

Gestación por sustitución en España y turismo reproductivo

por Almacen de derecho | Jul 22, 2019 | Derecho Civil, Derecho Internacional, Legislación, Sentencias | 0 Comentarios



Por Pilar Jiménez Blanco

El contexto: la ambigüedad del Derecho español

La determinación de la filiación materna era, hasta hace un tiempo, prácticamente incontrovertida, tal y como refleja el aforismo como *mater semper certa est*. Precisamente con la problemática de la gestación por sustitución se ha planteado un nuevo debate en orden a la determinación de quién es la madre, considerando que la finalidad de la figura radica en una **renuncia anticipada de la maternidad en favor del padre/madre comitente o intencional**. El Derecho español está manteniendo, en este punto, una contradicción interna. Por una parte, el **art. 10.2 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA)** establece la **nulidad del contrato de gestación**: es nula la renuncia anticipada de la madre comitente y la filiación se

Política de cookies

determina siempre por parto. Las dificultades surgen en torno a su aplicación a situaciones privadas internacionales y es aquí donde surge un doble lenguaje. Por otra parte, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) de 5 de octubre 2010 ampara, con condiciones, la inscripción en el registro de hijos nacidos en el extranjero mediante estas técnicas. Finalmente, el Tribunal Supremo, mediante Sentencia de 6 de febrero de 2014, aplicó **el criterio del orden público** para rechazar la eficacia en España de una filiación determinada por esta vía en otro Estado, pero sin que se haya derogado la citada Instrucción.

El **Registro Civil** se ha guiado por la Instrucción de 2010, que ha actuado como verdadero marco regulador de la institución en España, marginando la citada prohibición de la LTRHA. El voluntarismo de la DGRN hacia la admisión de la eficacia de los contratos de gestación por sustitución concluidos en el extranjero ha sido clara, de modo que su única finalidad era establecer los requisitos de “cómo” podía procederse a la inscripción de esta filiación. El requisito esencial era presentar una resolución judicial dictada por los tribunales del Estado de origen en la que se verificara la validez del contrato en dicho Estado y tratar de evitar, con unas garantías mínimas, el encubrimiento de un tráfico internacional de niños. Ahora bien, esta Instrucción no solo ha carecido de soporte normativo sino que además tiene, como decimos, implícito un voluntarismo pro-gestación por sustitución como muestra el hecho de que, entre las condiciones impuestas por la Instrucción, no figure ningún tipo de control de legalidad: **no hay control orden público ni de fraude de ley**, dando cobertura al turismo gestacional. Resultado de todo ello, ha sido posibilitar el acceso al Registro civil de maternidades subrogadas de EEUU, rechazando otras, como lo que ocurría con las procedentes de la India, por carecer de resolución judicial en origen.

El **Tribunal Supremo**, por su parte, **sustentó en 2014** el rechazo a la inscripción de la filiación obtenida por maternidad subrogada en el control del orden público internacional, aplicado de una forma “preventiva”, más allá del caso concreto planteado. La dispersión argumental y la poca consistencia a la hora de justificar el control del orden público **en algún valor constitucional** implican que, finalmente **una prohibición de mera legalidad, como es el citado art. 10 LTRHA, sea elevada a la categoría de orden público.**

Los distintos enfoques, éticos y filosóficos, y los términos del debate en torno a la gestación por sustitución tienen un alcance diverso en función del momento en el que se proyecten: **ex ante**, en un plano abstracto y como criterio inspirador de una determinada política legislativa; o **ex post**, cuando debe decidirse la aplicación de una norma “prohibitiva” en el caso concreto y sobre niños ya nacidos. En esta segunda situación, los contratos de gestación por sustitución van a desplegar efectos en España, en los términos que se indicarán en los siguientes apartados.

Supuestos con vinculación biológica con alguno de los comitentes

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en torno al derecho a la vida privada y familiar del **art. 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)**, ofrece dos grupos de supuestos en los que **debe darse eficacia a las filiaciones es**

de gestación por sustitución constituidas en otros países. El primer grupo, con fundamento en la **vida privada**, está conformado por aquellos casos en los que **existe una vinculación biológica con alguno de los padres intencionales** y se sustenta en los asuntos *Labassee* y *Menesson* (STEDH, Sección 5ª, de 26 de junio de 2014). Siendo así, el Estado de acogida debe permitir el establecimiento de la filiación biológica de ese progenitor, lo que, indirectamente, otorga eficacia al contrato utilizado para la gestación. El Derecho español permite que el padre biológico pueda reclamar la paternidad en todo caso (art. 10.3 LTRHA) y, por tanto, sobre esta base se confirmó la compatibilidad de la **Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014** con la jurisprudencia del TEDH (**Auto TS de 2 de febrero de 2015**).

En relación con la práctica registral española, pueden suscitarse dudas sobre las posibilidades de inscripción en el Registro civil de esta filiación **cuando no exista sentencia en el Estado de origen** que valide el contrato de gestación (en los términos exigidos por la Instrucción de 2010) y, sin embargo, **quede acreditada la vinculación biológica** con el comitente mediante una **prueba de ADN**. En este contexto, la DRGN dictó una Instrucción el 14 de febrero de 2019 (revocada cuatro días después) que dejaba abierta la posibilidad a que esa prueba se realizara directamente ante las autoridades consulares, lo que permitía documentar al niño en origen y facilitar el traslado con el padre intencional a España. Con ello, se evitaba la imagen de familias españolas “atrapadas” en el Estado de origen, causa antecedente e inmediata de esta Instrucción a la vista de la situación vivida en Ucrania. Sin embargo, la posterior **Instrucción de 18 de febrero de 2019** cierra la posibilidad a que la acreditación del vínculo biológico pueda cumplimentarse ante la autoridad consular, **obligando a que la prueba se practique en España o se inste el correspondiente procedimiento judicial de filiación**. Esta exigencia puede retrasar el proceso y generar dificultades de toda índole para las familias intencionales. Primero, debe lograrse el pasaporte del menor del Estado de origen, lo que puede no ser factible si dicho Estado no lo reconoce como nacional suyo; mayores dificultades aparecerían si no se consigue documentar al recién nacido, siquiera provisionalmente, con un título de viaje español, tal y como ya ha ocurrido en la práctica judicial española. Segundo, si la prueba biológica fracasara, el menor tendría que volver al Estado de origen, lo que genera un viaje de ida y vuelta que habría que tratar de evitar.

Queda también pendiente la solución del establecimiento de la filiación si la **comitente es una mujer con vinculación genética con el niño**. Tal supuesto de reclamación de “maternidad” por la madre biológica no está reconocido como tal en el art. 10.3 LTRHA, dado que la maternidad se determina por el parto; sin embargo, **rechazar el reconocimiento de la filiación con la comitente incumpliría el criterio de protección de la vida privada establecido en el TEDH**. En efecto, los casos concretos de *Menesson* y *Labassee* el material genético se aportó exclusivamente por el padre intencional, pero cabe entender que el criterio fijado por el TEDH debería extenderse a todos los supuestos en los que exista un vínculo biológico del niño con los comitentes, al margen de que estos sean hombres o mujeres, aunque tal criterio no se haya aún establecido expresamente por el TEDH. La efímera Instrucción DGRN de 14 de febrero de 2019 también daba una respuesta a esta cuestión, a partir de una aplicación analógica del art. 10.3 de la LTRHA, equiparando el tratamiento de la filiación biológica paterna y materna de los padres intencionales. Dicha equiparación podría entenderse lógica pero **implica una interpretación contra legem del art. 10.2** de la misma Ley, que fija la maternidad en el parto.

Este dato fue obviado en la Instrucción de 14 de febrero, cuestión en este momento irrelevante por su revocación posterior.

Finalmente, también queda abierto el problema del **establecimiento de filiación a favor de la pareja del comitente** que no tenga vínculos biológicos. El reciente Dictamen consultivo del TEDH, de 10 de abril de 2019, ha dejado claro el establecimiento de la filiación al amparo del derecho a la vida privada del menor y que eso incluye la filiación también respecto a la pareja. Sin embargo, se deja a los Derechos nacionales determinar los cauces correspondientes aunque con el condicionante de que sean efectivos y rápidos, en aras de proteger el interés del menor. En la práctica española se ha acudido a la vía prevista en el art. 177 C.c., que requiere contar con el necesario asentimiento de la madre gestante y del comitente biológico a cuyo favor de inscribió la filiación. Se requeriría otro debate sobre si la firma de un contrato de gestación por sustitución puede suplir la necesidad de asentimiento a la adopción por parte del padre intencional. La práctica española reciente ha rechazado tal posibilidad porque no cabe entender alterado el régimen general de la adopción y su procedimiento. Con ello, queda en situación incierta el establecimiento de la filiación a favor de la pareja.

Supuestos de familia de hecho

El segundo grupo de casos, basado en la protección de la vida familiar del art. 8 CEDH, permitiría la eficacia de los contratos en aquellos casos en los que el menor **haya mantenido y consolidado, durante un período de tiempo, una relación con los padres intencionales**. Si se acredita una relación familiar de hecho, no cabría aplicar una normativa nacional que implicara separar al menor de quienes vienen asumiendo su cuidado, al margen del título jurídico existente entre ellos. Este fundamento se examinó en el asunto *Paradiso y Campanelli* (STEDH de 27 de enero de 2015), aunque se descartó finalmente en el caso concreto por la rápida separación del niño de los padres intencionales (apenas seis meses), que impidió que se entendiera consolidada una verdadera relación familiar.

En consecuencia, este planteamiento impediría invocar el derecho a la vida familiar para justificar la permanencia con los comitentes de niños recién nacidos en el extranjero. Sin embargo, sí justificaría la eficacia de esa filiación si la relación previa mantenida entre los padres intencionales y el “hijo” ha sido duradera y estable, como una especie de posesión de estado.

Supuestos derivados de la prevención de la apatridia

La existencia de los paraísos gestacionales puede plantear ya un problema inicial cuando el rechazo al reconocimiento de la filiación por parte del Estado de acogida implica la apatridia del recién nacido. Si, como ocurre en EEUU, el recién nacido adquiere la nacionalidad por *ius soli* no se daría una situación de apatridia, aunque sí se generarían obstáculos desde la perspectiva migratoria a la hora de documentar al niño para poder tra

La situación de apatridia aparecerá cuando el **Estado de origen tome el *ius sanguinis*** como criterio de atribución de la nacionalidad. La cuestión ha sido abordada en la práctica española, en la Sent. TSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso, Secc. 1ª) de 13 de marzo de 2017.

La base de la Sentencia fue un recurso contra la Resolución del Consulado General de España en Moscú, que denegó la solicitud de concesión de salvoconducto formulada para un recién nacido en el contexto de un contrato de gestación subrogada celebrado en Rusia por los recurrentes, de nacionalidad española, y la mujer gestante. La denegación se basó en la falta de prueba de parentesco y la imposibilidad de inscripción del nacimiento en el Registro civil consular al carecer de una resolución judicial de un tribunal ruso sobre la filiación del nacido y el consentimiento de la mujer. No se aprecia vulneración del derecho a la vida e intimidad familiar, ya que no existió vinculación biológica de los recurrentes con el menor. Sobre la circunstancia, alegada por los recurrentes, de que el niño carecía también de nacionalidad rusa, no se pronunció el tribunal español por no entrar dentro su competencia.

Si los padres intencionales logran la inscripción del niño en el Registro civil consular español en el Estado de origen, se atribuye automáticamente la nacionalidad española por la vía de la filiación, lo que permite la **documentación del menor como español** y la entrada en nuestro territorio. Una impugnación posterior de la filiación, no repercutiría en el mantenimiento de la nacionalidad española, evitándose incurrir en la apatridia prohibida por la normativa internacional. En consecuencia, el menor deberá seguir protegido como nacional español y resultará inviable su expulsión.

Si los comitentes no logran la inscripción del niño en el Registro civil consular español, entonces se produciría el efecto indeseado de que **el recién nacido sería apátrida** y quedaría en una clara situación de vulnerabilidad. Adicionalmente, y a menos que se arbitren vías alternativas, resultará imposible para los comitentes salir con el niño del país de origen, con la consecuencia de que quedan “atrapados” en el Estado de origen si quieren permanecer con el menor. En estas circunstancias, ni siquiera sería invocable la protección del derecho a la vida familiar del art. 8 CEDH para justificar el derecho a un visado respecto de un recién nacido (véase la **Sentencia TEDH de 8 de julio de 2014, asunto *D. and Others v. Belgium***). El caso analizado en la citada STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2017 es un ejemplo en ese sentido. Particularmente relevante ha sido la situación de varias familias españolas “atrapadas” en Ucrania al no realizarse ya la prueba de identificación biológica e impedir la entrada en España del nacido. Como se ha indicado, esta situación motivó la (frustrada) Instrucción DGRN de 14 de febrero de 2019.

En la práctica comparada se han ensayado diferentes mecanismos para paliar estas consecuencias perjudiciales para el interés del menor en el caso concreto. En algún caso, podría defenderse el establecimiento de un visado o autorización de residencia por razones humanitarias (asunto *Manji*). En la práctica suiza, se ha recomendado como salida a esta situación recurrir a la adopción; vía alternativa inadecuada, dado que utiliza esa institución, de resultado incierto, para un supuesto para el que no está ideada y, además, no evita una apatridia de duración indeterminada. En el Derecho francés, se ha habilitado la posibilidad de emitir un certificado de nacionalidad francesa a quien figure como hijo de un nacional francés en una certificación extranjera de estado civil, que reúna, conforme el **art. 47 del Code civil**, las condiciones para tener efecto probatorio en Francia. Como base para

de Estado francés ha invocado el derecho a la vida privada de los menores. Ello supone una separación entre nacionalidad y estado civil (filiación) que, en el fondo, también se estaría produciendo en la mencionada práctica española cuando se impugna la filiación.

Supuestos vinculados con el Estado de origen

El art. 10 LTRHA no debería tener un alcance universal ni por razones prácticas, dada la inviabilidad de afectar a relaciones constituidas y vinculadas a otros Estados; ni por razones teóricas, porque la voluntad de la norma es regular un determinado sistema de filiación solo en España. En el marco de las relaciones internacionales, lo determinante es identificar conductas fraudulentas que pretenden “huir” de la aplicación de normas imperativas de su propio país; en nuestro caso, del Derecho español. En los casos de turismo gestacional es identificable la “huida” del Derecho español si el contrato se realiza en el extranjero a pesar de la vinculación efectiva de los comitentes con nuestro territorio.

En primer lugar, parece claro que el art. 10 LTRHA debe aplicarse a los **niños nacidos en España**, que deberán inscribirse en el Registro civil español por el hecho mismo de su nacimiento en nuestro territorio. Si los comitentes también residen en España, la proximidad con nuestro territorio sería máxima y sería irrelevante que los comitentes o la mujer gestante fueran extranjeros. Más dudosa sería la situación si los padres intencionales tuvieran su residencia habitual en un Estado donde la gestación por sustitución es práctica legal y, de modo fortuito, se produjera aquí el nacimiento del niño porque la mujer gestante se encuentre ocasionalmente aquí.

El ejemplo sería el de unos comitentes, nacionales griegos y residentes en aquel país, que celebran un contrato de gestación con una mujer gestante residente en Grecia. Esta última viene a pasar unos días a España, donde, de manera imprevista, se produce el parto. Producido el nacimiento, y determinada la filiación, se procederá a su inscripción en el Registro civil español a través del propio centro sanitario tuvo lugar el parto.

La normativa registral también resultaría formalmente aplicable a este caso, pero la vinculación real con nuestro territorio sería accidental. A ello habría que añadir las dificultades derivadas de inscripciones contradictorias, que vulneren el derecho a la identidad única, en el ámbito de la UE. Aplicando el criterio *Grunkin Paul* (STJCE de 14 de octubre de 2008, asunto C-353/06), solo las inscripciones registrales realizadas por el Estado UE de la residencia deberían ser reconocidas y admitidas en el resto de los registros de Estados UE. A la inversa, una inscripción en el Registro civil español de la filiación a favor de la mujer gestante, careciendo el niño de residencia en España, no tendría por qué ser reconocida en otro Estado UE.

En segundo lugar, están los supuestos de **niños nacidos en un Estado donde es legal la práctica de los contratos de gestación**. En estos casos, la valoración en términos de orden público depende esencialmente del grado de vinculación que tengan los comitentes con ese Estado de origen en el momento del nacimiento del niño. Por ejemplo, existiría una clara conexión con el Estado de origen si nacionales españoles, residentes en California, **contratan una mujer gestante**. El nacimiento del niño accederá al Registro civil consular en

niños adquieren la nacionalidad española por la filiación establecida a favor de un español. En este contexto, la conexión relevante es la residencia habitual de los comitentes en el momento del nacimiento del niño. Si dicha residencia habitual se encuentra en el Estado de origen, no es identificable una conducta fraudulenta de los comitentes, dado que existe en una proximidad real con aquel Estado. La ausencia de “huida” del sistema español confirmaría la expectativa legítima de los comitentes a que se “reconozca” la filiación en España.

Existe una variante de los supuestos anteriores si el **contrato está vinculado a otro Estado UE** y el nacimiento del niño se produce en el mismo. En el ámbito europeo la admiten y regulan, aunque sea con diferencias entre sí, países como el Reino Unido, Grecia o, más recientemente, Portugal, con un modelo actualmente pendiente de revisión después de la Sentencia del Tribunal Constitucional portugués de 24 de abril de 2018. Un ejemplo sería el de unos comitentes nacionales griegos, residentes en Grecia, que celebran un contrato de gestación y, después del nacimiento del niño, trasladan su residencia a España. Otro caso sería el de nacionales españoles, residentes en Atenas, que contratan en aquel país a una mujer gestante.

La nota distintiva para esta variante viene marcada por el criterio del **reconocimiento mutuo**. Una inscripción registral contradictoria en dos Estados UE afectaría al derecho a la identidad única y al régimen de la movilidad dentro de la UE, yendo todavía un paso aún más allá que el derecho a la vida privada reconocido por el art. 8 CEDH. En estos casos, la aplicación de la doctrina *Grunkin Paul* implicaría la posibilidad de “reconocer” la filiación según conste en la certificación registral del Estado de residencia, admitiendo por esta vía una modalidad de establecimiento de la filiación diferente de la prevista en la ley española. La respuesta sería distinta si fueran comitentes españoles, residentes en España, los que contrataran la gestación en Grecia, amparándose en su condición de paraíso gestacional. En este caso, la relación de filiación se habría constituido de manera fraudulenta y, en consecuencia, dejaría de ser legítimo invocar el reconocimiento mutuo para dar efectos a la filiación.

Demandas accesorias a la filiación

La filiación establecida bajo gestación por sustitución puede ser utilizada como presupuesto, o cuestión previa, para el ejercicio de acciones o pretensiones derivadas de aquella, tales como solicitudes de prestaciones sociales de maternidad o paternidad, demandas de alimentos o el ejercicio de derechos sucesorios. El pronunciamiento sobre el fondo de cualquiera de estas pretensiones no prejuzga la validez del estado civil y, por tanto, las cuestiones de orden público que pudieran afectar a este no se comunican a las demandas principales. Este **efecto atenuado del orden público** es el mismo que ha servido para permitir la concesión de pensiones de viudedad y compensatorias en el caso de matrimonios poligámicos (al respecto la STS, Sala 3ª, de 24 enero 2018).

Las solicitudes de **prestaciones sociales, de paternidad o maternidad**, ya han sido objeto de práctica abundante en el Derecho español, con decisiones jurisprudenciales contradictorias pero con un claro pronunciamiento favorable del TS. El TS ha refrendado la eficacia en España del vínculo generado por los contratos de gestación por sustitución a

prestaciones (Sentencias TS, Sala de lo Social, de 25 de octubre de 2016 y de 16 noviembre de 2016). El pronunciamiento favorable se basa en la presunción de legalidad que deriva de la inscripción registral de la filiación, sin pronunciarse lógicamente sobre la validez de fondo de la filiación, al ser una cuestión que excede de su ámbito competencial. No obstante, el fundamento de las prestaciones concedidas no se encuentra en una equiparación de la madre intencional a la mujer gestante, sino en una equiparación a los beneficios sociales que se conceden en situaciones de adopción y acogimientos.

Respecto de las **demandas de alimentos**, la ausencia de práctica judicial española no impide prever una respuesta positiva de nuestros tribunales ante acciones interpuestas por los hijos acreedores aún en el caso de que la filiación se hubiera establecido por la vía de la gestación subrogada. Un caso que podría perfectamente plantearse ante los tribunales españoles sería el supuesto de un matrimonio de extranjeros, con un hijo nacido bajo esta técnica, y que haya trasladado su residencia en España. En el contexto de un proceso divorcio, serían competentes nuestros tribunales para la demanda alimenticia. Lo mismo ocurriría en el supuesto de comitentes españoles, residentes en España, que por la vía del turismo gestacional hubieran logrado inscribir el niño como hijo en el Registro civil consular español.

Mientras no se impugne la filiación, ya sea a título incidental en el mismo proceso o a título principal en otro proceso, los tribunales deberán presumirla válida. Para el caso de una acción interpuesta por españoles, bastaría a estos efectos la acreditación de la filiación mediante la inscripción registral, del mismo modo que sucede para las prestaciones sociales. Para el caso de acciones planteadas por extranjeros, sería suficiente acreditar la filiación con la certificación registral o similar, sin perjuicio de las especialidades de la eficacia probatoria de los documentos expedidos por autoridades de otro Estado de la UE, en aplicación del Reglamento (UE) 2016/1191.

En términos similares, la filiación obtenida por gestación por sustitución puede ser presupuesto de **derechos sucesorios**. Por ejemplo, habiendo tenido un hijo por gestación por sustitución, puede plantearse un litigio de reparto sucesorio ante los tribunales españoles respecto de un causante norteamericano, con residencia habitual en España en el momento del fallecimiento. En la medida en que no se impugne, esta filiación se equipará al resto de las filiaciones y entrará, por tanto, dentro del reparto sucesorio en la misma posición que los hijos biológicos o adoptivos del causante. Caso de impugnarse, su eficacia quedará condicionada a una eventual incidencia del orden público en los términos analizados sobre la base de la vinculación de la relación con el territorio español.

Demandas de responsabilidad contractual

Un grupo de supuestos, que merece una valoración separada, son aquellos en los que se ejercite una acción de responsabilidad contractual, ya sea con base en el contrato de gestación mismo – para las relaciones entre los comitentes y la mujer gestante – ya sea con base en el contrato de intermediación que, en su caso, hayan suscrito los comitentes con una agencia para gestionar este proceso.

Las acciones basadas en el contrato de gestación suscitan inicialmente la cuestión de la ley aplicable, dado que estos contratos no quedarían cubiertos por el ámbito material del Reglamento Roma I (**Reglamento (CE) nº 593/2008**), sino por el art. 10.5 del Código civil. La mujer gestante podría plantear una demanda ante los tribunales españoles frente a los comitentes, domiciliados en España, por no haber abonado el pago del precio convenido, caso de tratarse de una gestación comercial. Más improbable sería una demanda ante los tribunales españoles interpuesta por los comitentes contra la mujer gestante, por un eventual incumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato, dado que, además de las consideraciones de orden público, sería difícil justificar la competencia de nuestros tribunales en ese caso. Una demanda exigiendo el pago del precio en España estaría condenada al fracaso, dado que se activaría inmediatamente la nulidad del contrato establecida por el art. 10 LTRHA como norma de policía haciendo, por tanto, inexigibles las obligaciones pactadas en el contrato.

La respuesta sería diferente en relación con las **demandas de responsabilidad contractual interpuestas contra las agencias intermediarias**. Como tal contrato de prestación de servicios, con funciones de asesoramiento e intermediación, quedaría sometido al Reglamento Roma I al margen de que el objeto sobre el que se asesora (la celebración de un contrato de gestación por sustitución) quede excluido de su ámbito material de aplicación. La licitud en el desarrollo de las actividades de tales agencias en España parece clara a la vista de la conocida publicidad y difusión de actividades dirigida al mercado español, sea vía web, sea con establecimientos radicados en nuestro territorio o sea a través de la organización de eventos de promoción específicos en diversas ciudades de nuestro territorio. Véase, a modo de ejemplo, la publicidad en páginas web como www.vientredealquiler.com; <https://subrogalia.com/> o <https://gestlifesurrogacy.com/>. Así puede leerse, por ejemplo, que GESTLIFE “a través de sus oficinas en Barcelona y Madrid, y sus filiales directas en los países donde opera, se ocupa de todo el proceso, desde que usted desea iniciarlo, hasta que regresa a su país de origen con su Bebé (sea éste España, o cualquier otro país)”. Véase la referencia a ferias que se celebran en España para promocionar la actividad de las empresas en el sector, vid. <https://www.babygest.es/surrofair-feria-de-gestacion-subrogada-en-espana/>

El art. 10 LTRHA incide directamente en la determinación de la filiación, pero no es una norma sancionadora ni convierte en ilícito el desarrollo de la actividad. De este modo, es perfectamente posible plantear una demanda de responsabilidad contractual por incumplimiento de los servicios ofertados por tales empresas. Cuestión diferente es el alcance de las obligaciones asumidas por la empresa y su exigibilidad. El límite en este caso viene determinado por el posible carácter engañoso de los compromisos aparentemente asumidos por la agencia y la necesidad de acreditar un consentimiento debidamente informado por parte de los comitentes. No sería engañosa una oferta basada en una obligación de medios, con el compromiso por parte de la agencia “de hacer todo lo posible” (*best efforts*) para que los comitentes puedan inscribir la filiación en el Registro civil español, informando que este último aspecto escapa a su competencia y que, por tanto, es un riesgo con el que deberán contar los comitentes. Incluso podría configurarse como una obligación de resultado, si la agencia asume la garantía del éxito del proceso de modo que, de no producirse, la compromete a la devolución de las cantidades abonadas. En este contexto, se ha producido la condena a la empresa Subrogalia por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4ª) núm. 10/2019, de 15 de enero. En el caso de la condena a Subrogalia, existía una cláu

mediante la cual la agencia intermediaria garantizaba el buen fin del contrato, es decir, el nacimiento de al menos un niño/a, comprometiéndose a devolver sus honorarios si no se lograba ese fin. in embargo, una obligación de *best efforts* se encontraría en una cláusula tipo “después de nacer el bebé, el Asesor se compromete a llevar a cabo todos los trámites necesarios para que el Cliente pueda salir de Rusia con el menor, o para obtener la custodia legal del bebé.”

Evidentemente, la licitud de la actividad desarrollada por estas agencias está condicionada al cumplimiento de las exigencias legales y administrativas establecidas y, en función de ello, puede valorarse la posible existencia en algún caso de una responsabilidad penal por estafa, falsedad o publicidad falsa. Así ocurriría si la agencia ofrece un resultado sin información previa sobre los riesgos que pudiera comprometerlo ni advierte de la carencia de autorizaciones legales o administrativas preceptivas para llevarlo a cabo. En este sentido, el Auto Aud. Prov. de Barcelona (Sección 5ª) de 28 diciembre de 2017, en relación con una posible responsabilidad penal derivada de la falta de información a los clientes de la carencia de autorización administrativa en España por parte de clínica para realizar una fecundación de óvulos donados con vistas a celebrar un contrato de gestación en México.

Certezas, incertidumbres y perspectivas

Las certezas:

- La nulidad del contrato de gestación por sustitución, establecida artículo 10 LTRHA, no debe tener una aplicación universal, sino que debe limitarse a supuestos conectados con nuestro territorio en los que sea detectable un caso de fraude, fundamentalmente cuando los comitentes tienen su residencia habitual en España.
- La vinculación biológica con el comitente permite el establecimiento de la filiación a su favor aunque haya mediado contrato.
- El desarrollo durante un tiempo como vida familiar impide la separación del niño respecto de los padres intencionales, de modo que, incluso denegada la filiación, deberá buscarse cobertura jurídica para mantener esa relación de hecho. Sin embargo, la vida familiar no podrá invocarse frente a la separación de un recién nacido respecto a los comitentes.
- Acreditada la filiación, mientras no se impugne, puede accederse a todas las demandas accesorias que se basen en ella, ya sean prestaciones sociales, alimentos o derechos sucesorios.

Las incertidumbres:

- Incierta es la confirmación como línea jurisprudencial de la STS de 6 de febrero de 2014. La división interna del alto Tribunal en este punto, el carácter abstracto de su argumentación y la contundencia de los argumentos del Voto Particular, auguran una diferente respuesta en el futuro.

- Incierta es la práctica registral española y la vacilante posición de los Cónsules encargados del Registro civil, oscilante entre la decisión del Tribunal Supremo y los criterios del TEDH. La interinidad de la solución aportada por la Instrucción de la DGRN de 2010 se manifiesta en las posibilidades de impugnación en sede judicial de las inscripciones registrales y la incógnita de la respuesta judicial en cada caso.
- Incierto es el establecimiento de la filiación respecto de la madre comitente cuando exista una vinculación biológica con esta. Hay aquí una cuestión de perspectiva de género oculta. La filiación biológica de la madre intencional también reclama respuesta y además una respuesta coherente con el planteamiento sostenido para el padre intencional, evitando un trato discriminatorio.
- Incierto es el establecimiento de la filiación a favor de la pareja del padre intencional biológico.
- Incierto es el futuro de los niños nacidos en Estados de origen que parten del *ius sanguinis* que devienen apátridas por ausencia de reconocimiento legal en el Estado de acogida de la filiación por sustitución allí constituida.

Las perspectivas

- La Conferencia de La Haya sigue inmersa en los trabajos sobre un futuro Convenio internacional en la materia que, sin duda, sería conveniente para establecer vías seguras de reconocimiento de filiaciones constituidas en otros Estados y evitar la incertidumbre actualmente existente. Sin embargo, sus resultados no se parecen próximos.
- La eventual entrada en vigor de la Ley 20/2011, de Registro Civil abocaría inevitablemente a una valoración del orden público en sede registral (arts. 96 y 98) que, hasta ahora, se había logrado eludir.
- Parece necesaria una regulación propia en España los contratos de gestación por sustitución. La realidad de los hechos, el contexto social, la tendencia en Derecho comparado y la jurisprudencia del TEDH obligan a ello. Ahora sólo queda por decidir el cómo. Es el momento de un pronunciamiento legislativo riguroso, fundamentado y coherente, que nos reconcilie con el elemental principio de la seguridad jurídica.

Trackbacks/Pingbacks

1. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA Y TURISMO REPRODUCTIVO | Asociación Galega de Bioética - [...] La Dra. PILAR JIMÉNEZ BLANCO, acreditada como Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Oviedo, ha publicado...

Bienvenido al Almacén de Derecho. Nuestro objetivo es generar un espacio común para el pensamiento jurídico. Está usted invitado. **Proyecto impulsado por**

Mirada360

Editado en Madrid (España)

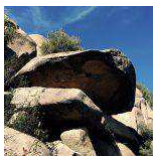
Newsletter

*Al subscribirse aceptas automáticamente nuestra política de privacidad.

Entradas recientes



El requisito de la “unidad económica” en la escisión parcial y la segregación



La subsidiariedad de la acción de enriquecimiento injusto



Entradas populares

¿Devolución de alimentos pagados al hijo que no lo era?

Detención policial por comisión de delitos leves

Lecciones: reconocimiento y ejecución de sentencias extranje...

Páginas de interés

[Antitrust & Competition Policy Blog](#)

[Area de Derecho Mercantil - UAM](#)

[Arts & Letters Daily: todo lo que hay que leer](#)

[BLOG de Derecho de la Competencia - Colombia](#)

[Blog Depto de Derecho Público de la UAM](#)

[Blog de A. Boix, profe de Dº Administrativo](#)

[Blog de Derecho de los Negocios de Albert Sanchez Graells](#)

[Blog del prof. Noack \(Gesellschaftsrecht\)](#)

[Blog jurídico argentino](#)

[Blog sobre Derecho de Cooperativas](#)

[CENDOJ: Casi toda la jurisprudencia española](#)

[Chilling Competition](#)

[Conthe, Manuel: su blog en Expansion](#)

[Corporate Law. Gran Bretaña](#)

[Derecho desde Almería](#)

[Derecho holandés y europeo de competencia](#)

[Derecho y normas: sobre Propiedad Intelectual](#)

[El blog de Juan Sánchez-Calero, catedrático de Derecho mercantil](#)

[El blog de Luis Cazorla](#)

[El blog del profesor Wackerbarth](#)

[FREAKONOMICS. EL BLOG](#)

[Hay Derecho](#)

[Indret: la revista jurídica electrónica en español](#)

[Kartellblog: actualidad antitrust en Alemania](#)

[La web del UAIPIT de la Universidad de Alicante](#)

[Marginal Revolution: blog académico de economía](#)

[Mercantilista sin ánimo de lucro. Blog de Jorge Miquel](#)

[Nada es gratis. Blog de Economía](#)

[Newmark's Door: un montón de vínculos](#)

[PAGINA DOCENTE PROF. NUÑEZ LOZANO](#)

[POLITIKON: los de Lorem Ipsum](#)

[SOCIAL SCIENCE RESEARCH NETWORK](#)

[TED: Ideas worth spreading.](#)

[Política de cookies](#)

Un cuidado blog de información al consumidor

Zona Bolonia. El Blog del Prof. Santiago Cavanillas

Qué aprendemos hoy

Antiguo blog de Derecho Mercantil

Mejor blog jurídico 2015 por Derecho en Red



Saber más



INTERNATIONAL
STANDARD
SERIAL
NUMBER
SPAIN

Diseño y desarrollo por Mirada 360° ® Todos los derechos reservados