que se regule la maternidad subrogada de carácter altruista en el territorio español<sup>12</sup>, y que contiene formalidades similares a la Proposición de Ley de Ciudadanos.

### **3. 1. POSTURAS DENTRO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS.**

Centrándome con más incidencia en la política española, muestro como los partidos políticos más representativos dejan en mayor o menor medida clara su postura respecto al tema, sin que lo que tradicionalmente conocido como ‘‘la derecha’’ o ‘‘la izquierda’’, con lo que su denominación arrastra, tenga realmente incidencia en el tema de la gestación por sustitución.

Así, en primer lugar, el **Partido Popular (PP)** ha sido espectador de posturas disidentes dentro del propio partido. Aquellos que abogan por una regulación, al ser evidente el crecimiento de esta circunstancia, y aquellos que, apoyándose en razones religiosas, de cultura católica, y posturas más conservadoras, rechazan la idea de una posible regulación. No obstante, y a pesar de este debate, de momento prima la segunda postura. Sin embargo, aunque la inclinación de este partido ha radicado en mencionar que ‘‘no es legal’’, gran parte de los integrantes han apoyado la posibilidad de que se inscriban a los

---

<sup>10</sup> Datos obtenidos tras la respuesta parlamentaria de finales de 2017 del Ministerio de Asuntos Exteriores del Gobierno de España. [https://elpais.com/politica/2017/12/13/actualidad/1513185337\\_622133.html](https://elpais.com/politica/2017/12/13/actualidad/1513185337_622133.html).

<sup>11</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales, nº145-1, serie B, de 8 de septiembre de 2017, pp.12. [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF\\_](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF_)

<sup>12</sup> <http://gestacionsubrogadaenespana.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/proposicion-de-ley>

bebés nacidos mediante esta técnica, al expresar que ‘*todo niño tiene derecho a estar inscrito en los registros públicos ya que tienen unos derechos que están por encima del procedimiento por el que hayan sido tenidos*’<sup>13</sup>

En el **Partido Socialista (PSOE)** se ha plasmado la opinión más rotunda: en contra. Si bien es cierto que siempre cabe alguna disidencia y excepción, el partido de Pedro de Sánchez ha sido el más rotundo en descartar esta posible regulación. Así, en votaciones dentro del propio partido, se dieron 175 votos en contra frente a los 31 votos a favor. Las razones de este rechazo se ven apoyadas en los sectores feministas que consideran que esta técnica va en contra de los derechos de las mujeres y niños<sup>14</sup>. Así se ha reflejado en la actualidad, ya que desde la entrada de este partido en la Presidencia del Gobierno, se han recrudecido las posibilidades de inscribir a los menores nacidos mediante esta técnica en los Registros Civiles, lo que ha supuesto que numerosas familias se hallen sitas en los países donde se ha llevado a cabo este procedimiento y vean imposibilitado su deseo de volver a España con el menor. Situación que ha empeorado de forma notoria con la presencia del COVID-19<sup>15</sup>.

**VOX**, también ha desplegado su repulsa por esta Proposición, expresando que un niño y una mujer no pueden ser objeto de contrato ni consumo y que supone un atentado directo contra la dignidad<sup>16</sup>.

Quizás lo más llamativo puede ser lo que sucede dentro del Grupo Parlamentario **Unidas Podemos**, que, aunque se han manifestado en contra, han sufrido dentro del propio partido una fuerte confrontación entre aquellos que apoyan su regulación, por entender que las mujeres tienen derecho a decidir sobre su cuerpo y han de tener plena libertad sexual; y entre aquellos que consideran que ésta técnica supone una explotación sexual de las mujeres que carecen de recursos, cosificando el cuerpo y la figura de la mujer hasta

---

<sup>13</sup> Así se expresó la política del Partido Popular, Concepción Gamarra Ruiz-Clavijo. <https://ecodiario.eleconomista.es/espana/noticias/9736809/03/19/El-pp-recuerda-que-la-gestacion-subrogada-no-es-legal-aunque-todo-nino-tiene-derecho-a-estar-inscrito.html>

<sup>14</sup> Se ha llegado incluso a plantear la penalización de aquellos que accedan a esta técnica. Se ha elaborado un informe con esta posibilidad por un comité de expertos del Consejo Asesor de Políticas de Igualdad del PSOE con el objeto de modificar el artículo 221 del Código Penal. <https://www.elindependiente.com/politica/2019/01/05/psoe-estudia-penalizar-los-recurran-la-gestacion-subrogada/>

<sup>15</sup> <https://www.europapress.es/sociedad/noticia-familias-subrogacion-atrapadas-ucrania-afean-exteriores-abandono-bebes-emergencia-covid-19-20200326125605.html>

<sup>16</sup> <https://www.voxespana.es/noticias/vox-lee-un-manifiesto-en-la-asamblea-de-madrid-contra-los-vientres-de-alquiler-20160317>

convertirlas, metafóricamente, en “vasijas” (término muy utilizado en relación con la gestación por sustitución).

Actualmente, dentro de Unidas Podemos, la idea que prima es la del rechazo de su regulación, pero es importante tener en cuenta esta peculiar disidencia que abre el debate dentro del colectivo feminista<sup>17</sup> y LGTBI.

Y, finalmente, el Grupo Parlamentario **Ciudadanos**, que como he mencionado en líneas anteriores, es el partido político que se ha mostrado a favor en la regulación de esta técnica hasta el punto de presentar la Proposición de Ley de 8 de septiembre de 2017, reguladora del Derecho a la gestación por sustitución, que sufrió su última modificación el 16 de julio de 2019<sup>18</sup>.

¿Qué plantea esta Proposición de Ley? Plantea que la gestación por sustitución pueda ser considerada ya como una técnica más de reproducción asistida y que, por tanto, deje de estar considerada como nula de pleno derecho dentro de la Ley de técnicas de reproducción humana asistida, Ley 14/2006. Además, incide en la idea del altruismo y del necesario cumplimiento de unas garantías tasadas para poder acceder a esta técnica.

### **3. 2. PROPOSICIÓN DE LEY DE CIUDADANOS.**

La Proposición de Ley de 8 de septiembre de 2017 (Proposición de Ley 122/000117), que sufrió una modificación en 2019 (proposición de Ley 122/000015), se divide en siete capítulos, que contienen un total de 27 artículos, así como una disposición derogatoria única y cuatro disposiciones finales, donde se desarrollan los apartados necesarios para una regulación que se pretende óptima y clara de la gestación por sustitución.

#### **3. 2. 1. Objeto.**

Comienza esta Proposición desarrollando su objeto en el artículo 1, donde se menciona el derecho de las personas a la gestación por sustitución vinculado con la libertad, la igualdad, la dignidad y la ausencia de lucro.

---

<sup>17</sup> <https://podemos.info/posicion-politica-sobre-explotacion-reproductiva-mujeres/>

<sup>18</sup> Proposición de Ley 122/000015 de 16 de julio de 2019, Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución.

Libertad, igualdad y dignidad son tres conceptos que sustentan este desarrollo normativo pero que no son vistos de la misma forma por muchos sectores de la sociedad. Así, desde partidos políticos, asociaciones, expertos, grupos sociales, etc., consideran que esta técnica vulnera tanto la libertad, como la igualdad, como la dignidad de las personas, lo que desemboca en los numerosos debates dentro de la sociedad y dentro de los propios partidos políticos como he señalado antes.

### 3. 2. 2. Definiciones.

Para dejar claros los elementos que componen la gestación por sustitución según esta Proposición de Ley, esta misma hace una breve clasificación de éstos con sus respectivas definiciones. Así, se van desgranando uno a uno estos elementos:

- ¿Qué es la gestación por sustitución?
- ¿Quién es la madre gestante?
- ¿Quiénes son el progenitor o progenitores subrogantes?
- Contrato de gestación por sustitución.

En consonancia con el epígrafe ya expuesto de las múltiples definiciones que se han ido dando a lo largo de los años de la gestación por sustitución, esta Proposición recoge su **definición propia** en el artículo 3. a) , señalando que esta *“es la gestación que se lleva a cabo cuando una mujer acepta ser la gestante mediante cualquiera de las técnicas de reproducción asistida contempladas por la ley, y a dar a luz al hijo o hijos de otra persona o personas, que son los progenitores subrogantes”*.

La **mujer gestante** será aquella que, sin aportar su material genético – matiz de importancia, ya que supone que la mujer no aportará su óvulo para que de esta manera no tenga ningún tipo de vinculación genética con el menor, y la única relación existente será la de gestarle en su cuerpo durante el periodo de duración del embarazo – consiente y acepta mediante contrato de gestación por sustitución, y posteriormente ha de descartar cualquier tipo de filiación con el menor (artículo 3.b.).

Serán los **progenitores subrogantes** la persona o personas que sí aporten ya su material genético (artículo 3.c.) y tengan el deseo de tener un hijo.

Y finalmente, se define qué es en este sentido el denominado **contrato de gestación por sustitución**. Se entiende por éste aquel documento de carácter, necesariamente, público por el que una persona individual o una pareja formada por personas de igual o diferente sexo – esto es, parejas heterosexuales u homosexuales indistintamente – y una mujer – que será ya la mujer gestante – acuerdan que será esta la gestante mediante la técnica de la subrogación (artículo 3.d.).

### **3. 2. 3. Requisitos objetivos.**

Los requisitos se recogen en el artículo 4 de la Proposición con el fin de dejar claras varias ideas fundamentales para poder acceder a esta técnica.

- 1º Se podrá acceder a ésta, en primer lugar, cuando no suponga ningún riesgo para la madre gestante o para el menor, así como que las probabilidades de éxito sean razonables. Y se establece también que la mujer gestante haya dado su consentimiento en forma consciente y libre, sin ningún tipo de coacción que la haya llevado a la toma de esa decisión, y habiendo sido con anterioridad informada de los riesgos que puede llegar a suponer esta técnica.
- 2º En segundo lugar, el progenitor o progenitores que accedan a esta técnica para concebir a su hijo, tendrán que haber agotado o ser incompatibles con todas las técnicas de reproducción humana que se establecen en la Ley 14/2006. De forma que se acota el acceso a esta técnica, siendo preferibles antes otras técnicas que permitan gestar a un bebe sin la necesidad de una tercera mujer gestante. Se establece así la necesidad de que se den causas de infertilidad o esterilidad, lo que entra en colación con lo expresado posteriormente en el artículo 8.1 de esta misma Proposición<sup>19</sup>.
- 3º En tercer lugar, la mujer gestante no puede tener ningún vínculo de consanguinidad con el progenitor o progenitores que accedan a la técnica. Esto es: la mujer gestante no puede ser familiar del progenitor o progenitores comitentes; no puede haber ningún vínculo de sangre – es una idea de interés ya se de esta

---

<sup>19</sup> Artículo 8.1 Proposición de Ley para la gestación por sustitución de 8 de septiembre de 2017: “ *Podrá ser progenitor subrogante toda persona que, tras haber agotado o ser incompatible con otras técnicas de reproducción humana asistida, decide acudir a la gestación por subrogación, aportando su propio material genético, para lo que formaliza el contrato de gestación por subrogación previsto en el artículo 9 y se somete a todas las exigencias de esta Ley*”.

forma se puede llegar a rechazar, aún más, la idea de altruismo, ya que, si bien es difícil que sin un interés económico las mujeres gestantes accedan a esta técnica, se priva así de hacerlo también por motivos emocionales como podría suponer que un familiar accediera a ésta técnica como un “favor” ligado a vínculos familiares –.

No obstante, la reforma que ha sufrido esta Proposición recientemente, justo el pasado año, modifica este punto de forma total, señalando que siempre previa valoración y consentimiento de un psicólogo experto, podrá haber vínculos de consanguinidad entre la familia de intención y la mujer gestante. De esta forma se permite que incluso una hermana pueda acceder a gestar al bebe de su colateral.

4º En último lugar, esta técnica deberá llevarse a cabo dentro de los centros habilitados para ello en base a la Ley 14/2006 de técnicas de reproducción humana asistida.

#### **3. 2. 4. Requisitos subjetivos.**

Junto con los requisitos objetivos desarrollados, es necesario desarrollar una serie de requisitos de carácter subjetivo, de los artículos 7 y 8 de la Proposición, que analicen de forma más detallada aquellos que han de cumplir de forma individual tanto el progenitor o progenitor subrogantes como la madre gestante.

1º Progenitor o progenitores subrogantes:

- Deben gozar tanto de capacidad jurídica como de capacidad de obrar plenas.
- Su franja de edad debe estar entre los 25 años y los 45 años, de forma que se minimice todo lo posible el riesgo para la mujer gestante y para el bebe.
- Han de estar en posesión de la nacionalidad española o, a falta de ésta, que tengan su residencia legal en territorio español.
- Deben gozar de una aptitud, motivación y capacidad para ejercer la responsabilidad parental de una forma adecuada.
- Para el caso de progenitores subrogantes como pareja, han de estar ligadas por un vínculo matrimonial o, a falta de éste, por una relación análoga a la matrimonial.

2º Madre gestante:

- De ninguna forma puede aportar su propio material genético, para evitar así cualquier vínculo biológico con el menor.

- Tiene que gozar de una buena situación socioeconómica, evitando así que se acceda a ser madre gestante por motivos e intereses económicos que desvirtuarían el concepto de altruismo.
- Al igual que sucede con el progenitor o progenitores subrogantes, ha de estar en posesión de la nacionalidad española o, en ausencia de ésta, que tenga su residencia legal en España.
- No puede tener antecedentes de tipo penal.
- No puede tener antecedentes de consumo de alcohol o drogas.
- No puede haber sido madre gestante anteriormente. De esta forma se entiende que tan solo se puede ser madre gestante una única vez.

La suma de estos requisitos, junto con los requisitos de carácter objetivo, tienen el fin de acotar las circunstancias en las que se puede llevar a cabo esta técnica, para evitar en la medida de lo posible que se puedan dar supuestos de abuso de mujeres gestantes, supuestos de explotación, supuestos en los que se acceda a gestar a un bebe por motivos económicos, etc.

No obstante, y a pesar de ello, se sigue dudando por muchos sectores de que realmente no se esté produciendo un abuso y cosificación del cuerpo de la mujer, quedando por debajo de los deseos del progenitor o progenitores subrogantes que deciden rechazar la opción de la adopción para obtener así un hijo que tenga su propia carga genética.

### **3. 2. 5. Carácter altruista.**

Quizás, el elemento estrella que ha aportado esta Proposición sea la necesidad de que este proceso se lleve a cabo de forma altruista. Así, se establece en el artículo 5 de esta, que señala que esta técnica no podrá tener en ningún caso un carácter comercial o lucrativo, lo que no implica que no quepa una compensación de naturaleza resarcitoria para cubrir los gastos derivados del proceso, el lucro cesante de la madre gestante, tratamientos para posibles molestias físicas, así como para proporcionar a la mujer los tratamientos, estudios y demás actuaciones derivadas del embarazo.

Sin lugar a duda, esta figura es una de las más cuestionadas. ¿Qué motivación puede tener una mujer para, de forma altruista, aceptar gestar a un bebe ajeno? Una motivación de peso podría ser gestar al bebe de un familiar: tu primo e incluso tu hermano. Si bien esta

posibilidad quedaba rechazada en la Proposición de Ley de 2017, que apuntaba que uno de los requisitos para poder gestar a un bebé en estas condiciones era que la mujer gestante no tuviera ningún vínculo de consanguineidad con el progenitor o progenitores, ha sido recientemente modificado dando paso ya a este cauce.

### 3. 2. 6. Contrato.

Finalmente, y sin restar importancia al resto del texto del grupo político Ciudadanos, la figura que resulta de gran relevancia es la existencia de la naturaleza contractual en la gestación por sustitución, regulada en el artículo 9 de la Proposición.

Así pues, estamos ante un negocio jurídico que lleva por rúbrica ‘*contrato de gestación por sustitución*’ y que, como todo contrato, contiene una serie de formalidades que han de cumplirse para que despliegue sus efectos.

Se establece que, el progenitor o progenitores que deseen acceder a esta técnica, previa a ésta, deberán otorgar ante notario el contrato de gestación subrogada y deberá contener las siguientes formalidades:

- **Identidad de las partes** que participan en el proceso: progenitor o progenitores subrogantes y mujer gestante.
- El **consentimiento**, que ha de ser en todo caso informado, expreso, libre e irrevocable de las partes.

Resulta de especial mención el término ‘irrevocable’, es decir, que no admite revocación. Una vez se manifieste el consentimiento, no cabrá la revocabilidad del contrato. Así se da paso a que la mujer gestante renuncie a cualquier tipo de relación y filiación del menor.

Situación distinta encontramos en países como Reino Unido, donde la mujer gestante es tratada como la madre legal bajo el **principio de *mater semper certa est***. Esto es: la madre es siempre conocida.

- La posibilidad de que la mujer pueda recibir **compensación económica** bajo los requisitos del artículo 5 del texto.
- Las **técnicas de reproducción asistida** que se emplearán para la fecundación y/o implantación del gameto.

- **Información** sobre el seguro del que goza la mujer gestante que viene establecido en el artículo 5.5 de la Proposición y que tiene como fin la cobertura de las posibles contingencias que puedan surgir durante el proceso, así como, en un caso extremo, fallecimiento, secuelas físicas o invalidez.
- **Forma**, modo y responsables médicos.
- Previsión de donde tendrá **lugar el parto**, así como la forma en que el progenitor o progenitores se harán cargo del menor.
- Y, finalmente, el **nombramiento de un tutor** es las formalidades establecidas en el artículo 223 del Código Civil<sup>20</sup>.

#### **4. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.**

A continuación llevaré a cabo un análisis del contrato de gestación por sustitución determinando si es un contrato civil o un contrato mercantil, así como su posible vinculación con una relación de consumo.

##### **4. 1. CIVIL.**

Para poder llevar a cabo la gestación por sustitución es necesario que exista un acuerdo entre las partes, esto es, un contrato entre los padres de intención y la mujer gestante. En dicho acuerdo se estipulan una serie de requisitos que han de quedar aceptados por las partes con el objetivo de que pueda tener validez y despliegue todos sus efectos. De esta forma, tal y como he expresado en líneas anteriores, el Grupo Parlamentario ha redactado la formalidad que ha de cumplir dicho contrato en el artículo 9 de su Proposición de Ley 122/000117.

En el ordenamiento jurídico español, se entiende por contrato el documento por el que una o varias personas consienten en obligarse a dar alguna cosa o prestar algún servicio. Dentro de estos pactos o acuerdos, se da la libertad de establecer las cláusulas o

---

<sup>20</sup> Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, **artículo 223.**, “ Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados”.

condiciones que se tengan por convenientes, siempre que no sean contrarias a la ley, la moral o el orden público. Y, además, es necesario tener en cuenta que su validez y su cumplimiento no pueden dejarse al arbitrio de una de las partes. Así queda establecido en la teoría de los contratos del Título II, Capítulo I del Código Civil.

Este contrato se ha denominado formalmente ‘*contrato de gestación subrogada*’. Pero ¿cuál es su naturaleza jurídica? ¿es un contrato civil? ¿cabría plantearse la posibilidad de que sea un contrato mercantil? Desde luego, desde la aparición de esta nueva forma de reproducción, se han puesto sobre la mesa diferentes ideas sobre qué naturaleza jurídica puede tener este contrato.

Así, hay autores que consideran que se trata de un contrato de arrendamiento que, como señala el artículo 1542 del Código Civil, puede ser de cosas, de obras o de servicios<sup>21</sup>. De esta forma, se entiende por el arrendamiento de obra o servicios el contrato por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra o prestar a la otra un servicio, por tiempo determinado y precio cierto. Y otros que consideran que se puede estar ante un contrato de compra venta por el que uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro contratante a pagar un precio cierto<sup>22</sup>.

Extrapolando estas modalidades al contrato de gestación por sustitución, podríamos entender:

- **Arrendamiento de obra o servicio:** la gestación del bebe, prestando una parte de su cuerpo donde se produzca el anidamiento del gameto y su posterior gestación: el útero.
- **Contrato de compra venta** de cosa, más ciertamente considerando a la cosa como futura: la entrega del bebe, ya como ‘objeto’ físico tras el parto, a los padres de intención.

Los contratos quedan perfeccionados a través del consentimiento de las partes, de forma tal que una vez expresado éste, las partes quedan obligadas tanto a lo pactado como a las consecuencias que puedan derivarse de este contrato. Así queda establecido en el artículo 1258 del Código Civil. En consecuencia, cabe preguntarse qué sucede cuando se generan problemas contractuales de tal envergadura como si se produce un rechazo del bebe antes

---

<sup>21</sup> Código Civil, artículos 1542 y 1544.

<sup>22</sup> Código Civil, artículo 1445.

de su nacimiento, derivado de una ruptura en la pareja; o que el menor pueda nacer con alguna enfermedad o discapacidad; o, simplemente, que la mujer gestante reclame para sí el bebe. Es necesario plantearse qué soluciones pueden darse a estas circunstancias.

De uno de estos problemas contractuales, por ejemplo, nació el famoso **Caso Baby M** en 1986, que influyó de forma directa en la consideración de contrato de nulo de pleno derecho de la gestación por sustitución en España. Este caso se inició en Estados Unidos, cuando una familia que gozaba de un buen poder adquisitivo optó por la técnica de la gestación por sustitución para poder tener un hijo, ya que la mujer sufría una serie de problemas que imposibilitaban el embarazo. El semen del marido se introdujo mediante inseminación artificial en el útero de la mujer gestante, que optó a gestar el bebe de esta familia a cambio de unos 10.000 dólares y previa aceptación de las cláusulas estipuladas en el contrato.

La mujer gestante fue quien aportó su carga genética de forma que biológicamente era la madre del bebe. Debido a esto, cuando nació el bebe y fue entregado a los padres de intención, la mujer gestante reclamó la custodia de este alegando que era la madre biológica. Y aquí surge el problema.

La mujer gestante, que renunció a los derechos de filiación que con el bebe tendría por el hecho de haber aportado el material genético y haberlo gestado en su útero durante el tiempo del embarazo, se arrepentía y reclamaba la custodia del bebe. Se estaba generando así uno de los problemas que he mencionado anteriormente, esto es: que la madre gestante reclame para sí al bebe. ¿Cómo hemos de tratar esta problemática? La solución para nada es fácil. ¿Se está produciendo un incumplimiento del contrato? ¿Qué consecuencias ha de generar? ¿Y responsabilidad? Son cuestiones que necesitan de un análisis más detallado.

Un año después del nacimiento del bebe, en 1987, un Juez del Tribunal Supremo del estado de Nueva Jersey decretó que el bebe debía criarse con sus padres de intención atendiendo así al interés superior del menor, ya que no se vio capacitada para esta labor a la mujer gestante. Pero, no obstante, se admitió un régimen de visitas a favor de la mujer gestante.

En la actualidad, una de las consecuencias que se han derivado de este famoso caso, es que esta técnica se lleve generalmente a cabo mediante Fecundación in Vitro para reducir de esta forma, en la medida de lo posible, la implicación de la mujer gestante en el proceso

de gestación. Es lo que se denomina gestación completa o gestacional, la cual he explicado al inicio de este trabajo<sup>23</sup>.

#### **4. 1. 1. Problema del objeto.**

Otro de los conceptos de debate dentro de este contrato es el **objeto**. Nuestro Código Civil trata de forma detallada aquellas cosas que pueden ser objeto de contrato a efectos civiles. Así señala en su artículo 1271 que podrán ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. Así como aquellos servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres.

El término '*comercio de los hombres*' es un concepto jurídico indeterminado. En la práctica jurídica, '*res extra commercium*'<sup>24</sup>, se entiende que quedan fuera de éstos el mar, el aire, etc., pero también se considera que quedan fuera del comercio de los hombres los seres humanos puesto que no pueden ser considerados como cosas. En caso contrario, se estaría produciendo una cosificación del ser humano, de la persona.

El hecho de que en los contratos de gestación por sustitución el objeto principal sea la entrega de un bebe a los padres comitentes abre la puerta a pensar que realmente puedan ser contratos que tienen por objeto una '*res extra commercium*'. Pero no solo la consideración del bebe como un '*bien final*' da lugar a plantearse este hecho, si no que la presencia en estos contratos de la oferta de servicios como son la modificación genética o la elección del sexo del bebe, también entran a debate en la consideración de que sean o no servicios fuera del comercio de los hombres. Esto plantea la idea de que podamos estar ante contratos nulos de pleno derecho por tener como objeto bienes y servicios que no están al alcance del comercio de las personas y que en la actualidad se están comercializando con total libertad.

Esta es otra de las consideraciones que lleva a determinar que el contrato de gestación por sustitución sea considerado un contrato nulo de pleno derecho por el artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de reproducción humana asistida. El contrato de gestación por sustitución es un contrato cuyo objeto a entregar es un bebe, un ser humano, así como una

---

<sup>23</sup> Pérez Monge, M. '*Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: Regulación versus realidad*'. RDP, julio-agosto, 2010, pp. 41-64.

<sup>24</sup> <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/res-extra-commercium/res-extra-commercium.htm>

serie de bienes y servicios, para la satisfacción de una persona o pareja, a cambio, generalmente, de un precio cierto. Y digo generalmente, porque en la mayoría de países que sostienen una regulación de la materia prevén que se haga mediante contraprestación económica, a excepción no obstante de ciertos países donde se plasma la idea del altruismo, mediante la cual el precio a entregar sirve únicamente para costear el procedimiento, así como cubrir gastos que el embarazo pueda ocasionar, pero que es igualmente objeto de desarrollo, para lo que dedicaré también ciertas páginas más adelante.

Las personas no pueden ser objeto de contrato ya que supondría una violación de derechos fundamentales como son la integridad y la dignidad, que se encuentran regulados en nuestro texto constitucional<sup>25</sup>, y que gozan por tanto de una especial protección.

La propia vida, en este caso de un bebe, no puede llegar a ser objeto de contrato. Ni tampoco puede formar parte de un contrato el uso del cuerpo de la mujer para albergar y formar una vida a cambio de precio, ya que en la mayoría de los casos se enfrentarían las necesidades de mujeres que se ven afectadas por una situación de más precariedad y personas con una mayor capacidad adquisitiva que tienen el deseo de ser padres y sobreponen este deseo aunque de ello pueda derivar un panorama de explotación de la mujer<sup>26</sup>.

#### **4. 1. 2. Problema de la autonomía de la voluntad.**

También es fundamental analizar la figura de la **autonomía de la voluntad**, protagonista en la definición de los contratos cuando se habla de que *“los contratantes pueden establecer los pactos cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la ley, la moral ni al orden público”*<sup>27</sup>.

La autonomía de la voluntad permite, como su propia definición indica, que las partes que conforman el contrato puedan establecer las precisiones que estimen convenientes siempre y cuando estén dentro de los márgenes de la legalidad.

---

<sup>25</sup> Así se contempla en el artículo 10 de la Constitución española el derecho a la dignidad de la persona, los derechos inherentes a la personalidad, el desarrollo libre de su personalidad. Y, en cuanto a la integridad, queda garantizado este derecho en el artículo 15 del mismo texto, que señala que todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral.

<sup>26</sup> Gómez Sánchez, Y.: *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 142.

<sup>27</sup> Artículo 1255 del Código Civil.

En la gestación por sustitución lo cierto es que no se dan como tal contratos donde los firmantes sean las personas comitentes y la mujer gestante, si no que este proceso se lleva a cabo siempre con la mediación de una empresa o agencia que es con quien contratan tanto las personas de intención como la mujer que gestará al bebe. De esta forma nos vamos apartando de una naturaleza contractual civil y acercándonos a una naturaleza con rasgos más mercantiles.

Incluso, dando un paso más hacia delante, no estamos ante contratos firmados por empresas que formulen sus contratos individualmente con cada cliente, sino que son contratos que tienen cláusulas predisuestas, impuestas y uniformes que no admiten modificación: se ofrecen una serie de bienes y servicios a cambio de un precio; precio y cláusulas no negociables.

Esto es uno de los matices que caracterizan a los negocios jurídicos de consumo, donde la parte más fuerte de la relación – la empresa como la parte lucrativa – es quien pone sobre la mesa las condiciones, y la parte más débil – el consumidor – es quien decide si esas condiciones se adaptan a sus deseos y, en ese caso, contratan ese producto – los “paquetes” de gestación por sustitución.

En este trabajo, la relación de consumo no gira en torno a la idea de que el bebe o el cuerpo de la mujer sean objetos de consumo, sino que a través de ésta se analicen los elementos que convierten a esta relación en una relación de consumo y poder otorgar así la protección necesaria a las partes más vulnerables que forman parte de este negocio – familias comitentes y mujer gestante -, frente a la parte más fuerte que son las empresas y agencias que tienen como objeto de negocio y lucro la gestación por sustitución. Por ello, tanto los padres de intención como la mujer gestante deberían gozar de la más elevada protección por parte de los poderes públicos, tal y como se recoge en el artículo 51 del texto constitucional<sup>28</sup> por tratarse de relaciones jurídicas tan delicadas y atípicas, y por supuesto y por encima de todo, la protección de la figura del menor, que es posiblemente la figura más afectada de este hecho.

---

<sup>28</sup> El artículo 51.1 de la Constitución Española establece que “ *Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos*”.

## **4. 2. MERCANTIL.**

A tenor de lo expuesto y desde otro punto de vista, es importante tratar el aspecto más mercantil que se deriva de este hecho. Y de esta forma, traigo a colación la presencia que tienen respecto a este tema los intermediarios que se encargan de llevar a cabo el proceso: empresas y agencias privadas que se encargan de poner en contacto a la persona o personas con el deseo de ser padres con una mujer que se encuentra receptiva a gestar a un bebe ajeno; aquellas que se encargan de buscar los perfiles más idóneos de posibles mujeres gestantes; encargados de llevar a cabo los tratamientos médicos necesarios, atención durante el embarazo, parto, etc. Procedimientos que, generalmente, una vez más, se harán a cambio de un precio cierto.

Si bien en España no está permitida esta técnica y es considerada nula de pleno derecho, sí que los españoles a pesar de ello tienen acceso a este tipo de empresas que se encargan de poner todas las facilidades posibles para que personas con deseo de tener un hijo y se vean imposibilitados, puedan acceder a esta opción.

El Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que queda publicado nuestro Código de Comercio, cuya entrada en vigor fue en 1886, y cuya última actualización se produjo en 2018, define la figura de comerciante en su artículo primero, diciendo que tendrá la consideración de éste el que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedique a éste con habitualidad, así como las compañías mercantiles e industriales que se constituyen con arreglo a este código.

Puesto que en el contrato de gestación por sustitución no se limita a una mera relación entre dos partes, consideradas éstas como dos personas privadas, podríamos llegar a plantearnos la idea de que no estamos ante un contrato meramente civil. Y trato esto porque en este tipo de contratos siempre hay una empresa o agencia que se dedica de forma habitual a esta labor obteniendo así un lucro de esta actividad. Por ello, llego a la conclusión de que verdaderamente se da un contrato de características mercantiles donde una persona o personas acceden a una empresa o agencia con el fin de ésta inicie un procedimiento que acabará con un hijo a cambio de una cantidad de dinero que lucrará a la sociedad encargada y remunerará a la mujer gestante.

Las empresas dedicadas a este sector generalmente cuentan con su sede en países donde esta práctica está permitida y despliega todos sus efectos. Pero no se limitan únicamente

al mercado dentro de sus fronteras, si no que amplían su oferta a otros países. Sin ir más lejos, España cuenta con numerosas agencias – comisionistas – que se encargan de acercar a la empresa – agente – a otros lugares donde la posibilidad de negocio es amplia. Puesto que en nuestro país esta técnica no es legal, numerosas familias españolas acuden cada año a otros países para ver cumplido su deseo de ser padres. Estas agencias cumplen todos los requisitos para poder considerar su actividad como una comisión mercantil. Así se establece en nuestro Código de Comercio cuando dice *‘se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista’*<sup>29</sup>.

Por lo tanto, podríamos equiparar el contrato de gestación por sustitución a un contrato mercantil de comisión que queda perfeccionado por la figura del comitente comercial – que son estas agencias intermediarias que actúan en nombre generalmente de un agente, que es la empresa principal – y un comitente no comerciante – por un lado los padres de intención y por el otro la mujer gestante – .

Además, puesto que estamos ante contratos celebrados entre una persona o personas y una empresa, resalta la idea de que efectivamente no estamos ante una relación horizontal: no es una relación entre empresarios. Estamos ante negocios jurídicos que nacen de relaciones verticales; relaciones que surgen entre personas físicas y empresas, que pueden tener la consideración, a efectos legales, de consumidores o usuarios.

Y esta conclusión radica en que, tal y como establece el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su artículo tercero, *‘son **consumidores o usuarios** las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión’*, y, en artículo cuarto, *‘a efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera **empresario** a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión’*.

Por lo tanto, tenemos aquí que desgranar varias ideas:

---

<sup>29</sup> Artículo 244 del Código de Comercio.

- Las personas que acceden a estas empresas, tanto si son los padres de intención que acuden con el deseo de tener un hijo, como la mujer gestante que accede a estas empresas para prestar su cuerpo para gestar a ese hijo, a cambio de una cantidad de dinero, pueden ser considerados, además de **comitentes no comerciantes, consumidores o usuarios**, al encajar en la definición de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, ya que tienen un propósito ajeno a una actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Una parte quiere un hijo, y otra parte quiere un precio.
- Las empresas – agentes – o agencias – comisionistas comerciantes – que actúan como intermediarios tienen efectivamente la consideración de **empresarios**, ya que actúan con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, que no es ni más ni menos que llevar a cabo todo el proceso necesario para dar el deseado hijo de la parte consumidora, a cambio de un precio cierto.
- Se da un **contrato mercantil de comisión** y una clara **relación de consumo** donde las partes más vulnerables de la relación son los padres de intención y la mujer gestante – partes adherentes – que contratan con una empresa o agencia – predisponente – que elabora unos contratos que contienen unas condiciones generales<sup>30</sup> que son de aplicación por igual a todos los consumidores. Condiciones generales que tienen la condición de cláusulas *predispuestas* – no son fruto de una elaboración conjunta de las partes -, *impuestas* – no son fruto del consentimiento negocial – y *uniformes* – son aplicables a cualquier persona de las que están en el mercado como hipotéticos clientes - .

Desarrollada esta postura, podemos determinar por tanto que efectivamente nos encontramos ante una relación de consumo que se da dentro de un contrato de comisión mercantil que debería otorgar la mayor de las protecciones tanto a las familias como a la mujer que gesta, al considerar a estas las partes más vulnerables de la relación. En caso contrario, como estamos ante una técnica donde se ponen sobre la mesa asuntos tan delicados como la obtención de un bebe a cambio de precio, se podrían ver vulnerados numerosos derechos inherentes a la persona, como la dignidad, cuando además ‘a los

---

<sup>30</sup> Artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

*distintos niveles de posibilidades de mejora de ese producto le ponemos distintos precios*<sup>31</sup>.

#### **4. 3. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA DE INTENCIÓN Y DE LA MUJER GESTANTE COMO PARTES VULNERABLES DE LA RELACIÓN.**

Tal y como he desarrollado ahora, estamos ante un contrato que, además de contener cláusulas generales, no vincula de forma directa a la familia de intención con la mujer que gestará al bebe, si no que ambas partes se vinculan de forma indirecta a través de la intervención de un tercero que es la empresa que se encargará de llevar a cabo la totalidad del proceso. Esto tiene su importancia de cara a determinar la protección que debe corresponder a cada parte, por tratarse estas de las partes más vulnerables de la relación frente a una parte más fuerte: la empresa.

Sabemos que en la Constitución Española se hace referencia expresa a la protección de los consumidores y usuarios por parte de los poderes públicos<sup>32</sup> y, de igual forma lo redacta el artículo 9 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Por lo que se refiere a la parte de la relación formada por la **familia de intención**, su protección debe ir más dirigida a los bienes y servicios que adquieren como consecuencia de contratar un servicio de gestación por sustitución, ya que aquí la relación con la empresa se focaliza principalmente en que a cambio de un precio, esta ofrece una serie de bienes y servicios para uso propio de la familia que quiere tener al bebe: servicios jurídicos, alojamiento y manutención, servicios de pediatría y niñera, desplazamientos, etc. De igual forma, se debe proporcionar la protección necesaria para el caso de que se den problemas con el nacimiento del bebe. Este contrato gira en torno al deseo de unas o una persona de ser padres, a la obtención de un bebe. Por lo que si este deseo se ve frustrado, la familia ha de contar con las máximas garantías de protección y solución del problema, ya que aquí no solo se trata de cantidades de dinero, si no que juega un papel fundamental la faceta emotiva y psicológica de unas personas.

---

<sup>31</sup> De esta forma se ha referido el Vocal de Comité de Bioética de España, Pablo Ignacio Fernández Muñiz, director del Hospital Universitario Central de Asturias, en un trabajo realizado por él mismo que lleva como nombre "Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos?". Pág. 35.

<sup>32</sup> Artículo 51 de la Constitución Española.

En cambio, la protección que debe ostentar la **mujer que accede a gestar al bebe**, debe ir más enfocada a su salud y seguridad, ya que esta se someterá a unos procedimientos médicos que provocarán un embarazo y posterior parto y, por desgracia, son procesos que muchas veces generan riesgos tanto para la mujer como para el bebe.

Así, es de obligado cumplimiento para los empresarios que informen a los consumidores y usuarios sobre los riesgos que pueden acarrear los bienes y servicios que ofrecen<sup>33</sup> para que estos tengan en su mano la decisión de contratar o no.

## **5. RASGOS DE CONSUMO EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.**

Una vez hecha la alusión a los aspectos más mercantiles y de consumo que se encuentran dentro la gestación por sustitución, podemos ya comenzar a desarrollar los aspectos que hacen llegar a esta conclusión.

No obstante, es necesario mencionar que no todos los países tienen una misma regulación sobre la materia, ya que, si bien en la gran mayoría se da un precio a cambio de unos bienes y servicios con el fin de obtener un bebe, en otros países como Canadá o Inglaterra, prima una gestación por sustitución de forma gratuita, esto es, altruista, que impide que la mujer gestante se lucre con este acto. No obstante, las empresas o agencias encargadas sí que ponen un precio con el que costear el procedimiento y, de esta forma, lucrarse de ello obteniendo un beneficio.

Así pues, en función del país al que acudamos, se dan unos rangos de precios que suelen rondar las siguientes cantidades<sup>34</sup>:

- Estados Unidos: 110.000 – 160.000 euros.
- Grecia: 75.000 – 85.000 euros.
- Canadá: 100.000 – 110.000 euros.
- Rusia: 60.000 – 80.000 euros.
- Georgia: 50.000 – 60.000 euros.

---

<sup>33</sup> Artículo 12 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

<sup>34</sup> <https://babygest.com/es/precio/>

- Ucrania: 35.000 – 65.000 euros.

Son cifras que pueden alcanzar números considerablemente altos de modo que no quedan a disposición de todos los bolsillos, lo que impide que sea una práctica que este al alcance de todas las personas. Y, junto a estas altas cantidades, también vemos que hay cifras que, exigiendo igualmente un desembolso económico importante, pueden estar al alcance de la economía de más familias.

La diferencia de precios varía en función de los bienes o servicios que se oferten a cambio de ese precio. De tal forma, se ofertan así diferentes ‘paquetes’ que incluyen desde el procedimiento en sí, hasta una canastilla para el recién nacido. Y, precisamente a esto, se refiere Pablo Ignacio Fernández Muñoz cuando dice que *‘a los distintos niveles de posibilidades de mejora de ese producto le ponemos distintos precios’*.

Lo mismo sucede, por hacer una equiparación con algo más cotidiano, cuando se oferta un teléfono móvil: no vale lo mismo un teléfono cuya capacidad sea de 64 gb, que un teléfono que cuente con una capacidad de 256 gb; será más caro si cuenta con dos cámaras de alta calidad, a que si solo cuenta con una; y así con todas las funcionalidades que se puedan ir añadiendo y aumenten la gama de un teléfono móvil. De igual forma sucede con prácticamente la totalidad de bienes que se nos ocurran y que formen parte de nuestro consumo.

Puede parecer que la equiparación de la gestación por sustitución al consumo suene un poco brusca, ya que no estamos ante bienes o servicios que se adquieren para un consumo propio como tal, como puede ser un coche, una casa, un préstamo de hipoteca, etc. Estamos ante una persona o personas que cuentan con el deseo de ser padres y que, por diferentes motivos, ven frustrado este deseo – y derecho –, lo que puede suponer, sin lugar a dudas, alteraciones y trastornos psicológicos. Este deseo se hace palpable cuando otra mujer ajena accede a gestar a un bebe que será entregado a éstos tras el parto. Y para llevar a cabo este procedimiento, entran en juego las empresas y agencias encargadas de poner precio a ese deseo: la persona o personas de intención pagan un precio, que será menor o mayor en función de los diferentes bienes y servicios que ofrece la agencia o empresa, entre los cuales se encuentra finalmente el bebe, que sin ser un bien – una cosa, un objeto – pasa irremediamente a ser el objeto de ese deseo: el producto final.

Esta reflexión, no obstante, queda abierta, claro está, a las interpretaciones morales y éticas que sobre esta materia tan controvertida se desprenden.

### **5. 1. SITUACIÓN DE UCRANIA: “PAQUETES” DE SUBROGACIÓN.**

Cada país, a diferencia de los restantes, regula las técnicas de reproducción humana asistida, y en concreto de gestación por sustitución, de formas diversas: permitidas, prohibidas, nulas de pleno derecho, permitidas para parejas heterosexuales o para matrimonios, parejas homosexuales, incluso para familias monoparentales.

Uno de los países con mayor demanda de españoles es Ucrania. La gestación por sustitución es una técnica totalmente legal y aceptada en este país<sup>35</sup>, aunque cuenta con ciertos requisitos: se permite esta técnica siempre que haya una justificación médica que indique la incapacidad para gestar. Esta circunstancia supone que sólo puedan acceder a esta técnica las parejas heterosexuales o las mujeres solas. No quedan permitidas por tanto las parejas homosexuales ni los hombres en individual<sup>36</sup>.

No obstante, este hecho no convierte a este país en un lugar al que no acudir, ya que cada año, numerosas familias españolas acuden a centros ucranianos para poder llevar a cabo su deseo de ser padres o madres.

Es tal la demanda, que algunas de estas empresas ucranianas tienen sus propias agencias en ciudades como Madrid o Barcelona, así como páginas web traducidas en numerosos idiomas, lo que facilita a las familias españolas el acceso a mayor información, mayor interés y, por ende, una mayor cercanía.

Una de las empresas pioneras en este sector en Ucrania, Biotexcom, con sede en Kiev, tiene su propia agencia en Barcelona, así como una página web repleta de información sobre el abanico de opciones que ofertan: donación de óvulos, tratamientos mitocondriales, paquetes de subrogación, etc. Y todos estos servicios a precios bastante asequibles si son puestos en comparación con otros países donde también se llevan a cabo estas técnicas.

---

<sup>35</sup> Art 123.2 del Código de Familia ucraniano y la Orden 771 del Ministerio de Salud ucraniano.

<sup>36</sup> <https://gestlifesurrogacy.com/legislacion-en-ucrania-de-la-gestacion-subrogada/>

Actualmente, si buceamos entre la información que esta empresa ofrece<sup>37</sup>, vemos como se ofertan diferentes paquetes que varían de precio en función de los bienes o servicios que incluyan:

- 1) Paquete de alquiler de vientre ESTÁNDAR, denominado también ‘*todo incluido estándar*’. Su precio es de 39.900 euros a incluye los siguientes servicios y bienes:
  - ✓ Número ilimitado de intentos; los exámenes médicos necesarios; gastos por aborto voluntario o parto prematuro.
  - ✓ Servicios de asesoramiento jurídico.
  - ✓ Intérprete.
  - ✓ Prueba de ADN y DGP por si fuera necesario algún tipo de modificación genética si existiesen problemas genéticos.
  - ✓ Servicios de pediatría y servicio de niñera (éstos últimos durante 4 horas al día).
  - ✓ Alojamiento de entre 50 y 70 metros cuadrados para la estancia de hasta 2 meses tras el nacimiento del bebe; alimentación durante la estancia.
  - ✓ Transporte del aeropuerto a la clínica y al hotel.
  - ✓ Smartphone con número de teléfono ucraniano.

Junto a estos bienes y servicios se señala un apunte que se resalta de forma clara: en el caso de nacimiento de gemelos o mellizos, se ha de abonar a mayores 3.000 euros.

Y, por el contrario, no incluye:

- ✗ Canastilla para el recién nacido.
- ✗ Transporte extra.

- 2) Paquete de alquiler de vientre VIP, o también denominado ‘*todo incluido VIP*’, que tiene fijado un precio de 64.900 euros y que incluye todo lo anteriormente mencionado en el paquete ‘estándar’ y, a mayores, algunos bienes y servicios más:
  - ✓ Medicaciones y consumibles médicos.

---

<sup>37</sup> <https://biotexcom.es/servicios/>

- ✓ No es necesario abonar a mayores 3.000 euros en el caso de que nazcan gemelos o mellizos.
- ✓ La prueba DGT: a parte de las modificaciones genéticas que se puedan llevar a cabo, incluye también la posibilidad de elegir el sexo del bebe que quiera la persona o personas de intención.
- ✓ El servicio de pediatra será de 24 horas durante los 7 días de la semana; y la niñera tendrá un horario ampliado de 9 horas a 18 horas.
- ✓ Sí se incluye canastilla de recién nacido.
- ✓ Alojamiento de entre 100 y 150 metros cuadrados con su correspondiente alimentación.
- ✓ Sí incluye el transporte extra.
- ✓ Y, el smartphone con número ucraniano, será un smartphone moderno.

Si bien los servicios ofertados para lo relacionado con el proceso como tal no llaman la atención, porque son servicios médicos que se tienen que llevar a cabo de todas formas para poder practicar esta técnica de la mejor forma posible y con los menos riesgos posibles, sí que llama la atención otros matices como la diferencia de tamaño de los alojamientos, que haya canastilla para el recién nacido o no, la posibilidad de que costeen los viajes extras, un teléfono móvil de mayor o menor calidad e, incluso, la elección del sexo del bebe. Y, todo ello, en función del precio que se pague y, en función también, una vez más, del deseo o necesidad de los futuros padres y madres.

Por ello, no hay que olvidar que consumidor o usuario, según establece la Ley 26/1984<sup>38</sup>, son las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales bienes, muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades y otras funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes producen, facilitan, suministran o expiden. Y, como señala la actual Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 30 de noviembre de 2011, *‘son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, así como las personas jurídicas y las*

---

<sup>38</sup> La Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, fue la primera Ley española referente al consumo. Da un concepto finalista positivo del consumidor y usuario en su artículo 1.2.

*entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*’<sup>39</sup>.

Siguiendo esta tónica, en 2019, había un total de cuatro ‘paquetes’ de gestación por sustitución o vientre de alquiler, lo que muestra una mayor oferta de bienes y servicios a precios más variados que pudieran ajustarse a los deseos de cada persona que accediera a esta empresa a cumplir su sueño:

- 1) Paquete de subrogación económico, con un precio de 29.900 euros.
- 2) Paquete de subrogación mejorado, con valor de 34.900 euros.
- 3) Paquete de alquiler de vientre estándar, de 39.900 euros.
- 4) Paquete alquiler de vientre VIP, con un precio de 49.900 euros.

También son empresas que juegan con la curva de la oferta y la demanda y se ven obligadas a adaptar sus precios a la realidad cambiante. Tal es esta necesidad de demanda que incluso crean ofertas dirigidas a una determinada población. Y digo esto porque, como he señalado en líneas anteriores, numerosas familias españolas acuden cada año a Ucrania para poder realizar su deseo de ser padres, ya que en España, recordemos, que este contrato es nulo de pleno derecho.

Así, empresas como la mencionada hacen su efecto llamada con ofertas dirigidas a la población española. Y cito textualmente:

*‘‘Cumpliendo numerosas solicitudes de nuestros clientes, les presentamos un nuevo paquete por el precio de 29.900 euros que excluye alojamientos y comidas. El resto de los servicios permanecen intactos.*

*ATENCIÓN, oferta especial para España hasta el 16.04.2019.*

*\*Las condiciones mencionadas serán reflejadas en los contratos firmados a partir del 1 de diciembre de 2018’.*

Ofertas cuyo fin es la captación de clientes y que van dirigidas a sectores poblacionales que se encuentran más receptivos a acceder a esta técnica.

---

<sup>39</sup> Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Por lo tanto, la equiparación de la gestación por sustitución, gestación subrogada, vientre de alquiler, maternidad subrogada, etc., a un contrato de consumo, no es tan remota cuando vemos como se ofertan bienes y servicios con el fin de satisfacer a unas personas que quieren esos bienes y servicios para un uso personal y sin ninguna intención de lucrarse. Adquieren lo que más les satisface porque quieren y porque pueden.

Y en el bando contrario están los empresarios que son aquellas personas físicas o jurídicas, ya sean privadas o públicas, que actúan directamente o a través de otra persona, en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión<sup>40</sup>.

En resumen, detrás de esta figura también podemos encontrar una posible relación de consumo; un contrato de consumo. Familias que acceden a empresas para poder llevar a cabo un procedimiento de gestación por sustitución para poder tener un bebe; en este camino intermedio, y dentro del propio contrato, la oferta de una serie de bienes o prestación de servicios que serán adquiridas y disfrutadas por estas familias dentro de su esfera personal; y, finalmente, el objeto estrella: el bebe, que es el único móvil de toda esta relación.

## **5. 2. OTROS PAÍSES.**

Junto con Ucrania, también numerosos países tienen el permiso legal para el desarrollo de esta técnica. No obstante, no han resultado por lo general tan llamativos como el caso de Ucrania. Quizás porque mantienen unos precios más elevados, como es el caso de EEUU, o también porque algunos cuentan con una gestación por sustitución altruista, como Canadá o Reino Unido, que cuenta con más riesgos de seguridad contractual.

También numerosas familias acuden a EEUU para la práctica de esta técnica, ya que permite el acceso a parejas homosexuales. No como sucedía en Ucrania que, recordemos, es necesario el documento médico que indique que no hay otra alternativa posible para concebir hijos y que existe una causa de infertilidad. Por este motivo, las parejas homosexuales quedaban fuera.

---

<sup>40</sup> Concepto de empresario regulado en el artículo 4 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 1/2007 de 16 de noviembre.

Así pues, EEUU puede considerarse uno de los destinos, junto con Ucrania, más elegidos por las familias españolas.

## 6. ALTRUISMO.

La Real Academia Española define la palabra altruismo como la *“diligencia en procurar el bien ajeno aun a costa del propio”*.

La gestación por sustitución altruista consiste, a tenor de esta definición, en que no haya de por medio una cantidad de dinero entre las personas comitentes o de intención y la mujer gestante. De esta forma se quiere conseguir que mujeres con recursos económicos escasos accedan a ser mujeres gestantes para obtener un beneficio económico. Igualmente, se considera así que se reduce la posibilidad de que se produzca una explotación y que se destruya la idea de que se está generando un contrato de compraventa. El único dinero que habrá de por medio será para cubrir los gastos que se deriven del proceso: consultas médicas, cubrir gastos del embarazo, el lucro cesante de la mujer gestante, etc.

Algunos países que contemplan la posibilidad de acceder a esta técnica, ya cuentan con una gestación por sustitución de tipo altruista. Es así, por ejemplo, el caso de Reino Unido y Canadá.

En Reino Unido, la gestación por sustitución es legal tal y como se establece en la **Surrogacy Arrangements Act de 1985**. Es una gestación por sustitución altruista pero no cuenta con tantas facilidades como en otros países que también permiten esta técnica: en Reino Unido la mujer gestante se considera en todo caso la madre legal, lo que plantea la posibilidad de que esta renuncie a la entrega del bebe tras el parto. Posibilidad que hace del contrato de gestación subrogada un contrato no vinculante que puede ser revocado, con independencia de que ya se haya abonado el pago de los gastos a la mujer gestante.

En Canadá también se da una gestación por sustitución altruista. El dinero que la familia de intención entrega a la mujer gestante sólo contempla gastos como la ropa prenatal, los medicamentos necesarios, etc. Pero no se cubren gastos, por ejemplo, derivados de un riesgo en el embarazo. Esta situación genera que sea difícil encontrar mujeres que quieran acceder a ser gestantes. Así se establece en **Assisted Human Reproduction Act de 2004**.

En atención a lo que se produce en estos dos países, que sirven como ejemplo de gestación por sustitución altruista, vemos como se visualizan principalmente dos problemas:

- Pocas mujeres prestan su cuerpo si no es a cambio de una cantidad de dinero, lo que genera que la búsqueda de candidatas sea una tarea ardua.
- En el caso de Reino Unido, existe este periodo de reflexión de la mujer gestante que puede desembocar en que deniegue la entrega del bebe, lo que produce una inseguridad de la familia subrogante.

Por estas razones, se acaba accediendo en la mayoría de los casos a países de libre retribución, donde sí que se da un carácter lucrativo o comercial, ya que da una sensación de más seguridad tanto para las mujeres gestantes, que además ven un lucro de su actividad, y de las familias subrogantes que aquí no se tienen que enfrentar a un posible arrepentimiento de las primeras.

Por lo tanto, cabe preguntarse si realmente funciona una gestación por sustitución altruista. Teóricamente es una buena opción por lo que he comentado en líneas anteriores: se podría evitar que haya mujeres que cedan su cuerpo para obtener así dinero; sería un acto más solidario; se evitaría una explotación económica del cuerpo de la mujer, ya que no se daría acceso a esta técnica a mujeres con medios económicos limitados, etc. Pero en la práctica ha resultado no ser tan eficaz.

Especialistas han incluso llegado a comparar la gestación por sustitución con la donación de órganos intervivos, considerando ambas figuras como análogas. Se daría en este caso una ‘*donación temporal de una función del cuerpo*’: donación temporal del útero femenino para la anidación, gestación y posterior parto del bebe. Una función que se ve de forma análoga a aquella consistente en la donación de un fragmento de algún órgano. Así lo ha considerado el doctor Rafael Matesanz, director de la Organización Nacional de Trasplantes, y cito expresamente: ‘*el tema de la gestación subrogada y los trasplantes tiene similitudes y utilizar la misma filosofía que la donación en vivo si podría servir para determinados casos de gestación subrogada... En la medida en que se dieran esas dos posibilidades (altruismo e inexistencia de coacciones para la donante) sería perfectamente aplicable*’<sup>41</sup>. Señala que estos casos se reducirían al ámbito más familiar,

---

<sup>41</sup><https://www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/matesanz-plantea-aplicar-el-modelo-de-trasplantes-en-la-gestacion-subrogada-8424>.

de modo que acceda a gestar a un hijo algún miembro de la familia de los comitentes o, de no ser familiar, algún allegado<sup>42</sup>.

La mención de la familia es algo que, a decir verdad, está muy vinculado a la gestación por sustitución altruista, ya que quién mejor para acceder a este acto de solidaridad y generosidad que alguien cercano a una persona que quiere y no puede tener hijos. Es importante tenerlo en cuenta porque, sin un móvil económico, ¿qué otra motivación puede llevar a una mujer a gestar a un bebé ajeno? Lo más propio es pensar en relaciones de familia o de amistad.

Retomando el panorama político en España, el Grupo Parlamentario Ciudadanos, si bien pretende una regulación altruista de esta técnica, rechazó la idea de que pudiera ser un familiar quien gesticione al bebé. Así lo establecía en el artículo 4 de su Proposición de Ley de 2017, relativo a los requisitos de la gestación por subrogación, en su apartado 3: *“La mujer gestante por subrogación no podrá tener vínculo de consanguinidad con el o los progenitores subrogantes”*<sup>43</sup>.

No se expresaba nada sobre cuáles podían ser los motivos que dejaran fuera esta posibilidad. Generalmente, se puede llegar a considerar una mala opción por los problemas que se pueden derivar. Por ejemplo, se entiende que la existencia de una relación de familia puede llegar a ser un condicionante para la mujer gestante, de modo que no diera de forma totalmente libre su consentimiento, sino que se viera presionada por la existencia de esta relación. También se tiene en cuenta el dilema emocional que se pudiera dar en el menor tras conocer esta circunstancia, de forma que se puedan generar en él conflictos en torno a la aceptación de su madre<sup>44</sup>.

No obstante, el grupo parlamentario en cuestión, ha refulado en su primera opinión y ha llevado a cabo una modificación de su Proposición de Ley de 2017, señalando en el mismo apartado 4 que *“salvo que del resultado de los exámenes previsto en los apartados 3 y 4 de la presente Ley se determine lo contrario, no existirá ex ante impedimento para la existencia de vínculo de consanguinidad entre la mujer gestante y los progenitores*

---

<sup>42</sup>[https://www.antena3.com/noticias/sociedad/cada-ano-vienen-a-espana-1000-bebes-gestados-fuera\\_2017032158d1412b0cf201b3e5420706.html](https://www.antena3.com/noticias/sociedad/cada-ano-vienen-a-espana-1000-bebes-gestados-fuera_2017032158d1412b0cf201b3e5420706.html)

<sup>43</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales, Proposición de Ley de 8 de septiembre de 2017, nº 145 – 1. Pág. 5.

<sup>44</sup> Comité de Bioética de España, informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, 2017, 77.

*subrogantes*’<sup>45</sup>. Esto implica que en el caso de que se diera esta circunstancia, esto es, que un familiar accediese a gestar a un bebe por los padres de intención, deberá ser previamente avalado y consentido por un experto psicólogo.

Resulta ser una modificación importante que, tal y como señaló la diputada de Ciudadanos, Patricia Reyes, estaba siendo objeto de debate dentro del partido desde que se publicó la primera Proposición de Ley de 2017. Y, tal importancia deriva de la idea que he señalado antes: sin un móvil económico – para mujeres ajenas a los padres de intención – ni un móvil afectivo – dentro del propio círculo familiar –, las posibilidades de encontrar a una mujer gestante se reducirían de tal forma que las familias con deseo de concebir un bebe seguirían acudiendo a países donde la práctica de esta técnica es más flexible y está más afianzada, aunque ello implique el pago de una alta cantidad de dinero.

## **7. CONCLUSIÓN.**

La gestación por sustitución es un tema de gran controversia en nuestro país. Es una técnica donde se necesita el cuerpo de una mujer ajena a la familia de intención, que va a ser sometida a un proceso complejo, un embarazo. Cambios físicos, psicológicos, hormonales y, en ocasiones, riesgos tanto para la mujer como para el menor.

Quizás una solución más idónea para aquellas personas con el deseo de ser padres y madres sería optar por la adopción, dando así la oportunidad a niños sin progenitores – o con la figura del progenitor ausente – de poder comenzar una vida en un núcleo familiar estable, pudiendo este recibir los cuidados, amor y la educación que todo menor debe tener – y todo ser humano – .

A pesar de ello, quién soy yo para juzgar el deseo de un padre o una madre de tener un hijo biológico. En la sociedad actual sigue muy presente la importancia de tener hijos propios que continúen con nuestra estirpe. Si bien para algunas personas este hecho no es relevante y optan a la adopción como solución, otras muchas sienten la necesidad de concebir un hijo con su carga genética y, cuando este hecho se ve imposibilitado por causas de infertilidad o esterilidad, llegan a aparecer serios problemas en la persona:

---

<sup>45</sup> Proposición de Ley 122/000015, de 16 de julio de 2019, Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución.

sensación de fracaso, baja autoestima, desestabilidad emocional; su deseo, quizás de muchos, años se ha visto frustrado.

El contrato de gestación por sustitución, recordemos, es nulo de pleno derecho en nuestro Ordenamiento Jurídico. No sin embargo en otros países, muchos de ellos situados en la Unión Europea, de la que España forma parte.

Este hecho provoca que muchas familias españolas salgan de nuestras fronteras para acudir a estos países para hacer realidad su sueño de ser padres. Puesto que es una técnica no permitida y no regulada en España, ha generado que multitud de familias tengan serios problemas para inscribir a sus hijos en los Registros Civiles y se vean imposibilitadas para regresar a España con su bebe – situación que se ha agravado con la entrada del partido socialista en el Gobierno y, más aún si cabe, con la aparición del COVID-19 – .

Junto con este grave problema, está también el negocio que se genera con la práctica de esta técnica. Es una práctica que necesita de un desembolso económico importante en función del país al que acudamos. Y es una práctica que generalmente remunera a la mujer que gesta al bebe, lo que supone que mujeres con escasos recursos económicos accedan a gestar un bebe ajeno para obtener una cantidad de dinero. Esto determina una explotación de aquellas mujeres en situación de precariedad y determina también un lucro para la empresa que se dedica a esta práctica.

Por todas estas circunstancias y en vista al crecimiento de familias que demandan esta técnica – cada vez más – , sería conveniente una regulación firme en nuestro país. Una regulación que gire en torno a la figura del altruismo y permita la gestación por sustitución intrafamiliar, donde no quepan móviles económicos, abusos. Donde exista plenamente un consentimiento libre e informado.

Además, con su regulación, se podría controlar el mercado que genera esta práctica, evitando que las empresas, agencias, clínicas, abusen de precios por la prestación de bienes y servicios, limitándose únicamente al precio por el procedimiento y brindando la máxima protección jurídica tanto a la familia de intención como a la mujer gestante.

La realización de este trabajo me ha permitido conocer a fondo su funcionamiento, a personas que acuden a ello, sus motivos. He valorado multitud de opiniones y he hecho un ejercicio de empatía. Tanto si se opta por la adopción como por la gestación por

sustitución para tener un hijo, se tienen que proteger siempre al máximo nivel las partes vulnerables de la relación y una protección mayor, si cabe, de la figura del niño, de manera que la forma de formar parte de la familia no condicione nunca su desarrollo personal, psíquico, psicológico.

Una sociedad se hace grande por su capacidad de adaptación a las nuevas realidades, gusten o no. Dar la espalda a nuevas circunstancias solo genera retrasos, desestabilidad, abusos, incertidumbre y, en el ámbito del Derecho, inseguridad jurídica.

*‘La humanidad es muy adaptable decía mi madre. Es sorprendente la cantidad de cosas a las que llega a acostumbrarse la gente si existe alguna clase de compensación’.*

‘‘El Cuento de la Criada’’, Margaret Atwood, 1985.

## **8. BIBLIOGRAFÍA.**

- María Luisa Balaguer, ‘*Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado Social*’, Prólogo de Carlos Martín Calvo.
- Rosa Adela Leonseguí Guillot, ‘*La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo*’. Boletín de la Facultad de Derecho num.7, 1994.
- Ana Marrades Puig. ‘*El debate de la gestación subrogada en España: entre el deseo, la dignidad y los derechos*’. Universidad de Valencia. Dialnet.
- Marina Pérez Monge. ‘*Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: Regulación versus realidad*’. RDP, julio-agosto, 2010, pp. 41-64.
- Vicente Bellver Capella, ‘*Tomarse en serio la gestación subrogada altruista*’, Pág. 229 – 243. Cuadernos de Bioética XXVIII 2017 2ª.
- Yolanda Gómez Sánchez.: *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 142.
- Pablo Ignacio Fernández Muñiz. ‘*Gestación subrogada ¿cuestión de Derechos?*’, Pág. 35.
- Elena Palomares Balaguer, ‘*La intermediación en los contratos de consumo*’. Tesis Doctoral.
- Comité de Bioética de España, informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, 2017, 77.
- Informe Comisión Especial de Estudio de la Fecundidad in Vitro y la Inseminación Artificial Humana (Comisión Palacios), 10 abril 19865.

### **Textos legales.**

- Constitución Española.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
- Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por Subrogación (122/000117).
- Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución (122/000015).
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.
- Código de Familia ucraniano.
- Orden 771 del Ministerio de Salud de Ucrania.
- Surrogacy Arrangements Act de 1985.
- Assisted Human Reproduction Act de 2004.

### **Webgrafía.**

- <https://babygest.com/es/>
- [https://elpais.com/politica/2017/12/13/actualidad/1513185337\\_622133.html](https://elpais.com/politica/2017/12/13/actualidad/1513185337_622133.html).

- [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF).
- <http://gestacionsubrogadaenespaña.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/proposicion-de-ley>
- <https://ecodiario.eleconomista.es/espana/noticias/9736809/03/19/El-pp-recuerda-que-la-gestacion-subrogada-no-es-legal-aunque-todo-nino-tiene-derecho-a-estar-inscrito.html>
- <https://www.elindependiente.com/politica/2019/01/05/psoe-estudia-penalizar-los-recurren-la-gestacion-subrogada/>
- <https://www.europapress.es/sociedad/noticia-familias-subrogacion-atrapadas-ucrania-afean-exteriores-abandono-bebes-emergencia-covid-19-20200326125605.html>
- <https://www.voxespana.es/noticias/vox-lee-un-manifiesto-en-la-asamblea-de-madrid-contra-los-vientres-de-alquiler-20160317>
- <https://podemos.info/posicion-politica-sobre-explotacion-reproductiva-mujeres/>
- <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/res-extra-commercium/res-extra-commercium.htm>
- <https://gestlifesurrogacy.com/legislacion-en-ucrania-de-la-gestacion-subrogada/>
- <https://biotexcom.es/servicios/>
- <https://www.redaccionmedica.com/secciones/sanidad-hoy/matesanz-plantea-aplicar-el-modelo-de-trasplantes-en-la-gestacion-subrogada-8424>.
- [https://www.antena3.com/noticias/sociedad/cada-ano-vienen-a-espana-1000-bebes-gestados-fuera\\_2017032158d1412b0cf201b3e5420706.html](https://www.antena3.com/noticias/sociedad/cada-ano-vienen-a-espana-1000-bebes-gestados-fuera_2017032158d1412b0cf201b3e5420706.html)