

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2024/2025

CONTRATACIÓN DE SERVICIOS DE MEDICINA REPRODUCTIVA

CONTRACTING OF REPRODUCTIVE MEDICINE SERVICES

AUTOR: Daniel Pinedo San Miguel

DIRECTOR: Prof. Dr. Joaquín Cayón De las Cuevas

Santander, 14 de marzo de 2025

RESUMEN

El presente trabajo estudia la regulación de la contratación en los servicios de medicina reproductiva, analizando el marco jurídico de las técnicas de reproducción asistida en España. Se abordan los principales métodos utilizados, el consentimiento informado y las limitaciones contractuales en los acuerdos de donación y crioconservación de gametos y embriones.

También se examina la determinación de la filiación en estos casos, incluyendo la fecundación heteróloga y *post mortem*, así como las restricciones impuestas por la legislación española en materia de gestación subrogada. La jurisprudencia reciente refuerza la nulidad de estos contratos y subraya su incompatibilidad con el orden público.

A modo de conclusión, se destaca la importancia de un marco normativo que garantice seguridad jurídica y respete los derechos de todas las partes, aunque los cambios sociales y avances científicos podrían requerir futuras modificaciones legislativas.

ABSTRACT

This paper studies the regulation of contracting in reproductive medicine services, analyzing the legal framework of assisted reproductive techniques in Spain. It deals with the main methods used, informed consent and contractual limitations in gamete and embryo donation and cryopreservation agreements.

It also examines the determination of filiation in these cases, including heterologous and post mortem fertilization, as well as the restrictions imposed by Spanish legislation on surrogacy. Recent case law reinforces the nullity of these contracts and underlines their incompatibility with public order.

By way of conclusion, it is emphasized the importance of a regulatory framework that guarantees legal certainty and respects the rights of all parties, even though social changes and scientific advances may require future legislative modifications.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. CARACTERIZACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA	5
2.1. Concepto y régimen jurídico.....	5
2.2. Principales métodos de la reproducción humana asistida.....	7
2.2.1. inseminación artificial.....	7
2.2.2. Fecundación <i>in vitro</i>	7
3. INFORMACIÓN PREVIA Y CONSENTIMIENTO EN LA CONTRACCIÓN REPRODUCTIVA.....	8
3.1. Naturaleza y papel de la autonomía de la voluntad de los contratos reproductivos.....	8
3.2. Contratos de donación de gametos.....	12
3.3. Contratos de crioconservación.....	16
4. CAPACIDAD PARA CONTRATAR Y DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN....	18
4.1. Capacidad para contratar.....	18
4.1.1. La mayoría de edad.....	18
4.1.2. Capacidad de obrar.....	19
4.2. Determinación de la filiación.....	20
4.2.1. Fecundación <i>inter vivos</i>	20
4.2.2. Fecundación <i>post mortem</i>	21
5. ESPECIAL REFERENCIA AL CONTRATO DE GESTIÓN SUBROGADA.....	22
5.1. Concepto de la gestación subrogada y sus clases.....	22
5.2. Dimensión contractual de la gestación subrogada.....	24
6. CONCLUSIONES.....	28
7. BIBLIOGRAFÍA.....	29

1. INTRODUCCIÓN

La medicina reproductiva ha experimentado un importante desarrollo en las últimas décadas, convirtiéndose en un campo en el que convergen la biotecnología, la ética y el derecho. Las técnicas de reproducción humana asistida han permitido a muchas personas acceder a la maternidad y paternidad, pero al mismo tiempo han planteado importantes desafíos jurídicos. En este contexto, la contratación de servicios de medicina reproductiva se configura como una cuestión clave, en la que intervienen distintos tipos de contratos y principios jurídicos fundamentales, como la autonomía de la voluntad y la protección de los derechos de los participantes.

La evolución de la legislación española ha intentado dar respuesta a estas cuestiones, estableciendo límites en la contratación de servicios de medicina reproductiva. Entre los aspectos más relevantes se encuentran los contratos de donación de gametos y preembriones, la crioconservación y las implicaciones legales que derivan de ellos.

Un aspecto esencial del estudio es la determinación de los usuarios de las técnicas y la filiación de los hijos nacidos mediante reproducción asistida. Se analiza cómo la legislación española regula la filiación en estos casos, abordando cuestiones como la fecundación con material de donantes, la fecundación post mortem y el papel del consentimiento en la determinación de la paternidad y maternidad legal.

Uno de los temas que más controversia genera es la gestación subrogada, una práctica prohibida en España, pero aceptada en otros ordenamientos jurídicos. En este trabajo se examina su concepto, sus distintas modalidades y los problemas que plantea desde una perspectiva legal. Su análisis permite comprender los debates en torno a su legalidad, las diferencias entre la subrogación tradicional y la gestacional, así como la problemática contractual que surge de estos acuerdos. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido determinante en la interpretación de estos contratos, reforzando la nulidad de pleno derecho y su incompatibilidad con el orden público.

En definitiva, este trabajo busca ofrecer un análisis exhaustivo de la contratación en el ámbito de la medicina reproductiva, atendiendo a su marco normativo, sus implicaciones contractuales y sus consecuencias en el ámbito de la filiación. Se trata

de un estudio que permite comprender los límites y posibilidades que ofrece la legislación española, así como las tensiones entre el derecho a la reproducción y las restricciones impuestas por el ordenamiento jurídico vigente

2. CARACTERIZACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

2.1. Concepto y régimen jurídico

El concepto de reproducción humana asistida se puede definir como el conjunto de técnicas y tratamientos que sustituyen el proceso natural de la reproducción, cuyo objetivo es facilitar un embarazo. Son tratamientos que tienden a tratar problemas como la infertilidad o esterilidad. Su finalidad principal es ayudar o asistir a parejas que tienen dificultad o imposibilidad de lograr un embarazo natural¹. Por otro lado, cuando un donante contribuya con sus gametos se prestará asistencia biológica, este donante, como veremos posteriormente, quedará al margen de toda relación paterno filial que se pueda establecer con el nacimiento del hijo.

Respecto a la regulación legal que tienen estas técnicas deben mencionarse dos normas fundamentales: la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, ya derogada, y la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante LTRA).

En los años setenta la aparición de las técnicas de reproducción asistida supuso la necesidad de abordar su regulación, aprobándose la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, lo que supuso un gran avance científico y clínico, su objetivo era intentar frenar los efectos de la esterilidad. En 2003 dicha ley se modificó introduciendo nuevos aspectos. Lo que se pretendía con esta modificación era intentar resolver el problema generado por la acumulación de los denominados embriones sobrantes², permitiendo utilizar los preembriones crioconservados con fines de investigación.

¹ REPRODUCCIÓN ASISTIDA ORG (2019): “La Gestación Subrogada”. Disponible en: <https://www.reproduccionasistida.org/gestacion-subrogada/>

² VIDAL MARTÍNEZ, Jaime (2019): “Acerca de la regulación jurídica de las técnicas de reproducción humana asistida”, *Actualidad Jurídica iberoamericana*, nº 10 bis, p. 499. Disponible en:

Por otro lado, esta modificación supuso un límite en la producción de ovocitos en cada ciclo reproductivo, estableciendo un máximo de 3, lo que suponía gran un obstáculo para la práctica de las técnicas, ya que estaba impidiendo poner los medios para lograr el mayor éxito con el menor riesgo posible para la mujer ³.

La LTRA de 1998 fue sustituida por la vigente LTRA de 2006, cuya estructura y objetivos no cambian de manera notable respecto de su antecesora. La gran diferencia es que esta nueva Ley nos ofrece una lista más amplia y diversificada de las técnicas de reproducción asistida que se pueden llevar a cabo, permitiendo avanzar en el campo de la resolución de problemas de la esterilidad⁴, en cambio, la LTRA de 1988 limitaba las actuaciones en relación con las técnicas de reproducción asistida (TRA)⁵.

Por último, respecto al objeto y ámbito de aplicación, el artículo 1.1 LTRHA establece lo siguiente:

“Esta Ley tiene por objeto:

- a) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas.*
- b) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley.*
- c) La regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados.*

<https://idibe.org/wp-content/uploads/2019/08/478-513.pdf>

³ BARÓN RUIZ-COELLO, Natalia (2015): “Régimen Jurídico de la Gestación por Sustitución o Maternidad Subrogada”, [Trabajo de fin de grado, Universidad de Almería]. p.6. Disponible en: https://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/3477/757_REGIMEN%20JURIDICO%20MATERNIDAD%20SUBROGADA%20O%20GESTACION%20POR%20SUSUTITUCION.pdf?sequence=1&isAllowed=y

⁴ BARÓN RUIZ-COELLO, Natalia (2015): ob. cit., p. 6.

⁵ VIDAL MARTÍNEZ, JAIME (2019): ob. cit., p. 500.

Por ello podemos decir que el objetivo principal de la LTRHA es regular todas aquellas técnicas de reproducción asistida que hayan sido acreditadas científicamente y clínicamente indicadas, con el fin de facilitar la procreación⁶.

2.2. Principales métodos de la reproducción humana asistida

2.2.1. Inseminación artificial

Las técnicas de reproducción humana asistida que establece el artículo 2 TRA, son aquellas que reúnen las condiciones de acreditación científica y clínicas. Entre ellas nos encontramos la inseminación artificial, es el tratamiento más natural y sencilla, de baja complejidad⁷. Esta modalidad de reproducción asistida consiste en introducir los espermatozoides en el útero, consiste básicamente en intentar la fecundación de la mujer mediante un cauce distinto a la relación sexual.

Podemos decir que es la técnica de reproducción asistida más común y que se desarrolla con el objetivo de solucionar distintos problemas, como puede ser la fertilidad o el deseo de las mujeres solteras en gestar un hijo⁸.

La inseminación artificial puede ser de dos tipos en función del origen de los espermatozoides⁹: a) Inseminación artificial homóloga: es aquella técnica de reproducción asistida que se lleva a cabo con el semen del marido o pareja de la mujer que va a ser fecundada. b) Inseminación artificial heteróloga: es aquella técnica en la que el semen que se emplea para inseminar a la mujer procede de un donante, un banco de semen. Este tipo de técnicas se caracterizan por el anonimato del donante, que será objeto de estudio en este trabajo.

⁶ LLEDÓ YAGÜE, Francisco; OCHOA MARIETA, Carmen (2007): *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, Ley 14/2006, de 26 de mayo*, Dykinson, Madrid, p. 28.

⁷ REPRODUCCIÓN ASISTIDA ORG (2019): “La Gestación Subrogada”. Disponible en: <https://www.reproduccionasistida.org/gestacion-subrogada/>

⁸ BARÓN RUIZ-COELLO, Natalia (2015): ob. cit., p. 6.

⁹ BENITO GARCÍA, Alejandro (2016): ob. cit., p. 7.

2.2.2 Fecundación in vitro

Otra de las técnicas más comunes es la fecundación *in vitro*. Esta técnica de reproducción asistida consiste en la unión del óvulo de una mujer y el espermatozoide de un hombre en un plato de laboratorio¹⁰, consiste en reproducir el proceso de fecundación que se produce de manera natural en el cuerpo de la mujer, en un laboratorio.

Al igual que en la inseminación artificial, nos encontramos con dos tipos de fecundación *in vitro*: a) homóloga, si se emplea espermatozoides del varón que es pareja de la mujer que se someterá a dicha técnica, y b) heteróloga, si se lleva a cabo con espermatozoides de un donante¹¹.

Por otro lado, nos encontramos con la gestación subrogada, mayormente conocida como vientre de alquiler o maternidad subrogada. Es una modalidad de reproducción que está sujeta a un gran debate ético, político y religioso, esta consiste en que una mujer llevará a cabo un acuerdo previo con una persona o pareja en el que se obliga a gestar a un niño, con el fin de entregarlo después del parto a la persona o personas que se lo han encargado y renunciando a cualquier derecho de filiación que tenga¹².

3. INFORMACIÓN PREVIA Y CONSENTIMIENTO EN LA CONTRATACIÓN REPRODUCTIVA

3.1. Naturaleza y papel de la autonomía de la voluntad en los contratos reproductivos

Como consideración preliminar debe tenerse en cuenta que la autonomía de la voluntad constituye el correlato contractual de la denominada “autonomía

¹⁰ MEDLINEPLUS (2024): “Fecundación In Vitro”. Disponible en: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/007279.htm>

¹¹ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (1993): *La fecundación in vitro y la filiación*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, p. 15.

¹² FERNÁNDEZ MUÑOZ, Pablo Ignacio (2018): “Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos?, *Dilemata*, nº 26, p. 28.

reproductiva”, entendida como el espacio decisorio de parejas e individuos en relación con la facultad de reproducirse¹³. Sentado lo anterior, debe destacarse que las modalidades de contratación reproductiva son por definición contratos de consumo. Siguiendo a Cayón de las Cuevas, sin perjuicio de su configuración como contrato de servicios desde la perspectiva de su arquitectura institucional, la prestación privada de servicios sanitarios – y, por tanto, los reproductivos– tiene el carácter de contrato de consumo. Para acuñar tal categoría basta acudir al artículo 59.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, según el cual “*son contratos con consumidores y usuarios los realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario*”¹⁴.

En relación con la autonomía de voluntad que poseen las partes en los contratos de prestación de servicios de medicina reproductiva hay que mencionar que nos encontramos con una frontera absoluta, en la que el ordenamiento jurídico español impone una serie de limitaciones, que no permite decidir acerca de las diferentes condiciones de contratación a las partes¹⁵.

Tenemos que tener en cuenta que el Código Civil (CC) en su artículo 1.254 indica que un contrato existe desde el momento en el que una persona consiente en obligarse, respecto de otra, a dar alguna cosa o prestar un servicio. En los casos de contratación de servicios de medicina reproductiva nos encontramos ante contratos de arrendamientos de servicios. A través de este tipo de contratos, como indica el artículo 1543 CC, una de las partes se obliga a prestar a la otra parte un determinado servicio a cambio de un precio pactado, es decir, la usuaria de técnicas de reproducción humana asistida deberá entregar una cantidad pactada, remuneración, a una determinada clínica que se compromete a llevar a cabo una prestación. Por otro lado,

¹³ CAYÓN DE LAS CUEVAS, J (2020).: “La configuración de los derechos reproductivos como derechos humanos: universalidad *versus* dimensión nacional”, *Temas de vanguardia en derecho sanitario en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, p. 48.

¹⁴ CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín (2017): *La prestación de servicios sanitarios como relación jurídica de consumo*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2017, p. 363.

¹⁵ FERNÁNDEZ ECHEGARAY, Laura (2022): “Los contratos en materia de reproducción humana asistida: especial tratamiento de la autonomía de la voluntad en las donaciones de gametos y en el destino de los embriones crioconservados”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 16, pp. 265.

el artículo 1255 CC señala que las partes contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, a raíz de esto podríamos pensar que las usuarias de estas técnicas pueden seleccionar al donante y este a su vez, decidir el destino de sus embriones. Sin embargo, la autonomía privada en este tipo de contratos, como he mencionado, estará limitada por la LTRA de 2006.

Los contratos de prestación de servicios de medicina reproductiva se caracterizan porque la posibilidad de negociación que se otorga a los usuarios es prácticamente nulo, es decir, la libertad de configuración de este tipo de contratos no existe¹⁶.

Respecto a la información sobre las técnicas, a la hora de llevar a cabo un acuerdo de este tipo, deberá proporcionarse tanto a quienes deseen recurrir a ellas como a quienes vayan a actuar como donantes¹⁷. Esta información deberá ser proporcionada por las personas señaladas, es decir, aquellas que son responsables de los equipos médicos autorizados en los centros en los que se lleve a cabo las técnicas de reproducción asistida.

Los médicos tienen la responsabilidad de proporcionar a sus pacientes información sobre el propósito, métodos, riesgos, inconvenientes y la posibilidad de que se fracase con los procedimientos de reproducción asistida¹⁸.

Una vez prestada toda la información necesaria, aparece el concepto de consentimiento informado, es la expresión de voluntad de un paciente, mediante la cual autoriza someterse, en este caso, a un procedimiento de técnicas de reproducción asistida. Por ello, la información emitida por el profesional deberá ser clara, apropiada y de manera que el paciente lo comprenda¹⁹.

¹⁶ DÍAZ MARTÍNEZ, Ana (2024): *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España*, Dykinson, Madrid, p. 73.

¹⁷ BERROCAL LANZAROT, Ana I. (2007): “Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Una primera aproximación a su contenido”, *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, p. 46.

¹⁸ RAMOS RAMOS, Alfredo (2008): “Consentimiento bajo información y reproducción asistida”, *Conamed*, nº13, p. 29.

¹⁹ ZAMORA VÁZQUEZ, Ana F. (2020): “El consentimiento informado en las Técnicas de Reproducción Asistida. Respeto a la dignidad humana, autonomía de la voluntad y confidencialidad”, *Revista Jurídica Derecho*, vol.9, nº12, Disponible en:

http://www.scielo.org.bo/sciELO.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102020000100007

El consentimiento informado constituye un aspecto nuclear de la LTRA, que en su artículo 6, apartados 1 y 2 establece:

“1. Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.

La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual.

2. Entre la información proporcionada a la mujer, de manera previa a la firma de su consentimiento, para la aplicación de estas técnicas se incluirá, en todo caso, la de los posibles riesgos, para ella misma durante el tratamiento y el embarazo y para la descendencia, que se puedan derivar de la maternidad a una edad clínicamente inadecuada.”

Aunque se haya prestado el consentimiento, la mujer que se vaya a someter a estas prácticas tendrá la opción de suspender todo el procedimiento en cualquier momento, siempre y cuando no se haya llevado a cabo la transferencia de embriones²⁰

Una vez se haya decidido llevar a cabo tales técnicas surge el tema de la confidencialidad, también denominada secreto profesional. Toda aquella información que maneja el profesional sobre la salud del paciente, debe estar guardada con el objetivo de que terceros no accedan a ella, y sobre todo en esta materia al emplearse material genético²¹.

La LTRH en su artículo 3.6 establece que

“Todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán recogerse en historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las debidas garantías de confidencialidad respecto de la identidad de los donantes, de los

²⁰ BERROCAL LANZAROT, Ana I. (2007): ob. cit., p. 46.

²¹ ZAMORA VÁZQUEZ, Ana F. (2020): ob. cit.

datos y condiciones de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos. No obstante, se tratará de mantener la máxima integración posible de la documentación clínica de la persona usuaria de las técnicas.”

Por último, las usuarias, además de tener que ser informadas, deberán reunir una serie de requisitos de capacidad establecidos en el artículo 6 de la LTRH, que serán objeto de estudio posteriormente.

3.2. Contratos de donación de gametos

En relación con las técnicas de reproducción asistida, la LTRHA en su artículo 5 recoge la regulación relativa a los donantes y a los contratos de donación.

La primera exigencia que recoge es que la donación deberá realizarse mediante un contrato gratuito, formal y confidencial, entre el donante y el centro autorizado para llevar a cabo tales técnicas (artículo 5.1 LTRA).

En virtud de lo previsto en el artículo 5.3 de la LTRHA la donación nunca podrá tener un carácter lucrativo o comercial, de modo que la compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación, no podrá suponer un incentivo económico para ésta. Con ello lo que se busca evitar es que el donante actúe movido por motivos económicos²², y así lleve a cabo un acto voluntario, desinteresado y altruista como señala el Real Decreto 412/1996²³.

²² RUIZ SÁENZ, Ángela (2013): “El contrato de donación de gametos y preembriones en la legislación española sobre técnicas de reproducción humana asistida”, *Cuadernos Iberoamericanos de Derecho Sanitario*, nº 2, pp. 792-793.

²³ Real Decreto 412/1996, artículo 5: “*Establecido el carácter de la donación de gametos y preembriones como actos voluntarios, altruistas, gratuitos y desinteresados, en ningún caso existirá retribución económica para el donante, ni se exigirá al receptor precio alguno por los gametos o preembriones donados.*”

Aunque se trate de un negocio jurídico, se considera que la donación se hace principalmente por un motivo altruista y de manera desinteresada²⁴.

En el mismo sentido, la propia ley señala, en el artículo 5.3 segundo párrafo, que cualquier actividad de publicidad o promoción por parte de centros autorizados que incentive la donación de células y tejidos humanos deberá respetar el carácter altruista de aquélla, no pudiendo, en ningún caso, alentar la donación mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos²⁵.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 5.4 LTRHA, nos encontramos ante un contrato formal. Se formalizará por escrito entre los donantes y el centro autorizado. Antes de la formalización, los donantes tendrán que haber sido informados, tanto de los fines como de las consecuencias del acto, mediante el consentimiento informado. En los contratos de donación no interviene la parte usuaria de las técnicas²⁶, únicamente se llevará a cabo entre el donante y el centro.

Un aspecto muy importante es el carácter confidencial del contrato, es decir el anonimato del donante. La antigua ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 1988 ya se apostaba por defender el anonimato del donante de gametos. De esta forma, el artículo 5.5 de la vigente LTRHA recoge que *“la donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan”*.

La citada ley viene a establecer, de manera general, un régimen de garantía del anonimato del donante de espermatozoides u óvulos. Sin perjuicio de lo anterior, la misma ley reconoce el derecho de las receptoras, así como de los hijos nacidos, por

²⁴ IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia (2016): “La donación anónima de gametos para reproducción humana asistida en España: problemas y retos”, *Bioética y Derecho*, nº38, p. 74.

²⁵ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, artículo 5.3.

²⁶ RUIZ SÁENZ, Ángela (2013): ob. cit., p. 793.

sí mismos o a través de sus representantes legales, a obtener información de los donantes siempre y cuando no incluya su identidad²⁷.

Igualmente, en el tercer párrafo del artículo 5.5 establece una excepción: en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes.

Es decir, la única excepción que se admite al anonimato del donante es la aparición de algún tipo de enfermedad que suponga un peligro cierto para la vida o salud del hijo²⁸. En cuanto a la revelación de la identidad del donante por la aplicación de leyes procesales, se trata de casos en los que el donante haya ocultado enfermedades transmisibles²⁹, cometiendo así un delito de lesiones a la descendencia.

Con la lectura del artículo 5.5 podemos deducir que nos desprendemos de un anonimato absoluto³⁰ de los donantes de gametos y preembriones, y por lo tanto, el régimen jurídico del anonimato es algo relativo, al permitir a los hijos obtener información general sobre el donante, siempre y cuando no sea su identidad. Además, establece una excepción a la reserva sobre la identidad del donante cuando haya enfermedades que supongan un peligro grave para la vida o salud del hijo, y dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro³¹.

²⁷ RUIZ SÁENZ, Ángela (2013): ob. cit., p. 794.

²⁸ IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia (2016): ob. cit., p.75.

²⁹ ÁLVAREZ, Juan G.; DÍEZ SOTO, Carlos Manuel (2007): “Artículo 5. Donantes y contratos de donación”, *Comentarios científicos a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, p. 86.

³⁰ RUIZ SÁENZ, Ángela (2013): ob. cit., p. 795.

³¹ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2019): “Informe del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos, p. 21, Disponible en:

https://abimad.org/wp-content/uploads/2020/02/CBE_FIV_NoAnonimato.pdf

Pese al régimen que establece el artículo 5, la Ley añade en su artículo 8 que la revelación de la identidad del donante no exigirá responsabilidad jurídica alguna al donante, es decir, no implicará en ningún caso la determinación legal de la filiación, ni en la relaciones personales ni patrimoniales.

Por ello, aunque la Ley establezca una excepción a la identidad del donante no podrá conllevar ninguna consecuencia jurídica en materia de filiaciones, personal o patrimonial³².

Tras el análisis del artículo 5 LTRHA, se saca la conclusión de que no cabe la selección del donante por parte de la receptora, sino que es el propio equipo médico, que se encargará de efectuar dichas técnicas, el encargado de seleccionar al donante, si bien procurando que haya la mayor similitud posible tanto fenotípica como inmunológica con la mujer receptora. Consecuencia de ello, los contratos de donación se celebrarán entre el donante y el centro autorizado, siendo el donante desconocido para la receptora y viceversa.

De su lectura, se puede afirmar que la regulación presente en la LTRHA pretende salvaguardar el derecho a la intimidad del donante frente al derecho del hijo a conocer su origen biológico, de tal modo que favorece el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida³³.

Por último, la regla general de la LTRHA es de irrevocabilidad³⁴, pero prevé la posibilidad, en el artículo 5.2, de que se revoque la donación cuando el donante necesite para sí de los gametos donados, teniendo en cuenta que estos deben estar disponibles en la fecha de revocación. En las situaciones en las que se produzca este supuesto la Ley prevé la devolución por el donante de los gastos originados al centro receptor. Es decir, el donante tendrá derecho a reclamar sus gametos en caso de

³² COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2019): ob. cit., p.21.

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999, 17 de junio.

³⁴ FERNÁNDEZ ECHEGARAY, Laura (2022): ob. cit., p.272.

necesitarlos por un problema de infertilidad sobrevenido, siempre y cuando éstos estén disponibles y previo pago de los gastos originados en el centro autorizado³⁵.

3.3 Contratos de crioconservación

En este caso, a diferencia del contrato de donación de gametos, nos encontramos ante un contrato atípico regulado en el artículo 11 LTRHA. Al tratarse de contratos que se basan en materia o sustancia humana se podría debatir su licitud contractual, si no fuera por el amparo legal expreso que tiene en dicha ley. Hay que tener en cuenta que el artículo 1.275 CC hace referencia a la nulidad absoluta de un contrato cuando su causa sea ilícita, es decir, cuando sea contraria a las leyes o a la moral. En este caso el servicio prestado por el centro autorizado consiste en la crioconservación de embriones humanos.

Respecto a la naturaleza del contrato, aparte de tratarse de un simple arrendamiento de servicios, se podría discutir si estamos ante un posible contrato análogo al de depósito. En caso de ser así, se aplicará de manera subsidiaria la normativa presente en los artículos 1.758 y siguientes del CC, considerándolo un contrato gratuito, en el que una de las partes recibe una cosa mueble ajena con la obligación de guardarla y restituirla³⁶.

El artículo 11.4 prevé las distintas finalidades que se le pueden dar a los preembriones crioconservados. En aquellos casos en los que la clínica utilice estos para finalidades distintas a las establecidas en la Ley, se genera responsabilidad administrativa para esta de acuerdo al artículo 26 de la Ley, distinguiendo entre infracción leve, grave o muy grave³⁷. Además de las sanciones administrativas presentes en la Ley, dicha conducta podría ser constitutiva de delito, pudiendo ser indemnizable en vía civil cuando el destino del material sea un fin no querido.

³⁵ ÁLVAREZ, Juan G.; DÍEZ SOTO, Carlos Manuel (2007): ob. cit., p.83.

³⁶ FERNÁNDEZ ECHEGARAY, Laura (2022): ob. cit., pp. 276-277.

³⁷ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen (2015): “Régimen Jurídico de la Crioconservación de Gametos y Preembriones en la Ley Española de Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, *Los primeros años de vida importan*, p. 401.

Para la utilización de los preembriones, semen, ovocitos o tejido ovárico crioconservados, para los fines citados en el artículo 11.4, será necesario el consentimiento informado debidamente acreditado³⁸. En caso de los preembriones, el consentimiento deberá ser prestado por la mujer, y si la mujer en caso de que esté casada con un hombre, también deberá prestarlo su marido, con anterioridad a la generación de los preembriones. El consentimiento deberá especificar el destino que se decide dar al material³⁹, aunque existe la posibilidad, que será objeto de estudio, de modificar tanto el consentimiento como el destino. Además el consentimiento deberá de ser emitido de forma personal, no hay posibilidad de que sea prestado a través de un representante, al encontrarnos ante un acto personalísimo⁴⁰.

El consentimiento se puede prestar en dos momentos diferentes. Se podrá prestar al inicio del tratamiento de las técnicas de reproducción humana asistida o podrá prestarse en el momento en el que sea necesario decidir el destino del material crioconservado⁴¹. Por lo tanto, podríamos hablar de dos tipos de consentimiento, el consentimiento con el que se permite la crioconservación, y, en segundo lugar, con el cual se elige el destino del material crioconservado.

Según el artículo 11.6 LTRHA, el consentimiento que se haya prestado podrá ser modificado en cualquier momento antes de su aplicación, es decir, podrá ser revocado libremente en el momento en el que se desee anterior a la aplicación consentida en un inicio⁴². En el caso de los preembriones, se solicitará a la mujer o pareja, mínimo cada dos años, la renovación o modificación del consentimiento previo. Si durante dos renovaciones seguidas se hace imposible obtener dicho consentimiento, pudiendo demostrar que se ha intentado conseguir dicha renovación, los preembriones se quedarán a disposición del centro médico en el que se encuentren crioconservados⁴³.

³⁸ RUIZ SÁENZ, Ángela (2013): ob. cit., p. 799.

³⁹ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen (2015): ob. cit., p. 401.

⁴⁰ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen (2015): ob. cit., p. 402.

⁴¹ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen (2015): ob. cit., p. 406.

⁴² RUIZ SÁENZ, Ángela (2013): ob. cit., p.799

⁴³ MONJE, Óscar; GUTIÉRREZ, Ainhoa; CREMADES, Nieves (2008): “Artículo 11. Crioconservación de gametos y preembriones”, *Comentarios científico-jurídicos a Ley 14/2006. de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, pp.167-187.

No obstante, los datos reflejan que poco más de un tercio de las parejas acude a renovar dicho consentimiento, lo que permite constatar esa situación de desvinculación, cuando no de olvido⁴⁴. De entre las opciones previstas por el legislador, la destrucción embrionaria, contemplada como la última opción y en un contexto muy delimitado, se convierte, paradójicamente, en el destino más usual de los embriones ante la escasa utilización del resto de alternativas legales⁴⁵.

De acuerdo con el artículo 11.4 LTRHA los propietarios de los preembriones crioconservados podrán acceder al apartado d) de dicho artículo, es decir, la destrucción de estos, cuando la mujer termine su edad fértil. No se ha determinado una edad determinada, pero las clínicas suelen señalar los cincuenta años. Otra opción que hay es omitir la renovación del consentimiento, provocando así que los preembriones queden abandonados, con opciones de que la clínica proceda a destruirlos, en vez de cederlos con fines reproductivos⁴⁶.

4. CAPACIDAD PARA CONTRATAR Y DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

4.1. Capacidad para contratar

4.1.1. La mayoría de edad

La LTRHA plantea una serie de requisitos que deben de cumplir las usuarias para poder acceder a las técnicas de reproducción humana asistida, que, por tanto, son también requisitos para contar con la capacidad para contratar. Dichos requisitos son la mayoría de edad y la plena capacidad de obrar, regulados en el artículo 6.1 LTRHA.

⁴⁴ REGUERA CABEZAS, Marta, CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín (2021): “Deseados pero abandonados: el incierto destino de los embriones criopreservados”, *Revista Bioética y Derecho*, nº 53, p. 146. Disponible en:

<https://doi.org/10.1344/rbd2021.53.36977>

⁴⁵ REGUERA CABEZAS, Marta, CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín (2021): ob. cit., p. 153.

⁴⁶ FERNÁNDEZ ECHEGARAY, Laura (2022): ob. cit., p. 2782.

En cuanto a la edad, se exige que la mujer usuaria de las técnicas de reproducción asistida tiene que ser mayor de edad, es decir, que haya cumplido 18 años y tenga plena capacidad de obrar. Con la mayoría de edad se adquiere la plena independencia jurídica al no estar sometido a ninguna potestad ajena, pudiendo realizar todos los actos de la vida civil⁴⁷. Se fija en 18 años al considerar que toda persona al alcanzar la mayoría de edad tiene suficiente madurez mental para saber la trascendencia de sus actos.

La Ley establece la edad a partir de la cual las mujeres pueden acceder a los procesos de reproducción asistida, pero no establece la edad límite para someterse a dichas técnicas. En este caso existe cierta discrecionalidad, en la que el equipo médico es el encargado de decidir esta cuestión, si la mujer por tener una determinada edad queda fuera del acceso a estas técnicas. En la actualidad los centros de reproducción asistida suelen fijar los 50 años⁴⁸ como edad máxima para que una mujer pueda acceder a las técnicas.

4.1.2. Capacidad de obrar

La legislación española exige que la mujer usuaria de las técnicas posea plena capacidad de obrar, respecto a esta, cabe la posibilidad de establecer limitaciones por la existencia de enfermedades físicas o mentales que impidan a la persona gobernarse por sí misma, y como consecuencia un juez declare su incapacitación (hoy capacidad judicialmente modificada)⁴⁹.

Por lo tanto, conviene determinar cómo la discapacidad de la mujer puede incidir en la posibilidad de que esta sea usuaria de las técnicas. Hay que tener en cuenta que

⁴⁷ MEROÑO SERNA, Encarna (2012): “Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida: Limitaciones para su Práctica”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 26, p. 287.

⁴⁸ GERMÁN ZURRIARÁIN, Roberto (2011): “Técnicas de Reproducción Humana Asistida: Determinación Legal de la Filiación y Usuarias en el Derecho Comparado”, *Cuadernos de Bioética*, nº2, p. 208.

⁴⁹ MEROÑO SERNA, Encarna (2012): ob. cit., p. 297.

nos podemos encontrar con diferentes discapacidades, tanto psíquicas, como físicas que pueden generar diferentes anomalías.

En todo caso, todas estas disfunciones no podrían afectar a la mujer hasta tal punto, como se ha mencionado anteriormente, que no pueda gobernarse por sí misma, lo que daría lugar a una incapacitación judicial, y para poder llevar a cabo las técnicas de reproducción asistida es necesario otorgar el consentimiento informado⁵⁰. Por lo tanto, dicha mujer no podría otorgar el consentimiento necesario y además tampoco está previsto que se pueda dar a través de su representante⁵¹.

4.2. Determinación de la filiación

4.2.1. Fecundación inter vivos

Respecto a las relaciones paterno-materno filiales en la reproducción humana asistida la LTRHA establece en el artículo 7: *“la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, a salvo las especificaciones contenidas en los tres siguientes artículos”*. Estos artículos son el 8, 9 y 10 que regulan, respectivamente, la fecundación con contribución de donante o donantes, la fecundación *post mortem* y la gestación por sustitución⁵².

Teniendo esto en cuenta, en los casos de fecundación asistida heteróloga, con contribución de donante o donantes, el hijo nacido mediante dicha técnica, tendrá la filiación legal de la mujer progenitora y del marido cuando hayan prestado su consentimiento, no pudiendo impugnar la filiación determinada ni la mujer ni el marido⁵³.

⁵⁰ BERROCAL LANZAROT, Ana I. (2007): ob. cit., p. 65.

⁵¹ PLANA ARNALDOS, M^a Carmen (2015): ob. cit., p. 402.

⁵² BENITO GARCÍA, Alejandro (2016). *El establecimiento de la filiación en las técnicas de reproducción humana asistida [Trabajo fin de grado, Universidad de Zaragoza]* Disponible en: <https://zaguan.unizar.es/record/57348/files/TAZ-TFG-2016-1179.p>

⁵³ BERROCAL LANZAROT, Ana I. (2007): ob. cit., p. 53.

Por lo tanto, el consentimiento prestado por el marido, que tiene que ser formal, previo y expreso, para la práctica en la mujer de una determinada fecundación artificial no atribuye la paternidad, pero sí es determinante para la filiación del hijo⁵⁴.

Cuando el marido no vaya a prestar su consentimiento para el acceso a las técnicas o el consentimiento no cumpla con los requisitos legales, el menor que pueda nacer sería considerado hijo por la presunción de paternidad matrimonial (artículo 116 CC). Sin embargo, posteriormente el marido podrá impugnar la paternidad, impugnando que no es el padre biológico y por otro lado, porque no consiente la fecundación⁵⁵.

En la fecundación homóloga, la realizada con semen del marido, se considera como hijo del marido y podrá ser inscrito como tal en el Registro, si la realización de las técnicas ha sido consentida por él de acuerdo con la presunción de paternidad del artículo 116 del CC. Si no hay consentimiento previo por parte del marido, podrá impugnar la paternidad fundamentado la falta de consentimiento para la realización de las técnicas.

4.2.2. Fecundación *post mortem*

Seguidamente, el artículo 9 LTRHA prevé la denominada fecundación *post mortem*. El legislador en estos casos permite atribuir la paternidad al marido o conviviente con la madre si antes del fallecimiento se encontraba el material reproductor ya implantado en el útero, o cuando el varón hubiera prestado su consentimiento formal para utilizar su material genético en un plazo máximo de 12 meses después de su fallecimiento. Además se considera que el varón ha prestado su consentimiento cuando antes de fallecer se hubiese iniciado un proceso de transferencia de preembriones⁵⁶.

Para poder determinar la filiación del hijo a favor del marido fallecido es necesario que se cumpla con una serie de requisitos.

⁵⁴ GERMÁN ZURRIARÁIN, Roberto (2011): ob. cit., p. 210.

⁵⁵ BENITO GARCÍA, Alejandro (2016). ob. cit., p. 9.

⁵⁶ BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles (2010): “Reproducción Asistida y Determinación de la Filiación”, *Redur*, nº8, p. 31.

El primero de ellos es el consentimiento del marido, este consentimiento ha de ser personalísimo⁵⁷, es decir, no puede prestarse a través de un representante legal y se deberá identificar la mujer que va a ser fecundada. Destaca el carácter expreso del consentimiento, con la excepción del artículo 9.2, no puede deducirse que el marido sí haya consentido en vida que su mujer se someta a dichas técnicas⁵⁸, se necesita un consentimiento específico⁵⁹. Además, el consentimiento tiene que ser formal, debiéndose prestar en las formas establecidas en el artículo 9.2: *“No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas”*. Por último, el consentimiento que se haya prestado será revocable, así lo establece el artículo 9.2: *“El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas”*.

El otro de los requisitos es el plazo de los 12 meses desde el fallecimiento hasta la fecundación. Por lo tanto, si se han cumplido estos requisitos la mujer del fallecido podrá ser inseminada, con el material reproductor del marido, dando a luz un hijo cuya filiación se determinará a favor de la mujer sometida a dichas técnicas, y a favor del marido fallecido que había aportado previamente su material reproductor⁶⁰.

5. ESPECIAL REFERENCIA AL CONTRATO DE GESTIÓN SUBROGADA

5.1. Concepto de la gestación subrogada y sus clases

Antes de iniciar el estudio de la parte contractual de la gestación subrogada es necesario matizar qué se entiende por gestación subrogada. Esta consiste en una técnica de reproducción asistida por la que una mujer accede a gestar el hijo de otra

⁵⁷ Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 3 de noviembre de 2000.

⁵⁸ MUÑOZ BENITO, Lucía (2016): “La Filiación derivada de Técnicas de Reproducción Asistida”, *Redur*, nº 14, pp. 239-240.

⁵⁹ Auto del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid, de 12 de diciembre de 2007.

⁶⁰ MUÑOZ BENITO, Lucía (2016): ob. cit., p. 240.

persona o pareja, a cambio de una contraprestación o con carácter altruista. Renunciando la mujer gestante su derecho a la maternidad después del embarazo ⁶¹. Es decir, la gestación subrogada se da cuando una mujer se presta a gestar un niño, con un acuerdo previo, con el fin de entregarlo después del nacimiento a la persona o pareja que se lo han encargado y que van a asumir su paternidad o maternidad ⁶².

Debemos señalar las diferentes clases que existen dentro de la gestación subrogada. Por un lado, tenemos a la denominada *maternidad subrogada tradicional*, en este caso la mujer gestante es inseminada con el material reproductor del futuro padre, aportando esta su útero y óvulos, siendo madre biológica como gestante. Y por otro lado, nos encontramos con la *maternidad subrogada gestacional*, la mujer contratada únicamente aportará su útero para poder gestar al bebe, sin aportar sus óvulos, como se da en la maternidad subrogada tradicional ⁶³.

Los contratos de gestación subrogada aparecen regulados en el artículo 10 de la LTRHA, establece que:

- “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*
- 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*
- 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.*

El apartado 1 de dicho precepto. será objeto de estudio posteriormente, respecto al apartado 2, relacionado con la filiación del hijo nacido, haremos un breve análisis.

Del artículo 10.2 LTRHA deducimos que la maternidad se resuelve por la gestación y parto, aunque exista un contrato por el cual la mujer gestante renuncie a sus derechos

⁶¹ REPRODUCCIÓN ASISTIDA ORG (2019): “La Gestación Subrogada”, Disponible en: <https://www.reproduccionasistida.org/gestacion-subrogada/>

⁶² ORTEGA LOZANO, Ramón (2018): “Gestación Subrogada: Aspectos Éticos”, *Dilemata*, nº 28, p. 63.

⁶³ BARÓN RUIZ-COELLO, Natalia (2015): ob. cit., p. 13.

sobre el hijo. Pese a la prohibición de la maternidad subrogada, obtienen la filiación y la nacionalidad los hijos de padre o madre que aporten el material biológico. Se mantendrá la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico⁶⁴. Derivado de la nulidad de los contratos de gestación subrogada, la filiación se regula por las condiciones generales establecidas entre los artículo 108 a 141 CC, tanto la filiación materna como paterna.

5.2. Dimensión contractual de la gestación subrogada

En primer lugar, hay que analizar si el acuerdo por el cual se lleva a cabo la gestación subrogada se puede incluir dentro del concepto de contrato. La concepción amplia del contrato lo determina como un documento dirigido a crear, modificar y/o extinguir derechos y obligaciones⁶⁵. Por ello, no hay duda de que podemos considerar el acuerdo de gestación subrogada como un pacto de naturaleza contractual.

Este tipo de contratos presentan diversas posibilidades, pudiendo ser oneroso o gratuito, pero hay que tener en cuenta de que no podrá producir ningún efecto, ya que se está hablando del cuerpo humano, el cual se encuentra fuera del comercio de los hombres, como establece el artículo 1.271 CC. Este tipo de contratos se oponen al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, al recaer sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, siendo objeto de comercio una función de la madre, la cual no puede ser objeto de tráfico⁶⁶.

Al considerar la gestación subrogada como un contrato, debemos tener en cuenta a las partes contratantes. Pueden intervenir diversidad de sujetos en la gestación subrogada, pero si bien es cierto que las partes contrates son dos principalmente, la mujer gestante y el/los futuros padres.

⁶⁴ BALLESTER COLOMER, Concha (2018): “La Filiación y la Gestación Subrogada”. Disponible en: <https://www.icatarragona.com/userfiles/files/Filiaci%C3%B3n%20y%20maternidad%20subrogada%20en%20Espa%C3%B1a%20mayo%202022.pdf>

⁶⁵ BUSTOS FARIAS, Eduardo: “Introducción a los Contratos”. Disponible en: https://www.angelfire.com/ak6/derecho_computacion/2_introduccion_contratos.pdf

⁶⁶ DE VERDA Y BEAMONTE, José R. (2017): “La Filiación de las Técnicas de Reproducción Asistida en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 8, p.23.

La mujer gestante tiene una triple obligación. Por un lado, la tiene la obligación de gestar a hijo, es decir, tiene una obligación de hacer. También tendrá una obligación de dar, cuando acabe la gestación esta deberá entregar al hijo a los futuros padres. Y por último, no podrá reconocer la filiación del hijo gestado, una obligación de no hacer⁶⁷. La mujer gestante asumirá la obligación pactada, como todas las consecuencias derivadas del contrato, por lo que debe de poseer la capacidad para obligarse y el consentimiento necesario para la perfección del contrato⁶⁸.

La otra de las partes contratantes son los futuros padres o también denominados padres de intención. Estos son aquellos individuos que establecen un contrato con la portadora gestacional y quienes planean ser los padres legales y sociales⁶⁹. Hay que tener en cuenta que en este tipo de contratos nace un nuevo sujeto, el hijo que gesta la mujer, sin embargo, el hijo gestado no será parte en el contrato, al ser el objeto del mismo y necesario para su perfección⁷⁰.

En España el artículo 10.1 LTRA de 2006 establece que “*será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*” Por lo tanto, se considera nulo de pleno derecho todo contrato que regule un caso de gestación subrogada, ya sea a cambio de un precio o se lleve a cabo por la mujer gestante de manera altruista. Aunque nuestro ordenamiento considere nulos de pleno derecho este tipo de contratos, en ningún momento menciona que se establezca algún tipo de sanción para las partes que intervengan en estos⁷¹.

⁶⁷ CASTILLO FREYRE, Mario (2014): “Sobre las Obligaciones y su clasificación”, *THEMIS, Revista de Derecho*, nº 66, p. 212.

⁶⁸ SANTANDREU RIBERA, Rafael (2023): “*La Gestación Subrogada: análisis de su prohibición en España y relación con el Derecho Comparado*”, [Trabajo de Fin de Grado, Universidad de Madrid]. Disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/70497/TFG%20-%20Santandreu%20Ribera%2c%20Rafel.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

⁶⁹ KARCHMER, Samuel; KABLY AMBE, Alberto (2019): “Reproducción Asistida”, *Acta Médica Grupo Ángeles*, nº 17, p. 63.

⁷⁰ SANTANDREU RIBERA, Rafael (2023): ob. cit., p. 10.

⁷¹ BARÓN RUIZ-COELLO, NATALIA (2015): ob. cit., p. 14.

Como se ha explicado anteriormente, la principal consecuencia jurídica de los contratos de gestación subrogada es su nulidad de pleno derecho, lo que a su vez tendrá consecuencias. El artículo 1.303 CC establece la principal consecuencia de la declaración de nulidad de un contrato, al indicar que los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes. Por ello, en los casos de gestación subrogada si los futuros padres han pagado un precio a la mujer para que gesticione al hijo éste deberá restituirse⁷².

La otra consecuencia que se deriva de la nulidad es que los actos jurídicos dejan de tener efectos jurídicos, y no es necesario que una sentencia lo declare, es decir, no es necesario que un juez declare la ineficacia de un contrato de gestación subrogada, al ser ineficaz por sí solo⁷³.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre este tipo de contratos en diferentes casos, por ejemplo, la STS 277/2022, de 31 de marzo de 2022, reafirmó la nulidad de los contratos de gestación subrogada, argumentando que vulneran los derechos fundamentales de la madre, mujer gestante, y del niño gestado, en este caso, el Alto Tribunal estableció que la filiación del menor, para así priorizando el interés del menor, debe establecerse mediante adopción. También menciona que la pretensión de reconocer la filiación determinada por una autoridad extranjera como consecuencia de un contrato de gestación subrogada es contraria al orden público español, considerando que vulnera los derechos fundamentales reconocidos en nuestra constitución.

Por otra parte, la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014, argumenta que la filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es consecuencia directa de un contrato de gestación subrogada. Por otro lado, menciona que la ley no solo se limita a determinar la nulidad de pleno derecho de este tipo de contratos, también prevé el régimen de la

⁷² SANTANDREU RIBERA, Rafael (2023): ob. cit., p. 25.

⁷³ SANTANDREU RIBERA, Rafael (2023): ob. cit., p. 25.

filiación de un hijo nacido a través de estos contratos, estableciendo que la filiación materna quedará determinada por el parto.

En ambas sentencias podemos ver que para el Tribunal Supremo este tipo de contratos suponen un daño para el interés del menor y una explotación de la mujer gestante, vulnerando, a ambos, sus derechos fundamentales y por lo tanto, contrarios a nuestro orden público.

Esta línea ha sido confirmada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Humanos. En efecto en la Sentencia de 24 enero de 2017 dictada en el caso Paradiso y Campanelli contra Italia, la Gran Sala revoca la sentencia de instancia, declarando que Italia no violó el artículo 8 CEDH, habida cuenta de la ausencia de vínculo biológico entre el niño y los padres comitentes, de la corta duración de la relación con el niño y de la incertidumbre de los vínculos jurídicos entre ellos, a pesar de la existencia de un proyecto parental y la calidad de los lazos afectivos⁷⁴. Este pronunciamiento rompe no solo con el planteamiento de la primera instancia, sino también con la doctrina previa sentada en los casos Menneson y Labassee contra Francia (resueltos en dos sentencias de 26 junio de 2014), si bien es cierto que en estos casos la subrogación era diferente, al aportar el padre intencional el material seminal⁷⁵. Esta reciente sentencia refuerza la imperiosa necesidad de una mínima armonización internacional relativa al reconocimiento de la filiación en los casos de maternidad subrogada en el extranjero⁷⁶.

⁷⁴ CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín (2017): “La creciente ampliación del margen de apreciación nacional en el acceso a las técnicas de reproducción asistida: análisis crítico y bases para su reducción”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 35, I, 2017, p. 61. Disponible en: <https://doi.org/10.15366/rjuam2017.35.001>

⁷⁵ CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín (2017): ob. cit., p. 62.

⁷⁶ CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. (2019): “The Widening of the National Margin of Appreciation Allowed by the Strasbourg Court: A Backward Step for Reproductive Rights in Europe?”, *The Role of Courts in Contemporary Legal Orders*, Eleven International Publishing, The Hague, p. 408. CAYÓN DE LAS CUEVAS, J (2022): “European health law and human rights at the crossroads: exploring tensions between harmonisation and heterogeneity”, *Health law and policy from East to West: Analytical perspectives and comparative case studies*; Thomson Reuters, p. 69.

6. CONCLUSIONES

La contratación de servicios de medicina reproductiva plantea un complejo equilibrio entre el desarrollo científico, la autonomía de las personas y los límites normativos establecidos por el ordenamiento jurídico. A lo largo de este estudio se ha podido constatar cómo la legislación española ha ido evolucionando para regular el acceso a las técnicas de reproducción asistida, estableciendo un marco normativo que garantiza tanto los derechos de los usuarios como la seguridad jurídica de los procedimientos.

Uno de los aspectos más relevantes en este ámbito es la autonomía de la voluntad de los participantes. Aunque el derecho a la reproducción es un principio reconocido, su ejercicio está condicionado por restricciones legales, especialmente en lo relativo al consentimiento informado, la confidencialidad y la limitación de ciertos contratos. La regulación de los contratos de donación de gametos y crioconservación evidencia la tensión entre el principio de libertad contractual y la protección del interés general, imponiendo límites claros a la capacidad de negociación entre las partes.

En lo que respecta a la filiación de los hijos nacidos mediante reproducción asistida, el marco jurídico español ha establecido mecanismos específicos para garantizar la seguridad de los menores y evitar disputas legales. La atribución de la filiación en casos de reproducción asistida heteróloga, la regulación de la fecundación *post mortem* y la imposibilidad de impugnar la paternidad por parte del progenitor legal demuestran la prioridad del legislador por dotar de estabilidad a estas relaciones jurídicas.

Sin embargo, uno de los puntos más controvertidos dentro del ámbito de la medicina reproductiva es la gestación subrogada. España mantiene una postura restrictiva en esta materia, considerando los contratos de gestación por sustitución nulos de pleno derecho. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reforzado esta prohibición, argumentando que tales acuerdos vulneran derechos fundamentales y son contrarios al orden público. No obstante, el creciente número de casos de ciudadanos españoles

que recurren a la gestación subrogada en el extranjero plantea interrogantes sobre la posible necesidad de una revisión legislativa en el futuro.

En definitiva, la normativa española sobre la contratación de servicios de reproducción asistida busca garantizar un equilibrio entre el avance de la biotecnología y la protección de los derechos de todas las partes implicadas. Si bien el marco legal actual proporciona seguridad jurídica en muchos aspectos, la evolución de la sociedad y los avances científicos podrían requerir futuras modificaciones normativas para responder a nuevos desafíos en este ámbito.

7. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ, Juan G.; DÍEZ SOTO, Carlos Manuel (2008): “Artículo 5. Donantes y contratos de donación”, *Comentarios científico-jurídicos a Ley 14/2006. de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, pp. 83-97.

BALLESTER COLOMER, Concha (2018): “La Filiación y la Gestación Subrogada”. Disponible en:

<https://www.icatarragona.com/userfiles/files/Filiaci%C3%B3n%20y%20maternidad%20subrogada%20en%20Espa%C3%B1a%20mayo%202022.pdf>

BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles (2010): “Reproducción Asistida y Determinación de la Filiación”, *Redur*, nº 8, pp. 25-37.

BARÓN RUIZ-COELLO, Natalia (2015): “Régimen Jurídico de la Gestación por Sustitución o Maternidad Subrogada”, [Trabajo de fin de grado, Universidad de Almería]. Disponible en:

https://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/3477/757_REGIMEN%20JURIDICO%20MATERNIDAD%20SUBROGADA%20O%20GESTACION%20POR%20SUSUTUCION.pdf?sequence=1&isAllowed=y

BENITO GARCÍA, Alejandro (2016): *El establecimiento de la filiación en las técnicas de reproducción humana asistida* [Trabajo fin de grado, Universidad de Zaragoza] Disponible en: <https://zaquan.unizar.es/record/57348/files/TAZ-TFG-2016-1179.pdf>

BERROCAL LANZAROT, Ana I. (2007): “Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Una primera aproximación a su contenido”, *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, pp. 40-70.

BUSTOS FARÍAS, Eduardo: “Introducción a los Contratos”. Disponible en: https://www.angelfire.com/ak6/derecho_computacion/2_introduccion_contratos.pdf

CASTILLO FREYRE, Mario (2014): “Sobre las Obligaciones y su clasificación”, *THEMIS, Revista de Derecho*, nº 66, pp. 209-220.

CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín (2017): *La prestación de servicios sanitarios como relación jurídica de consumo*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2017.

CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín (2017): “La creciente ampliación del margen de apreciación nacional en el acceso a las técnicas de reproducción asistida: análisis crítico y bases para su reducción”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 35, I, 2017, pp. 45-72. Disponible en: <https://doi.org/10.15366/rjuam2017.35.001>

CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. (2020): “La configuración de los derechos reproductivos como derechos humanos: universalidad versus dimensión nacional”, *Temas de vanguardia en derecho sanitario en Iberoamérica*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2020, pp. 45-70.

CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. (2019): “The Widening of the National Margin of Appreciation Allowed by the Strasbourg Court: A Backward Step for Reproductive Rights in Europe?”, *The Role of Courts in Contemporary Legal Orders*, Eleven International Publishing, The Hague, pp. 397-412.

CAYÓN DE LAS CUEVAS, J (2022): “European health law and human rights at the crossroads: exploring tensions between harmonisation and heterogeneity”, *Health law and policy from East to West: Analytical perspectives and comparative case studies*; Thomson Reuters, pp. 55-84.

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2019): “Informe del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos”, pp. 1-54. Disponible en: https://abimad.org/wp-content/uploads/2020/02/CBE_FIV_NoAnonimato.pdf

DE VERDA Y BEAMONTE, José R. (2017): “La Filiación de las Técnicas de Reproducción Asistida en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 8, pp. 11-31.

DÍAZ MARTÍNEZ, Ana (2024): *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España*, Dykinson, Madrid, pp. 67-102.

FERNÁNDEZ MUÑIZ, Pablo Ignacio (2018): “Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos?”, *Dilemata*, nº 26, pp. 27-37.

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, Laura (2022): “Los contratos en materia de reproducción humana asistida: especial tratamiento de la autonomía de la voluntad en las donaciones de gametos y en el destino de los embriones crioconservados”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº16, pp. 262-287.

GERMÁN ZURRIARÁIN, Roberto (2011): *Técnicas de Reproducción Humana Asistida: Determinación Legal de la Filiación y Usuarias en el Derecho Comparado*, Cuadernos de Bioética , nº 2, pp. 201-214.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz (1993): “La fecundación in vitro y la filiación”, Editorial Jurídica de Chile, Chile, pp. 15-17.

IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia (2016): “La donación anónima de gametos para reproducción humana asistida en España: problemas y retos”, *Bioética y Derecho*, nº 38, pp. 71-86.

KARCHMER, Samuel; KABLY AMBE, Alberto (2019): “Reproducción Asistida”, *Acta Médica Grupo Ángeles*, nº 17, pp. 62-66.

LLEDÓ YAGÜE, Francisco; OCHOA MARIETA, Carmen (2007): *Comentarios científico-jurídicos a la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, Ley 14/2006, de 26 de mayo* Dykinson, Madrid, pp. 27-40.

MEDLINEPLUS (2024): “Fecundación In Vitro”. Disponible en: <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/007279.htm>

MEROÑO SERNA, Encarna (2012): “Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida: Limitaciones para su Práctica”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 26, pp. 273-307.

MONJE, Óscar; GUTIÉRREZ, Ainhoa; CREMADES, Nieves (2008): “Artículo 11. Crioconservación de gametos y preembriones”, *Comentarios científico-jurídicos a Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, pp. 167-187.

MUÑOZ BENITO, Lucía (2016): “La Filiación derivada de Técnicas de Reproducción Asistida”, *Redur*, nº 14, pp. 219-256.

ORTEGA LOZANO, Ramón (2018): “Gestación Subrogada: Aspectos Éticos”, *Dilema*, nº 28, pp. 63-74.

PLANA ARNALDOS, M^a Carmen (2015): “Régimen Jurídico de la Crioconservación de Gametos y Preembriones en la Ley Española de Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, *Los primeros años de vida importan*, pp. 390-407.

RAMOS RAMOS, Alfredo (2008): “Consentimiento bajo información y reproducción asistida”, *Conamed*, nº 13, pp. 29-34.

REPRODUCCIÓN ASISTIDA ORG (2019): “La Gestación Subrogada”. Disponible en: <https://www.reproduccionasistida.org/gestacion-subrogada/>

REGUERA CABEZAS, Marta, CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín (2021): “Deseados pero abandonados: el incierto destino de los embriones criopreservados”, *Revista Bioética y Derecho*, nº 53, pp. 139-157. Disponible en: <https://doi.org/10.1344/rbd2021.53.36977>

RUIZ SÁENZ, Ángela (2013): “El contrato de donación de gametos y preembriones en la legislación española sobre técnicas de reproducción humana asistida”, *Cuadernos Iberoamericanos de Derecho Sanitario*, nº 2, pp. 786-801.

SANTANDREU RIBERA, Rafael (2023): “La Gestación Subrogada: análisis de su prohibición en España y relación con el Derecho Comparado”. [Trabajo de Fin de Grado, Universidad de Madrid]. Disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/70497/TFG%20-%20Santandreu%20Ribera%2c%20Rafel.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

VIDAL MARTÍNEZ, Jaime (2019): “Acerca de la regulación jurídica de las técnicas de reproducción humana asistida”, *Actualidad Jurídica iberoamericana*, nº 10 bis, pp. 478-513. Disponible en: <https://idibe.org/wp-content/uploads/2019/08/478-513.pdf>

ZAMORA VÁZQUEZ, Ana F. (2020): “El consentimiento informado en las Técnicas de Reproducción Asistida. Respeto a la dignidad humana, autonomía de la voluntad y confidencialidad”, *Revista Jurídica Derecho*, vol. 9, nº 12, pp. 17-46. Disponible en: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102020000100007