

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Maternidad subrogada como objeto del contrato de
arrendamiento de servicios en Ecuador**

Martín Alejandro Rivera Villarreal

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogado

Quito, 28 de abril del 2023

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Martin Alejandro Rivera Villarreal

Código: 00207097

Cédula de identidad: 1719113654

Lugar y Fecha: Quito, 29 de abril de 2023

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

MATERNIDAD SUBROGADA COMO OBJETO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS EN ECUADOR¹

SURROGATE MOTHERHOOD AS THE OBJECT OF THE CONTRACT OF LEASE OF INTANGIBLE ASSETS CONTRACT

Martin Alejandro Rivera Villarreal²
martinrivi2000@gmail.com

RESUMEN

Este trabajo determinó el objeto del posible contrato de la subrogación materna, especificando que el contrato es de arrendamiento de bienes inmateriales (servicios). Como punto de enfoque, se realizó un análisis en el contrato aplicable, y su contenido, además de las partes que intervienen en el proceso y las acciones que se realizan antes, durante y después del proceso de gestación. Después, se determinó la importancia de interpretar al contrato como uno de arrendamiento, y sustancialmente se analizó el objeto lícito e ilícito dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano en base a los posibles objetos contractuales. Finalmente, se expone el objeto contractual y si este es lícito, en base a los principios, leyes ecuatorianas y doctrina universal; de la misma manera se menciona la necesidad de una regulación más exhaustiva en el enfoque de maternidad subrogada para garantizar la protección de derechos que podrían verse afectados.

PALABRAS CLAVE

Contrato de arrendamiento de servicios, prestación de gestación, validez contractual, bilateralidad, libertad contractual.

ABSTRACT

This investigation determines the object of the possible contract for maternal surrogacy; specifying that the contract is a lease of intangible assets (services). As a focus point, an analysis of the contract and of its content was done; also, of the parts that intervene throughout the process and of the actions realized before, during and after the process of gestation. Then, the importance of interpreting the contract as a lease was determined; and substantially, the licit or illicit object in the Ecuadorian legal system based on possible contract objects was determined. Finally, the object of the contract and if it is licit will be exposed, based on principles, Ecuadorian law, and universal doctrine. Likewise, the necessity of a more exhaustive regulation in the focus of maternal surrogacy to guarantee protection that could be violated, is mentioned.

KEY WORDS

Lease of intangible assets contract, gestation intent, contract validity, bilateral and contractual liberty

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por María Gracia Naranjo Ponce.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. MARCO TEÓRICO.- 3. ESTADO DE ARTE.- 4. MARCO NORMATIVO.-5. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA COMO CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS.- 6. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA COMO CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS.- 7. OBJETO DEL POSIBLE CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA.- 8. OBJETO DE LA PRESTACIÓN DEL POSIBLE CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA: ARRENDAMIENTO DE ÚTERO, SERVICIO DE GESTACIÓN O EL RECIÉN NACIDO.- 9. RECOMENDACIONES.- 10. CONCLUSIÓN.

1. Introducción

Las técnicas de reproducción asistida (TRHA) se implementaron para cubrir las necesidades reproductivas de personas con dificultades para lograrlo. Siendo la maternidad subrogada la técnica más practicada en el Estado ecuatoriano desde el año 1993, año desde el cual la Comisión de Bioética del Ministerio de Salud ha estudiado el tipo de contrataciones respecto al tema.³

El concepto de maternidad subrogada implica la práctica por la que una mujer gesta en su cuerpo un bebé previo a un pacto, compromiso o contrato con una mujer o pareja, el cual incluye una cláusula de cesión al término de la gestión de todos sus derechos sobre el recién nacido, y se transfiere a la otra parte.⁴ El negocio jurídico que más se adecua al tema es el contrato, específicamente es el de arrendamiento de servicios.

Ahora bien, a lo largo de la investigación se intentará justificar por qué el contrato de arrendamiento de servicios cuyo objeto contractual es la de gestar; es el óptimo para que este tipo de celebración sea lícito.

³ Comisión Nacional de Bioética en Salud. Criterio y recomendaciones bioética sobre la maternidad subrogada en Ecuador. *Ministerio de Salud Pública Ecuador* (2018), 1.

⁴ Comisión Nacional de Bioética en Salud. Criterio y recomendaciones bioética sobre la maternidad subrogada en Ecuador, 2.

En consecuencia, el presente trabajo de investigación, mediante un análisis teórico-jurídico, tiene como intención explicar en primer lugar que el contrato de maternidad subrogada es un contrato de arrendamiento. Se detallará la figura de arrendamiento que más se adecua al tema de maternidad subrogada. Se analizará si la validez puede verse afectada por su objeto contractual. Se tomará en cuenta para el análisis, el Código Civil ecuatoriano, que especifica la estructura contractual para analizar la naturaleza jurídica del contrato de maternidad subrogada como arrendamiento, elementos de este tipo de contrato, y finalmente el objeto contractual junto a sus disposiciones de licitud para establecer la figura que a la luz de la normativa sería lícita.

2. Marco teórico

2.1 ¿Qué es la maternidad subrogada?

La maternidad subrogada tradicional ocurre cuando la madre subrogada aporta su propio óvulo, y el esperma es perteneciente del contratante o puede ser donado por un tercero⁵. Por otro lado, en el caso de la maternidad subrogada gestacional, la madre subrogada no aporta ningún material genético, sino que pueden pertenecer a los padres contratantes o ser donados por terceros.⁶ En este punto, para lograr el estado de gestación en la madre subrogante se pueden utilizar métodos como la fecundación in vitro o la inseminación artificial, depende esencialmente si el material genético es de los padres contratantes, es una donación o si es el óvulo perteneciente de la madre subrogada.

Ahora bien, una vez logrado el embarazo, supuestamente la madre subrogada deberá garantizar el desarrollo del feto durante el periodo de gestación, tomando las medidas más preventivas para que no exista alguna afectación al momento del nacimiento. En cuestión de los valores que se obtenga por el embarazo, los padres contratantes serán quienes asuman esos costos.⁷ Al terminar el proceso, la madre subrogada debe renunciar a todos los derechos que le corresponden respecto a la niña o niño y cederlos a los padres contratantes, junto con la entrega del bebé, desvinculándose de cualquier relación existente que tenga la madre subrogada con el niño o niña.

⁵ Ver: <https://adoptionart.org/>

⁶ *Ibidem*

⁷ En el estado de Kiev se establece los derechos y obligaciones para la reproducción asistida especificando que en su ordenamiento jurídico necesariamente existen obligaciones recíprocas tanto de la madre subrogada y los padres biológicos al pactar un contrato. Celeste López, “Así es un contrato de gestación subrogada”, *Artículo de La Vanguardia* (2019), 4-6.

Comúnmente para lograr este proceso de procreación, se debe implantar el embrión fecundado o inyectar el semen del contratante, es importante para el proceso que se hagan estudios previos para revisar si las partes en negociación tienen el material genético, esto con el fin de revisar si la maternidad subrogada será de tipo tradicional o gestacional.⁸

2.2 Contrato de maternidad subrogada como un contrato de arrendamiento de servicios.

El contrato de maternidad subrogada no está tipificado en nuestro ordenamiento jurídico, pero existen varias propuestas para su regulación. Aun así, hasta la actualidad no hay normas explícitas que regulen asuntos sobre la maternidad subrogada. Por lo tanto, prevalece el principio que se rige en materia civil: todo lo que no está prohibido está permitido⁹; surgiendo así la posibilidad de celebrar un negocio jurídico de esta índole siempre y cuando su objeto sea lícito.

En primer lugar, han existido diferentes doctrinas que han criticado desde varias posiciones la forma más adecuada de contratar para que no exista ningún tipo de afectación a las partes y al ordenamiento jurídico ecuatoriano al ser un objeto contractual no regulado. Más adelante se analizará dichas posiciones de una manera más detallada.

La mayor parte discute si es necesario que se tipifique como un nuevo contrato por las características propias y únicas de este; estas son, que se usa el vientre de una mujer para gestar y posteriormente entregar un bebé. Hay otras tesis que sostienen que el contrato sí está tipificado, pero necesita una regulación más exhaustiva por su objeto de prestación, el interés superior del niño y porque puede llegar a tener vicios que afecten al contrato y pueda provocar su nulidad.¹⁰ Desde este punto, la doctrina se ha enfocado esencialmente en determinar el tipo de contrato que se relacione de mejor manera con la figura de la maternidad subrogada.

Ahora bien, desde una posición civil podemos observar que el Código Civil en su artículo 1856 nos detalla tres tipos de arriendo, siendo uno de ellos el “arrendamiento

⁸ Daniela Barahona Cobo y Marcelo Alejandro Guerra Coronel, “La maternidad subrogada en el Ecuador”, *Artículo de la Universidad Católica de Cuenca. Jefatura de Posgrado* (2021), 5.

⁹ Artículo 8, Código Civil de Ecuador, [CC], R.O. 46, de 24 de junio de 2005, reformado por última vez R.O. Suplemento 20, de 14 de marzo de 2022.

¹⁰ Gustavo Adolfo Martín Vélez, “El arrendamiento de vientre en Colombia”, *Opinión Jurídica*, (2004), 5-18.

de servicios”.¹¹ Este ha sido el tipo de contrato que más se ha utilizado para pactar la gestación por subrogación desde el año de 1986; año en el cual apareció la primera madre subrogada en el Ecuador.¹²

3 Estado de Arte: distintas posiciones acerca del “posible contrato” de maternidad subrogada

El siguiente apartado aborda una revisión detallada de literatura referente al análisis legal del contrato de maternidad subrogada, arrendamiento de vientre o contrato de prestación de servicios; enfocándose esencialmente en su conceptualización, el fin que persigue y su estructura. De esta forma, se tendrá una base compuesta de los principales aportes académicos respecto al tema de estudio.

Cynthia Galle cataloga al contrato de madre subrogada como un acuerdo en el cual intervienen intereses bilaterales; por medio del cual una mujer acepta quedar embarazada mediante un proceso conocido como inseminación artificial. Luego del nacimiento del bebé, lo entrega al donante de espermia renunciando a los derechos y obligaciones que la ley confiere sobre el recién nacido; y como contraprestación, el pago de una compensación pecuniaria, por regla general.¹³

Dentro del ordenamiento jurídico griego, el contrato de Maternidad Subrogada está tipificado en el Código Civil desde el año 2004, este es un contrato que se celebra sin contraprestaciones. Es un contrato que tiene una prestación gratuita y altruista en la que solo una parte sale beneficiada. Para que el contrato se perfeccione se necesita que se cumpla con la formalidad de una autorización expresa de un tribunal especial, la mujer que quiera celebrar este tipo de negocio debe probar que es incapaz de gestar, a la par, la madre subrogante debe probar que es capaz de quedar embarazada.¹⁴

Por lo tanto, ambas líneas de pensamiento previamente mencionadas respaldarían la definición del tema en disputa. Ahora bien, en referencia a la primera

¹¹ Artículo 1856, CC. Los dos restantes son el arrendamiento de cosa y de ejecución de obra que, como expondremos más adelante, no encajan con el contrato de maternidad subrogada.

¹² Comisión Nacional de Bioética en Salud. Criterio y recomendaciones bioética sobre la maternidad subrogada en Ecuador.

¹³ Cynthia Galle, *Surrogate Mother Contracts: A View of Recent Legislative Approaches*. (Journal of Health Law, 1992), 175-176. Citado por: Sandra Patricia Russi. Régimen Jurídico de la Maternidad Subrogada en Colombia: Un estudio doctrinal y jurisprudencial sobre la validez del contrato y sus efectos. *Universidad Católica de Colombia* (2018), 19.

¹⁴ Artículo 1458, Código Civil Griego (CCG), Gaceta oficial de gobierno 293, última vez modificado por ley 4272/2014.

definición, se especifica una contraprestación onerosa en la cual ambas partes obtienen un beneficio. Una parte obtiene la filiación del futuro nacido y la otra parte una compensación de carácter pecuniario, como especifica Galle. Por otro lado, la segunda definición establece el mismo significado, pero otorga al contrato de maternidad subrogada un carácter gratuito; especificando una prestación en la cual solo una de las partes sale beneficiada, ya que la otra no obtiene una compensación. Ergo, sería un gesto altruista. Si existe una remuneración dentro del acuerdo contractual, bajo la normativa de la jurisdicción griega este contrato sería nulo por ir en contra del orden público. Por ende, el contrato de maternidad subrogada puede ser un contrato con un fin comercial o altruista.

En adelante, se abordará ciertas posiciones respecto al “cuerpo humano vivo como objeto de contratación”. Es de suma importancia analizar este tema, ya que podría argumentarse que la madre subrogada presta su vientre como objeto de prestación de un contrato.

Ana Araujo Rodríguez agrega en su artículo “La Maternidad Subrogada por sustitución en la gestación” que el contrato de alquiler de útero, apoyado por diversos fallos internacionales estipulan que sería nulo todo acuerdo de este tipo. Debido a que, afecta las buenas costumbres y el orden público, ya que no se puede contratar con partes del cuerpo humano vivo porque su comercialización es ilícita.¹⁵

Arturo Valencia Zea afirma que el cuerpo humano vivo en ninguna circunstancia puede ser objeto dentro del derecho real, si no, que es objeto del derecho de la personalidad; por lo que en ningún caso se asimila a una cosa.¹⁶

Juan Larrea Holguín, especifica que solo el cuerpo humano muerto podría ser considerado como un “bien”. Corresponderá a la moral y al derecho fijar los límites de disponibilidad sobre este objeto, en una forma respetuosa y adecuada de la dignidad del ser humano. El doctor Larrea Holguín repugna completamente el sentido moral y el sentido jurídico, que se pueda considerar al cuerpo humano vivo o sus partes como un objeto de comercialización. Aun así, establece que es imposible ir en contra de la voluntad

¹⁵ Ana Araujo. “La maternidad subrogada por sustitución en la gestación”, *WordPress* (blog), 11 de septiembre del 2013, <https://anitaraujo.wordpress.com/2013/09/11/la-maternidad-subrogada-por-sustitucion-en-la-gestacion/>.

¹⁶ Arturo Valencia Zea., “*Tratado de Derecho Civil, Tomo 1: Parte general y personas*”, Colombia: Editorial Temis, 2013); 433.

de una persona que deja en claro su pretensión de donar algún órgano o el cabello, pero debe presentarse un límite entre la moralidad y la licitud.¹⁷

Podemos observar que las siguientes fuentes dejan en claro una posición en la cual el cuerpo humano vivo no puede ser objeto de contratación. En la primera crítica, la abogada Ana Araujo menciona que hay una afectación al orden público y a las buenas costumbres; lo cual son causales de que un objeto sea considerado ilícito. En el segundo argumento, Valencia Zea, especifica que el ser humano de lo único que es objeto es del derecho de la personalidad. El autor define como derechos de personalidad una serie de cualidades o propiedades que son sustanciales y se predicán de todos los seres humanos, sin distinguir su condición: preceden al Estado y a toda organización política, económica, religiosa, partidista, etc.¹⁸ Por lo tanto, al ser derechos inherentes a los seres humanos no pueden ser parte de derechos reales, por eso existe la distinción. Finalmente, uno de los juristas más citados y respetados del derecho civil ecuatoriano, Larrea Holguín, detalla que solo algunos tejidos u órganos del cuerpo humano vivo pueden ser objeto de donación, pero repudia en todo sentido el comercio con el cuerpo humano vivo o sus partes.

Otra posición es la del doctor en jurisprudencia Luis Parraguez, establece que dentro del código civil ecuatoriano la noción de “cosa” tiene una determinación muy amplia. La cual también comprende aquellas que no son susceptibles de apropiación, es posible incluir al cuerpo humano vivo en su compleja integralidad para ser objeto de determinadas relaciones jurídicas. El ejemplo más notable que menciona el doctor Parraguez es el negocio jurídico en el cual una persona presta el cuerpo humano para un experimento científico, hipótesis con la condición de que exista un documento por escrito que se compruebe el consentimiento y que no se pueda conceder remuneración por ello; y en nuestro país es admitida por el artículo 7 de Ley Orgánica de Salud.¹⁹

En consecuencia, Luis Parraguez y Larrea Holguín, tienen una hipótesis distintas respecto al cuerpo humano vivo como objeto de algún negocio jurídico. Aun así, ambos están de acuerdo de que la voluntad del propietario del cuerpo humano vivo debe ser probada otorgando su conocimiento y consentimiento previo por escrito.

¹⁷Juan Larrea Holguín. Manual elemental de Derecho Civil 3. Volumen 3: los bienes y la posesión (2022). Corporación de Estudios y Publicaciones.

¹⁸Arturo Valencia Zea, *Tratado de derecho civil tomo 1*, 435.

¹⁹ Luis Parraguez, *El Regimen Juridico de los bienes*, (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2018), 56.

4 Marco Normativo

La siguiente sección tiene como objetivo manifestar la línea normativa y jurisprudencial más relevante respecto a la maternidad subrogada como objeto de contrato de arrendamiento de servicios. De esta forma, se abordará la concepción normativa más importante en relación al tema de investigación.

4.1 Normativa nacional

El contrato de maternidad subrogada es considerado un contrato que carece de regulación dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano; a pesar de ello no es un contrato expresamente prohibido, por lo tanto, es un contrato que puede celebrarse. A su vez, no se considera un contrato atípico, ya que la contraparte doctrinal lo asimilan a un contrato de arrendamiento, específicamente de prestación de servicios. Ahora bien, se detallarán las normas que sustenten a la investigación, y que pueda demostrar que el problema con el contrato de maternidad subrogada en el Ecuador no está en su existencia si no que podría ser en su validez.

La Constitución de la Republica del Ecuador entró en vigencia en octubre del 2008, con el fin de proteger derechos fundamentales, principios y garantías para que sean cumplidos y sobre todo respetados tanto por el Estado como por la sociedad. El capítulo sexto respecto a los “Derechos de la Libertad” se relaciona con el tema de investigación.²⁰

El artículo 66.10 de la Constitución ecuatoriana estipula el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre la salud, vida reproductiva y a decidir cuándo y cuantas hijas e hijos tener.²¹ Además, existe el derecho a la libertad contractual en el Art. 66.16. El artículo representa de forma general que las partes tienen la libertad de contratar lo ellos quieren con las personas que quieran sin que vaya en contra de la ley, las buenas costumbres y el orden público del Ecuador.

El Código Civil ecuatoriano nos permite observar la definición, estructura y regulación del contrato en general; al igual que el contrato de arrendamiento, esencialmente el de arrendamiento de servicios; también nos otorga los parámetros para que sea legal un objeto y pueda ser razón lícita de celebración de un negocio jurídico. Este cuerpo legal brinda ciertas razones que no son expresas en su totalidad, son

²⁰ Constitución de la República del Ecuador, [CRE] R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 181 de 25 de febrero del 2021.

²¹ Artículo 66.10, Constitución de la República del Ecuador, 2008

interpretativas para un juez; que pone en duda la licitud de la gestación por subrogación como objeto contractual.

Con base en lo expresado, dentro del libro IV del Código Civil, el cual versa sobre las obligaciones y los contratos, sus artículos 1454 hasta el 1460 se refiere esencialmente a la estructura y definición de un contrato de manera general; en sus artículos 1476, 1477 y 1478 se refiere al objeto de un acto o contrato dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Los artículos 1478 y 1479 y 1480 establecen el objeto ilícito contractual. El mismo texto legal expone la causa ilícita en sus artículos 1483 y 1484. Más adelante, se tipifica el contrato de arrendamiento en el artículo 1856²², en el cual se menciona los tipos de contratos de arrendamiento incluyendo el de arrendamiento de servicios. Finalmente, en los artículos 1941²³, 1942,²⁴ 1943²⁵, 1944²⁶, 1945²⁷, 1946²⁸, y 1947²⁹, se detalla exhaustivamente la regulación y definición del contrato arrendamiento de bienes inmateriales o servicios.

La Ley Orgánica de la Salud vigente desde diciembre del año 2006, fue dictada con el objetivo de proteger y garantizar el derecho de carácter universal de la salud con varios principios de equidad y participación para brindar la efectividad de la salud de las personas ecuatorianas, otorgando la mejor calidad y eficacia.

Los derechos que se regulan en este cuerpo normativo son especialmente el artículo 7, donde se detalla que se necesita consentimiento previo por escrito para que una persona pueda ser objeto de pruebas, ensayos clínicos o investigaciones.³⁰ El artículo nos permite sostener que el cuerpo humano, en ciertos casos, podría ser considerado como un objeto de contratación cuando la persona dueña de su propio cuerpo manifiesta su consentimiento. El artículo 23 se refiere al derecho a tener hijos sin que exista algún límite ni restricción, por lo tanto, se podría analizar que la pareja que buscan tener hijos, bajo esta normativa, puede optar voluntariamente que forma es la más adecuada para tener hijos sin coacción de ninguna clase.

²² Artículo 1856, CC.

²³ Artículo 1941, CC.

²⁴ Artículo 1942, CC.

²⁵ Artículo 1943, CC.

²⁶ Artículo 1944, CC.

²⁷ Artículo 1945, CC.

²⁸ Artículo 1946, CC.

²⁹ Artículo 1947, CC.

³⁰ Artículo 7, Ley Orgánica de la Salud [LOS]. R.O. Suplemento 53 de 29 de abril del 2022, reformado por última vez R.O.423 de 1 de septiembre del 2022.

4.2 Proyecto de Ley respecto al “Código Orgánico de la Salud”

El siguiente apartado tiene como objetivo analizar el proyecto de ley propuesto en el año 2016 por el asambleísta William Garzón, en el que procura regular e institucionalizar a la reproducción humana asistida en un nuevo cuerpo legal.³¹

Esencialmente, se tipifican en el artículo 196 del proyecto las técnicas de reproducción humana asistida, especificando que se permite la maternidad subrogada únicamente en los casos en los que existan circunstancias médicas que no permitan el embarazo en la mujer. De la misma manera, se debe cumplir con la condición de que no exista ningún tipo de compensación, únicamente debe ser un gesto altruista de parte de la madre que presta su vientre. Se detalla que los órganos de control son de vía administrativa, por lo que la Autoridad Sanitaria Nacional, siguiendo los principios bioéticos universales, sería la encargada de revisar cada caso en concreto para la realización de una reproducción asistida garantizando que no contravenga ningún derecho humano y el interés superior del futuro nacido.

Ahora bien, el proyecto alcanzó al segundo debate de la Asamblea Nacional, siendo aprobado por la mayoría del pleno legislativo el 25 de agosto del 2020.³² Sin embargo, el presidente de la república por medio del veto presidencial ha manifestado su objeción total al proyecto de ley. En este sentido, cuando el presidente objeta totalmente un proyecto de ley este no se puede volver a discutir en la Asamblea Nacional hasta dentro de un año.³³ Hasta la fecha no ha existido intención del órgano legislativo de seguir adelante con el proyecto, por lo tanto, aun no existe ninguna regulación ni institucionalización respecto a la maternidad subrogada.

4.3 Jurisprudencia

En el ámbito extranjero existe la sentencia T-968/09³⁴ de la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional Colombiana. En este precedente se analiza un incumplimiento contractual en un caso de maternidad subrogada. Es importante mencionar que en el presente caso no existe un conflicto en razón del objeto de la

³¹ Proyecto de ley- Código Orgánico de la Salud, Asambleísta William Garzón Ricaurte, Asamblea Nacional del Ecuador: *Comisión especializada permanente de la salud*, (2016).

³² Ver: <https://www.salud.gob.ec/enterate-mas-sobre-el-proyecto-de-ley-codigo-organico-de-salud/>

³³ Artículo 64, Ley Orgánica de la Función Legislativa [LOFL]. R.O. Suplemento 326 de 10 de noviembre de 2020, reformado por última vez.R.O. 642 de 3 de mayo del 2021.

³⁴ Causa No. 968/09. Corte Constitucional de Colombia, revisión de acción de tutela. 18 de agosto de 2009.

prestación, pues se centra esencialmente en el enfoque de incumplimiento contractual. Es importante observar que la forma en que la Corte aborda a este contrato es asimilándolo con un contrato de arrendamiento de servicios.

En principio, es transcendental mencionar que hasta la fecha no existe regulación sobre el contrato de maternidad subrogada en Colombia. El caso se basó esencialmente en las siguientes consideraciones:

El señor Salomón y la señora Saraí celebraron un contrato oneroso de manera verbal, en el cual, la cosa por la que manifestaron su consentimiento en un contrato, consistía en el alquiler del vientre de la señora Saraí y la entrega del niño producto de esa fecundación junto con su tutela. Ella permitía la fecundación de su óvulo con el semen de la parte contratante, en donde Saraí se obligó a entregar el fruto que resultase de la fecundación a la pareja conformada por Salomón y la señora Raquel a cambio de que el Señor Salomón cumpla con su obligación de dar un pago de carácter pecuniario. Luego de que el señor Salomón haya cumplido con su obligación de pago y otorgarle un tratamiento adecuado a la afiliación a una EPS, la señora Saraí incumplió con el contrato y decidió quedarse con los niños al nacer. El juez de la Cali, argumentó que la madre incumplió injustificadamente con el contrato verbal consistente en dar su vientre en alquiler y entregar a sus hijos después del parto, por lo tanto, se desconoció los derechos al Sr. Salomón por ser el único que cumplió con su obligación contractual, causando que no tenga la tutela del recién nacido y encima se le impidió las visitas cuando solicito al juez que le otorguen este derecho.

Finalmente, la Corte Constitucional Colombiana emitió un fallo en el que decidió dar la custodia al padre de los menores, en principio, por la falta de condición económica que tenía la madre subrogante, y la condición de pobreza que vivía Cali. El juez determinó que los niños tendrían mejores oportunidades en un país desarrollado como lo es Estados Unidos, y además sentirían el amor familiar. Sin embargo, el juez dictó, para asegurar los derechos de la madre, que el padre “deberá traerlos o permitir que ellos vengán a esta ciudad y estén a lado de la madre tres veces al año”.

La Corte Constitucional Colombiana agregó que no existe una prohibición expresa para la realización de estos convenios. Sin embargo, en relación con las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada está legitimado jurídicamente en referencia al art. 42-6 constitucional, el cual prevé que los

hijos obtenidos fuera del matrimonio o procreados con asistencia científica tienen igualdad de derechos y deberes que los que se tienen dentro del matrimonio.

Por último, la Corte Constitucional ha puesto de manifiesto la necesidad de una regulación expresa del contrato de alquiler de vientre para evitar que las partes realicen un acuerdo o convenio con razones lucrativas; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido, grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas, y actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley.

5 Maternidad Subrogada como contrato de arrendamiento en el Ecuador

El contrato de arrendamiento es definido bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano como un contrato en que dos partes se obligan recíprocamente, la primera parte a conceder el goce de una cosa, ejecutar una obra o prestar un servicio; y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado; salvo lo que disponen las leyes del trabajo y especiales.³⁵

5.1 Arrendamiento de cosa

El contrato de arrendamiento de cosas es aquel por el cual el arrendador se obliga a conceder el goce de una cosa. Este tipo de arrendamiento no encajaría con la figura de la maternidad subrogada. El útero es parte del cuerpo humano y no puede ser separado del cuerpo de la mujer, es indispensable que se mantenga en funcionamiento dentro de esta para cumplir con el contrato; por lo que, no se puede considerar en sí como una cosa. Para que se pueda clasificar como cosa jurídicamente, y ser parte del derecho real, se necesita la separación del órgano de la constitución física de una persona, de forma que se pueda ejercer derechos reales sobre dicho órgano.³⁶ Debido a esto, en el caso de la maternidad subrogada, la figura del arrendamiento de útero sería irrelevante, ya que se estaría contratando específicamente por un órgano del cuerpo de la mujer, no con la prestación de un servicio de gestación. Por lo tanto, el contrato de arrendamiento de cosa no se ajustaría a las pretensiones de las partes y podría llevar a su nulidad.

5.2 Arrendamiento de obra

³⁵ Artículo 1856, CC.

³⁶ Enrique Varsi Rospligiosi, “Los actos de libre disposición del cuerpo humano”, *Artículo de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, (2019), 5.

El contrato de arrendamiento de obra es aquel por el cual el arrendador se obliga a ejecutar una obra determinada. Este tipo de arrendamiento, de la misma manera, no podría abarcar el tema de la maternidad subrogada. Esto porque no se puede considerar como una “obra” el desarrollo de un embrión con la expectativa de que se convierta en un ser humano, ya que no es un acto ante la comunidad, obra de arte o la creación de algún tipo de textil. Es decir, debido a que, si se consideraría “obra” la criatura y un niño, de ninguna manera sería susceptible de transacción, existiría ilicitud en el objeto del contrato. Es indispensable mencionar que el niño es un sujeto de derechos, y durante el proceso de su crecimiento se convertirá una persona autónoma, y con capacidad de actuar libremente.³⁷

5.3 Arrendamiento de bienes inmateriales (servicios)

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, como analizamos previamente, no existe una figura contractual típica que especifique el contrato de maternidad subrogada como tal, por lo que el arrendamiento de servicios inmateriales es el contrato que más se adecua a la situación jurídica. A continuación, se dará una explicación más exhaustiva de por qué encajaría la figura de maternidad subrogada en este tipo de contrato de arrendamiento.

6 Naturaleza jurídica del contrato de maternidad subrogada como contrato de arrendamiento de servicios

En primer lugar, se debe realizar un estudio respecto a la posible naturaleza jurídica del contrato de maternidad subrogada. A partir de un estudio desde el punto de vista funcional, y desde un punto de vista estructural. Además, es necesario darle un enfoque a la utilidad de los distintos contratos como fuente de obligaciones, y la muy distinguida variedad de intereses en cada uno de ellos. Por lo tanto, debemos clasificarlos dependiendo de sus objetivos, características propias y realidades.

6.1 Contrato típico

Con base en la clasificación de los contratos, se puede observar aquellos que están mencionados o tipificados en algún cuerpo de la legislación ecuatoriana; de allí deriva su denominación: típico. Dentro de este grupo de contratos, se encuentra el

³⁷ Artículo 15, Código de la Niñez y Adolescencia, [CNA], R.O. 737, de 3 de enero de 2003, reformado por última vez R.O. 29 de marzo de 2023.

contrato de arrendamiento de servicios inmateriales dentro del Código Civil. En la misma línea, el legislador ha indicado en la normativa los contornos de este contrato para diferenciarlo del resto. Además, al estar establecido dentro de este cuerpo legal, con un nombre específico, hace que este sea un contrato regulado y tipificado.³⁸ Adicionalmente, se rige bajo el principio de autonomía de la voluntad y libertad de contratación que la Constitución tipifica. Esto impide que el contrato afecte al orden público, a la moral y buenas costumbres, caso contrario este puede ser nulo.³⁹

6.2 Contrato nominado

Luis Parraguez establece que los contratos nominados simplemente por hacer aquello, se les ha asignado un nombre propio que los identifica.⁴⁰ Es decir, el contrato nominado es aquel que se sabe que existe por tener un nombre. El contrato de maternidad subrogada es conocido a la luz del ordenamiento jurídico ecuatoriano desde el año 1993.⁴¹ Año desde el cual se conoce que se efectúan proceso de maternidad subrogada, aunque no se han creado regulaciones que la normen.

Se puede concluir que el contrato es típico y nominado, ya que es mencionado en un cuerpo legal como “contrato de arrendamiento de bienes inmateriales (servicios)”, a lo largo del escrito se detallará varias razones por las que se acomoda el caso de la maternidad subrogada a este tipo de contrato, haciéndolo el más apropiado a diferencia del resto.

6.3 Contrato consensual

Ahora bien, respecto al perfeccionamiento del posible contrato de maternidad subrogada, se observa como los contratos se clasifican en reales, solemnes y consensuales. A pesar de que existen tres tipos de perfeccionamiento, es importante recalcar que todo contrato necesita del consentimiento para perfeccionarse. Ergo, los contratos reales son característicos porque basta la entrega de la cosa para su perfeccionamiento; en los solemnes basta con el cumplimiento de ciertas formalidades tipificadas en la ley. Finalmente, el contrato consensual se caracteriza por perfeccionarse

³⁸ María del Carmen Ayala Escorza, “Contratos Civiles”, *IUERE EDITORES*, (2017).

³⁹ Artículo 1477, CC

⁴⁰ Luis Parraguez, *Régimen Jurídico del Contrato* (Quito: Cevallos-Editora Jurídica, 2021), 163.

⁴¹ Comisión Nacional de Bioética en Salud. Criterio y recomendaciones bioética sobre la maternidad subrogada en Ecuador, 2.

con el simple consentimiento de las partes.⁴² Pues bien, una vez definido brevemente las formas en la que se perfecciona un contrato, es importante analizar de forma más detallada cada una con el fin de distinguir cuál de las tres es la que perfecciona este posible contrato.

Los contratantes llegan a un acuerdo en el cual sientan que sus pretensiones estén totalmente satisfechas. El Código Civil contiene un sistema que es consensualista en donde por regla general los contratos se perfeccionan con el consentimiento. En el caso del posible contrato de maternidad subrogada podemos observar que, con el simple consentimiento de ambas partes, el contrato se perfecciona, ya que la ley no prescribe solemnidades y tampoco especifica que se perfecciona con la entrega de la cosa. Por lo tanto, se lo podría considerar como un contrato consensual.

De la misma manera, el hecho de que la mujer otorga su consentimiento para que se utilice su útero, para entregar el futuro bebé, y que la otra parte acceda a pagar un valor pecuniario; en el caso de que sea un contrato bilateral, se podría constatar que existe el perfeccionamiento del contrato. Consecuentemente, es importante aclarar que solo la Ley es la que establece en qué casos basta el consentimiento para el perfeccionamiento de un contrato. Al analizar las normas aplicables al contrato de arrendamiento de servicios, se observa que es un contrato consensual:

El arrendamiento es un contrato de carácter consensual, por cuanto se perfecciona con el sólo acuerdo de voluntades y, en consecuencia, genera obligaciones a cargo de las partes; sin que se requiera, a diferencia de los contratos de naturaleza real, de la entrega de la cosa como requisito de formación del contrato.⁴³

6.4 Contrato unilateral o bilateral

Los contratos pueden ser bilaterales o unilaterales: si una sola parte se obliga para con otra sería un contrato unilateral, y si ambas partes se obligan recíprocamente, el contrato tiene un carácter bilateral.⁴⁴ De la misma forma, la reciprocidad del contrato implica, que las obligaciones contrapuestas, aparezcan en el mismo momento, esencialmente que coexistan para calificarlo como un contrato bilateral. La distinción toma importancia porque no solo se basa en el número de declaraciones de voluntad, sino en el número de prestaciones que nace en el contrato y la relación que tienen una con

⁴² Artículo 1459, CC.

⁴³ Jack Bigio Chrem. “El contrato de arrendamiento”. *THEMIS revista de derecho* (1994), 3.

⁴⁴ Guillermo y Eduardo Ospina, *Teoría General del Contrato y de los demás actos negocios jurídicos*, (Colombia:Editorial Temis, 2019), 59.

otras.⁴⁵ En principio, el posible contrato de maternidad subrogada podría ser tanto unilateral como bilateral. De hecho, al concluir que el contrato es uno de arrendamiento de servicios, efectivamente se trataría de un contrato bilateral en la que ambas partes se obligan a cumplir con las prestaciones acordadas en el contrato.

6.5 Contrato gratuito u oneroso

Es importante mencionar que los contratos pueden ser gratuitos u onerosos; fundamentalmente, depende de si una parte o ambas se gravan en beneficio de la otra. En el contrato gratuito solamente una de las partes sale beneficiada, en este caso es la parte contratante, ya que la madre subrogante por mera acción altruista presta su vientre en gestación, y la parte contratante obtiene al bebé que es producto del arrendamiento del vientre, siendo la parte beneficiada de la acción de la madre subrogante.⁴⁶

Por otro lado, el carácter oneroso quiere decir que ambas partes salen beneficiadas, en este caso la madre subrogante otorga su vientre en arrendamiento a cambio de un valor pecuniario, mientras que la parte contratante al no tener la oportunidad de tener hijos busca este medio para poder satisfacer su pretensión. En síntesis, al especificar que el contrato de arrendamiento de servicios es bilateral o sinalagmático, se entenderá de la misma manera que es oneroso, ya que ambas partes se gravan en beneficio de la otra en un contrato, y se obligan recíprocamente a cumplir con lo manifestado en el contrato.

Ahora bien, la madre está en todo su derecho de tener libertad para contratar y el derecho a tomar decisiones libres sobre su físico⁴⁷. Sin embargo, es indispensable que el legislador fundamente una regulación con un enfoque en proteger los derechos fundamentales, tanto de la madre subrogante como del niño; de la misma manera, es necesario que se especifique las circunstancias en la que se podría celebrar este contrato para evitar la existencia de algún tipo de enriquecimiento ilícito o vulneración al principio moral. Aun así, se puede verificar que si puede existir la posibilidad de celebrar un contrato de arrendamiento de servicios con leyes especiales que el legislador debe implementar para que fortalezca los derechos y principios tanto para las partes como del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

⁴⁵ *Ibidem*, 59.

⁴⁶ Artículo 1456, CC.

⁴⁷ Artículo 66, CRE.

7. Elementos del contrato de maternidad subrogada

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la ley distingue aquellos elementos de los contratos que son de su esencia, de su naturaleza y las puramente accidentales. Un contrato en particular debe necesariamente reunir los elementos de la esencia que son propios de este para ser tal contrato. De lo contrario, no surte efecto alguno o degenera en otro distinto.⁴⁸ Es así que en ciertos casos los elementos esenciales son aquellos sin los cuales no puede existir el contrato. Sin embargo, en otros casos la falta de un elemento esencial no llega al extremo de afectar la vida del contrato, simplemente compromete su identidad, de manera que el negocio nace a la vida del derecho, pero degenera en otro acto jurídico diferente al que las partes manifiestan su voluntad, produciendo lo que se conoce como la conversión.⁴⁹

Al argumentar que el contrato de maternidad subrogada debe tratarse como un contrato de arrendamiento de servicios, se determinará razones justificadas sobre el cual este tipo de contrato se ajusta con el servicio de gestación por sus elementos de esencia.

En el caso del contrato de arrendamiento de servicios principalmente se necesita la identificación del objeto contractual, la razón por la que las partes contratan cuyo objeto de la prestación es el servicio de gestación, a cambio de una remuneración sucesiva hasta lo que dure los meses que se gesta el embrión, hasta la etapa del parto del bebe y la entrega de este a la parte contratante. Más adelante se detallará las razones por la que este objeto cumple con el requisito de validez dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Por lo tanto, es relevante para este tipo de contrato especificar que el objeto es el servicio de gestar.

Finalmente, se debe especificar la remuneración a cambio del servicio, sustancialmente debe consistir en un pago periódico que se entregara semanal o mensualmente depende lo que acorde las partes, no obstante, parte del elemento de la esencia es el precio por el servicio de gestar. Este elemento esencial es importante ya que, si no existe la estipulación en el contrato del pago periódico, se puede derivar en un contrato diferente y no sería en uno de arrendamiento de servicios, sin perjuicio de que igual se pueda pactar un contrato de esa naturaleza.

⁴⁸ Artículo 1460, CC.

⁴⁹ Luis Parraguez, *Régimen Jurídico del Contrato*, 269.

Luis Parraguez menciona que un contrato de prestación de servicios no deja de ser tal por el hecho de que se le incorpore una cláusula de exclusividad que obedece a sus propias reglas, diferentes a las que usualmente se aplican al contrato.⁵⁰

Estos elementos de incorporación son identificados como elementos accidentales, por ende, son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial, ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales. Las partes pueden integrar estas cláusulas en virtud de la autonomía de la voluntad por el principio de libertad contractual.⁵¹

En este caso, las partes pueden acordar el lugar donde se revisará el proceso de embarazo, forma de pago, fechas de reunión de las partes, medicinas, un espacio seguro para la madre subrogante, y sustancialmente las revisiones médicas, ya sea para hacer exámenes que manifiesten el estado de salud del embrión o de la salud de la madre subrogante, hasta que el embrión evolucione en un bebe, y llegue el momento del parto.

Al ser elementos de carácter accidental porque son cláusulas especiales que las partes declararían en el contrato, para este tipo de contrato se debería considerar esenciales por ser un caso de arrendamiento de servicios de carácter particular. Es trascendental aclarar que no existen elementos naturales que implementen estas cláusulas que se entenderían como incorporados en el mismo sin necesidad de una cláusula especial o accidental, por la falta de regulación al tema de maternidad subrogada. Por otro lado, estos elementos se consideran como elementos supletorios al contrato, las partes pueden acordar no incorporarlos al contrato, pero es importante aclararlos como elementos esenciales para que no exista algún tipo de vulneración a la parte contratada, y de esta manera pueda existir una mejor seguridad jurídica en la celebración de este acto jurídico. No obstante, es indispensable recalcar que específicamente el contrato de arrendamiento de servicios bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano de manera general necesita como elementos esenciales: el hecho que es la prestación de servicio, y el precio que es el pago periódico por ese servicio, efectivamente bajo nuestro ordenamiento la maternidad subrogada se encasilla a este tipo de contrato. Por lo tanto, no se manifestaría controversia alguna en esta relación jurídica y la ley.

⁵⁰ *Ibidem*, 273.

⁵¹ *Ibidem*, 145

8. Objeto

Al ser “la maternidad subrogada como objeto de contrato” el tema central de este trabajo de investigación, se dará una explicación exhaustiva para obtener una visión más clara sobre la importancia del objeto y los parámetros que debe cumplir para que sea lícito y válido el contrato.

En primer lugar, es importante aclarar que el objeto es un requisito de existencia, sin el cual no habría posibilidad de que nazca un contrato. La definición de objeto está tipificada en el artículo 1476 del Código Civil, en la que se determina el objeto de un negocio jurídico, haciendo distinción entre el objeto del negocio y el de la obligación.

El doctor Parraguez menciona, con base en el fallo de Corte Suprema del 2003,

la definición y diferenciación entre el objeto de contrato y el objeto de la obligación. El objeto contractual es la obligación, de la que puede desplegarse una cadena objetiva que evidencia a la obligación en su función de objeto contractual, a lo que denominamos como prestación es el objeto de la obligación y finalmente las cosas son el objeto de las prestaciones.⁵²

Con base en esta denominación, podemos observar que dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano el objeto contractual consiste en las obligaciones a las que se someten los contratantes. El objeto de las obligaciones son las prestaciones y de estas son las cosas. De esta manera, la ley establece que para que un objeto sea existente debe ser posible, que exista y si se espera exista, determinado por lo menos en su género.

Ahora bien, para que el contrato tenga validez es necesario agregar al objeto la licitud. Es de suma importancia que el objeto contractual cumpla con los siguientes requisitos tipificados en el Código Civil. Primero, que sea comercial, es decir, debe ser susceptible de dominio o posesión por los particulares. Segundo, que sea física y moralmente posible y esencialmente lícito.⁵³ En síntesis, son requisitos que busca no exceder el poder humano en la obtención práctica de la utilidad perseguida por el acreedor.

Debido a lo mencionado, la imposibilidad jurídica provoca la ilicitud del objeto. Dicha ilicitud, debe ser probada en principio por medio de un análisis de inmoralidad por ir en contra de las buenas costumbres y el orden público, por constituir un hecho prohibido expresamente por la ley.

⁵²Luis Parraguez, *Régimen Jurídico del Contrato*, 518.

⁵³ Artículo 1478, CC.

Para Claro Solar, el objeto lícito es el que está expresamente reconocido por la ley, que lo ampara y protege. En sentido contrario, el objeto de carácter ilícito es aquel que no solo se conforma con la ley, igualmente, es aquel que infringe la ley, orden público o las buenas costumbres⁵⁴. Por lo tanto, el contrato existe, pero con un vicio que lo hace apto para que sea invalidado y se declare nulo por acción.

Ahora bien, para analizar el objeto que más se adecua a la figura de la maternidad subrogada, se debe realizar un estudio respecto a los posibles objetos contractuales que podrían establecerse en este posible contrato; más adelante se determinara cual es el objeto contractual que mejor encaja y cumple con los requisitos para que sea lícito; de la misma manera se planteara un análisis crítico de porqué es el que mejor se ajusta a nuestro ordenamiento jurídico.

8.1 Objeto del posible contrato de maternidad subrogada como contrato de arrendamiento de servicios

En principio, antes de verificar cual es el objeto del contrato que tendría objeto lícito es importante comenzar por las obligaciones que contiene el contrato de maternidad subrogada.

Dentro de un contrato civil las partes manifiestan su voluntad y otorgan su consentimiento en un contrato cuyo objeto es el de obligarse para obtener un beneficio de ello. Como se determinó anteriormente, las partes al recurrir al contrato tienen la responsabilidad de cumplir con sus obligaciones, y esto no es una excepción para el contrato de arrendamiento de bienes inmateriales (servicios). En síntesis, el objeto del contrato son las obligaciones, y de la obligación son las prestaciones que pueden consistir en dar, hacer o no hacer algo.⁵⁵ Ahora bien, las prestaciones o prestación a la que la parte contratante está obligada es a la de pagar un valor pecuniario acordado con la parte contratada.

En este punto, la madre sustituta sería la arrendadora que presta un servicio, por lo tanto, podría recibir una cantidad económica sucesiva conforme a lo establecido en el artículo 1856 del Código Civil.⁵⁶ Esa cantidad económica depende de lo que las partes

⁵⁴ Luis Claro Solar, Explicaciones del Derecho Civil Comparado, *reimpresión Bogotá, Editorial TEMIS*, (1979), 289. Citado por: Fabian Elorriaga De Bonis, “Las dos hipótesis del objeto ilícito contenidos en el artículo 1465 del Código Civil”, *Dialnet revista chilena de derecho privado*, (2018), 140.

⁵⁵ Rogelio Torres. Teoría General de las Obligaciones. *Revista Academia* (2009), 4.

⁵⁶ Artículo 1856, CC.

manifestaron y consintieron en el contrato. De este vínculo contractual nace una serie de obligaciones para la parte arrendataria, siendo la principal, el cuidado del feto durante el periodo de gestación y entregar el bebé al momento del embarazo. Para la contraparte, su obligación principal es la de cubrir los gastos necesarios durante el periodo de gestación para el cuidado del feto y pagar por el servicio cumplido al momento de la entrega. En el caso del costo de dicho servicio, el rango económico que podrían acordar las partes como contraprestación es discutible e indefinido. Enrique Varsi establece que el precio de la contraprestación dependerá del estado de necesidad de la mujer y su costo de oportunidad. Una regulación estricta no siempre asegura el justo intercambio de recursos si no está respaldada con una institucionalidad que incentive a la reproducción asistida como un derecho de una persona.⁵⁷

En el caso de Ecuador, según un estudio realizado con base al surgimiento de esta técnica de reproducción asistida, se estima que el valor que se ofrece por el arrendamiento de un vientre varía aproximadamente entre los \$15.000 y \$20.000 dólares de los Estados Unidos de América.⁵⁸ Debido a esto, la regulación y la mención de la reproducción asistida en una institucionalidad como lo es contrato de arrendamiento de servicios, en enfoque a la maternidad subrogada; es indispensable para poder obtener una seguridad jurídica más certera y eficaz. El vacío legal que existe por la falta de regulación, conlleva a que pueda existir acuerdos que no se miran como equivalentes en razón al valor pecunario que se le podría otorgar al arrendamiento de servicio de gestación.

No obstante, existen varias tesis que sostienen que no debería existir un valor determinado para el servicio. Es por eso que a pesar de que está en discusión su regularización como forma de reproducción asistida en el proyecto de ley del Código Orgánico de la Salud, está claro que para la celebración del negocio de maternidad subrogada no debe de existir compensación, solo debe existir un gesto altruista de la madre subrogante. Sin embargo, este sería un problema, ya que en principio existen gastos que ocurren por los cuidados previos y los que suceden durante el embarazo. Entre dichos gastos, se encuentran los de la clínica en reproducción que cobra alrededor de \$7000 por exámenes, estudios psicológicos, etc.⁵⁹ De la misma manera, los gastos extras, ya sea por transporte a los controles médicos, alimentación, medicinas. Por lo tanto, es esencial que

⁵⁷ Enrique Varsi Rospigliosi y Jalil Mardini Burgos, “Los contratos de maternidad subrogada desde una perspectiva del Análisis Económico del Derecho” *RBD: Revista de bioética y derecho* (2021), 5.

⁵⁸ Ver, <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/sociedad/6/alquilar-vientre-ecuador-20-mil>

⁵⁹ Ver, *Ibidem*.

los padres del bebé asuman todos esos gastos; implícitamente, por este tipo de razones el contrato debe ser bilateral para que exista obligación de los padres contratantes de cubrir los gastos necesarios por su hijo.

De igual forma, al especificar que el contrato se centra en el arrendamiento de servicios, se podría analizar desde una perspectiva totalmente distinta, en la cual, si ambas partes otorgan su consentimiento, establecen que el objeto es la obligación cuya prestación es la gestación, moralmente y físicamente están en posibilidad de celebrar este acuerdo. A continuación, se dará una explicación más exhaustiva sobre el porque el objeto es lícito, y los requisitos que se necesita cumplir para llegar a esa licitud.

8.2 Objeto de la prestación del posible contrato de maternidad subrogada: arrendamiento de útero, servicio de gestación o el recién nacido

En este punto de la investigación, luego de verificar que el tipo de contrato que más se ajusta a la figura de la maternidad subrogada es el de arrendamiento de servicios, es preciso establecer cuál es el objeto óptimo para que el contrato de maternidad subrogada no sea nulo por objeto ilícito. Existen esencialmente tres posturas respecto al objeto de la obligación, siendo la primera el arrendamiento del útero de la madre gestante. Como se revisó anteriormente este contrato derivaría a un tipo de contrato de arrendamiento diferente. Se estaría pactando un contrato de arrendamiento de cosa, por consistir en el “uso del vientre”, no se especifica el arrendamiento de un servicio de prestación del vientre, en este caso el vientre de la mujer no debería ser el objeto de la prestación, ya que fundamentalmente se estaría contratando por un órgano del cuerpo humano vivo que forma parte de la constitución de una mujer, no se contrata por un servicio de reproducción asistida.

En la misma línea, la segunda postura consiste en que el objeto de la prestación es el bebé, fruto de la gestación por subrogación, por lo tanto, si se contrata con este objeto de prestación este derivaría a un tipo de contrato muy diferente como el de compraventa o donación, no se acomodaría a la posibilidad de tratarlo como un contrato de arrendamiento de servicios pues el objeto contractual cambiaría la situación jurídica completamente, ya que estaríamos ante una prestación de “dar”, dejando al niño como un objeto material, en la que el contratante tendría el derecho real sobre ese niño, dispondría de él, y podría actuar con ánimo señor y dueño del bebé.

Evidentemente, se ve cómo la contratación con este objeto en particular afecta la ley, principios y sobre todo el interés superior del niño. Esencialmente, existiría objeto ilícito por las siguientes causales: La primera, por no ser comerciable, segundo, por afectar la moralidad del Estado ecuatoriano yéndose en contra de las buenas costumbres y el orden público, causales que se explicara a detalle a continuación. Finalmente, se viola la ley, ya que el ordenamiento jurídico ecuatoriano protege los derechos fundamentales de los ciudadanos ecuatorianos, y los trata como sujetos de derecho no como posibles objetos de contratación.

En definitiva, podríamos analizar que el objeto de la prestación del contrato realmente debe ser la prestación del servicio de gestación de la madre subrogante, ya que en principio las partes requieren la utilización del organismo biológico de la madre subrogante para que se lleve a cabo el proceso de embarazo.

Desde este punto, es indispensable revisar la regulación del Código Civil sobre el objeto contractual:

Primero, el artículo 1477 especifica que el objeto de la relación contractual debe ser comercial y determinado, en este caso la comercialidad no es un requisito de validez para este tipo de contrato, por cuanto, el arrendamiento de vientre no puede ser susceptible de dominio o posesión, ya que es una obligación cuya prestación es de “hacer” o “no hacer”.⁶⁰ Ahora bien, en su determinación se observa específicamente que es un contrato con la obligación de “hacer” cuyo objeto es la prestación del servicio de gestar, y al ser esta la determinación del mismo no habría afectación alguna.

Segundo, el objeto del contrato, será físicamente posible, si se especifica que la obligación contractual es la prestación del servicio de gestar, ya que esto permite la posibilidad material de que las obligaciones pueden ser realizadas. Esto debido a que el embarazo humano es un proceso natural de la especie para su procreación, y desde la existencia del ser humano se sabe que es algo posible. En la misma línea, la constitución corporal de la mujer permite que pueda gestar y que en su vientre, después de la

⁶⁰ Alessandri y Luis Claro Solar especifican que en la obligación cuya prestación es de “dar” es importante sumar los requisitos de que el objeto de la prestación debe ser comercial, pero en las obligaciones de hacer o no hacer, no puede considerarse a la comercialidad, ya que no se está contratando con cosas susceptibles de dominio o posesión, es un servicio. Se está arrendando algo para el uso no para obtener su dominio. Iván Torres Proaño y Cecilia Salazar Sánchez, *El objeto lícito del contrato, DerechoEcuador*, 3.

fecundación, el feto se transforme en un bebé. Bajo este análisis, se puede observar que el objeto es físicamente posible, por lo tanto, no habría ilicitud por imposibilidad física

Tercero, teniendo en cuenta la imposibilidad moral, que es aquella que contraviene a las buenas costumbres, orden público de un Estado y las leyes, se puede analizar que el servicio de gestar es el que mejor se adecua. Pues este otorga un planteamiento más rígido respecto al objeto del contrato de maternidad subrogada dando paso a que exista posibilidad moral.

Con base a las buenas costumbres, se sabe que no hay un concepto en concreto que especifique su significado en nuestro ordenamiento, aun así, la vinculación más específica que se tiene en la doctrina es la del juzgamiento de los actos de la persona dentro del campo de la moralidad pública. Respecto a esto, Braulio Zavaleta exclama su interpretación de buenas costumbres, refiriéndola de la misma manera, especificando que son los comportamientos que tiene una persona frente a la sociedad:

En sí, son formas y maneras de comportamiento de las personas en cualquiera de los escenarios cotidianos de la vida en sociedad. También suele decirse que son buenas costumbres las formas de ser de las personas que hacen de sí, su estima y ponderación que los ubica dentro del contexto social como personas distintas entre ellas pero que, al mismo tiempo, en su conjunto conforman identidad ciudadana, regional o nacional, según corresponda a una época y a un momento determinados en un espacio geográfico establecido.⁶¹

En este sentido, respecto al objeto contractual, las partes al consentir su voluntad en el contrato, de la misma manera consienten que están de acuerdo con el objeto del mismo. Sin embargo, hasta aquí llega el límite de las partes, ya que deben acordar un objeto contractual que no afecte las buenas costumbres, y para ello es indiscutible acordar un objeto que no afecte algún derecho de los contratantes o un tercero. En este sentido, en la figura de maternidad subrogada como contrato de arrendamiento de servicios, si no se establece como objeto contractual la prestación por gestación, se interpretaría como una conducta que va en contra del comportamiento de las personas.

Como se analizó anteriormente, con los otros posibles objetos contractuales en tema de maternidad subrogada: “dar” el bebé fruto de la gestación o la prestación del vientre; evidentemente estaríamos ante el caso de una contrariedad a las buenas costumbres. La primera en razón de que el bebé es un sujeto de derechos, no un objeto de

⁶¹ Braulio Zavaleta Valverde, *El orden público y las buenas costumbres*, Universidad Católica de los Ángeles de Chimbote, (2018), 4.

derechos, no puede ser interpretado como objeto de la prestación del contrato el bebé, se violaría derechos fundamentales como los derechos civiles que garantiza la Constitución en su artículo 23, en el cual se menciona que el Estado garantiza y reconoce a las personas los siguientes derechos. En consecuencia, el especificar que el objeto contractual es una persona iría en contra de las buenas costumbres por ser un comportamiento inadecuado este tipo de contrataciones para la sociedad. De la misma manera, el establecer como objeto contractual al arrendamiento de vientre, estaríamos en una posición distinta, en la cual se entiende como el arrendamiento del órgano de reproducción femenino, este objeto contractual, llevaría a que exista interpretación de que no se está contratando para que se implemente un embrión fecundado o se inyecte el semen masculino en el vientre para que exista el proceso de gestación, solamente se contrata para arrendar el órgano femenino, y para arrendar un órgano del cuerpo humano vivo se necesita que este fuera del cuerpo humano vivo y se debe consentir por escrito que se dona el órgano.⁶² Por lo tanto, sería contrario a las buenas costumbres por ser una conducta contraria a las buenas costumbres de una sociedad, no se puede arrendar un órgano que está dentro de la constitución física de un cuerpo humano vivo es imposible.

Ahora bien, la figura del objeto contractual como servicio de prestación de gestación, evidenciaría que no contraría a las buenas costumbres. El derecho constitucional que sostiene y se apega más a la idea de que este objeto de contratación sería lícito desde la perspectiva de las buenas costumbres es por el derecho a libertad de decidir sobre el físico.⁶³ En este sentido, el objeto contractual determinaría una cosa válida la cual es el gestar, no se está contratando por algo prohibido expresamente por la ley, la mujer puede prestar su organismo para gestar a cambio de un beneficio por que tiene la libertad de hacerlo, ella toma las decisiones sobre qué hacer respecto a su cuerpo y si consiente en un contrato la prestación de gestar, no entraría en interpretación su ilicitud.

Respecto al orden público, no existe una definición en la Constitución o el resto de leyes, igualmente, la mayor parte de la doctrina coincide en que es un concepto difuso e impreciso. No obstante, una gran mayoría doctrinal sostiene que el orden público está vinculado a la protección de la comunidad, limitando la autonomía de la voluntad en su interés. Fontaine, ha expresado que el orden público es sinónimo del orden social, y que

⁶² Artículo 7, LOS.

⁶³ Artículo 66, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

el orden social consistirá en la disposición u orientación de los individuos hacia un mismo fin.

Literalmente orden público significa orden social, en el sentido de arreglo o disposición adecuada de la sociedad civil. Ahora bien, decimos que una cosa está ordenada cuando todas sus partes están dispuestas u orientadas hacia el fin de la misma cosa. Las partes o elementos de la sociedad son los individuos humanos.⁶⁴

Por lo tanto, en razón del contrato de maternidad subrogada como arrendamiento de servicios, la afectación al orden social o público, depende en como los contratantes determinen cual es el objeto contractual por el cual están contratando. Si bien, la orientación de los individuos se dirige a justificar el orden social, se puede observar que la prestación del servicio de gestación no afecta al orden público, debido a que en base a los derechos consagrado en la constitución, los cuales son: la libertad de contratación y libertad de tomar decisiones libres sobre el físico.⁶⁵ En principio, la mujer que quiere someterse a un contrato cuya prestación es el servicio de gestar, lo puede hacer ya que está en todo su derecho de decidir qué hacer con su cuerpo físico, esto conlleva a justificar la no afectación al orden público. se está justificando que es un servicio que no es prohibido, y que está en todo su derecho de contratar.

Por otro lado, este tipo de negociación podría afectar al orden social si no se determina el objeto contractual correcto, el cual el más óptimo es la prestación del servicio de gestar. Caso contrario sería el contratar con la prestación de “dar” un bebé. En esta perspectiva, se viola los derechos fundamentales por acordar como objeto contractual la prestación de “dar” a un sujeto de derechos.⁶⁶

De la misma manera, se vería afectada si se arrienda el útero o vientre, ya que se estaría interpretando que el contrato es en base a un órgano humano y podría derivarse a una negociación específicamente de tráfico órganos del cuerpo humano, y esto alteraría el orden público por ser un delito en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, no interesa si es arrendamiento de órganos es ilícito también.

⁶⁴ Tomás Mac Hale, Orden, Orden público y orden público económico, Anales de la Facultad de Derecho Cuarta Época. Vol. VIII. Universidad de Chile, (1968), 1. Citado por: Juan Pablo Cavada Herrera, “Conceptos de alteración del orden público y de calamidad pública”, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, (2019), 1.

⁶⁵ Artículo 66, CRE.

⁶⁶ Sujeto de derechos es titular de derechos y el objeto es donde recae el derecho.

Por lo tanto, el contrato arrendamiento de servicios en el que la mujer gestante otorga su cuerpo en servicio es un objeto lícito que no afecta al orden público y la buenas costumbres, por razones similares que justifican ambos puntos para su licitud; el contrato es el más adecuado para este tipo de reproducción asistida, y de la misma manera el hecho de que sea bilateral y oneroso, otorga una seguridad jurídica, en donde la contraparte está obligada a garantizar todos los pagos necesario para el bien de la madre subrogante y el niño, de la misma manera esta contraparte consciente de que ante cualquier infortunio durante el periodo de gestación que cause la pérdida del niño el contrato no se debería ver como incumplido por parte de la madre subrogante; son situaciones que están fuera del control del ser humano pero por desgracia el riesgo lo debe asumir la mujer o la pareja que contrata los servicios de gestación de la contraparte.

9 Recomendaciones

Como primera recomendación, las partes deben cautelar que están contratando por el servicio de gestar, ya que si establecen otro tipo de objeto contractual podríamos observar que lo más probable es que contravenga algún requisito de licitud del objeto contractual y el contrato estaría bajo la red de la nulidad

Una vez que se decide optar por este método de reproducción asistida, se recomienda establecer cada cláusula del contrato de manera clara y puntual para evitar desacuerdos a futuro, ya sean por motivos de salud o económicos, y primordialmente se debe estipular qué ocurriría en el caso de que la madre subrogante no pueda cumplir con la parte del trato, de la misma manera, determinar que ocurre si el contratante no cumplió con algunas de las disposiciones o todo el contrato.

10 Conclusión:

Sustancialmente, la mayoría de las posiciones doctrinarias optan por un proceso altruista, pero como se ha demostrado, es necesario tratar a este tema como un contrato bilateral, el que más se ajusta es el contrato de arrendamiento de servicios por los elementos esenciales del contrato, lo cuales constan: parte contratante se obligue a cubrir los gastos necesarios y la madre a cumplir con la prestación de su organismo para gestar, y si nace el bebé, que lo entregue a la parte contratante junto con sus derechos. De esta manera, se puede observar que el objeto contractual por el cual las partes deben pactar es el contrato es el de arrendamiento de servicios.

Para que el contrato de maternidad subrogada sea válido, es indispensable que la madre subrogante acepte prestar su organismo en servicio de gestar, y la parte contratante deba pagar sucesivamente por el cuidado de la madre gestante y el feto que está en producción. En consecuencia, el contrato tendría un objeto lícito, ya que no se está contratando por un ser vivo, sino por un servicio que otorga la mujer. De la misma manera, el contratar con este objeto garantiza una seguridad contractual con respecto al cumplimiento de las pretensiones consentidas.

En la actualidad, cada vez en el Ecuador los métodos de reproducción asistida se están convirtiendo en prácticas comunes en la sociedad, y el número de personas con el deseo de procrear aumenta. Por lo tanto, hay muchas personas con el deseo de negociar de una manera legal para que no exista ningún tipo de afectación en la configuración del contrato o en un derecho individual. Sin embargo, las partes que quieren someterse bajo las reglas de un contrato, inocentemente por la falta de información o asesoría legal, llegan a contratar con pretensiones que afectan la validez contractual.

En síntesis, para la celebración de un contrato de arrendamiento de servicios con la figura de maternidad subrogada es necesario que se manifieste como elementos esenciales de este contrato en particular: el servicio, en el que conste que el objeto contractual es el servicio de gestar y la remuneración sucesiva durante los meses que se gesta el embrión. De ser así, ya no existirá incertidumbre o incoherencia respecto al objeto contractual por el cual las partes deben dirigir su consentimiento manifestado en este convenio y se garantizara una celebración que otorgue una mejor seguridad jurídica a las pretensiones de las partes.