

Título: [Gestación por sustitución y adopción integrativa: límites contractuales ante la ausencia de un vacío legal](#)

Autor: [Ales Uría, Mercedes](#)

Publicado en: [DFyP 2021 \(junio\), 04/06/2021, 73](#)

Cita: [TR LALEY AR/DOC/1197/2021](#)

Sumario: I. Introducción.— II. Factores de atribución de la maternidad en derecho argentino vigente.— III. Acerca de la delimitación contractual de los acuerdos de gestación subrogada.— IV. Conclusiones.

(\*)

## I. Introducción

Desde el año 2015 en que entró en vigencia el Código Civil y Comercial se ha desarrollado, en diferentes jurisdicciones a lo largo y ancho del país, un curioso fenómeno judicial en relación con la figura de la gestación por subrogación o maternidad subrogada (vulgarmente referida como alquiler de vientres). Este fenómeno se caracteriza por la aparición de fallos de diferentes jurisdicciones en los que se convalida —a priori mediante solicitud de autorización o a posteriori con un pedido de modificación registral— el orden de relaciones familiares acordados por tres o más adultos, estableciendo el status filii y familiae de niños y niñas nacidos mediante contratos de gestación por sustitución. La amplia mayoría de precedentes han resuelto planteos formulados con gestaciones ya avanzadas o, inclusive, a partir de acciones de estado para impugnar la filiación de niños y niñas ya nacidos [\(1\)](#).

De la lectura que puede efectuarse de estos decisorios judiciales se desprenden ciertas líneas de razonamiento convergentes y la cita reiterada de —prácticamente— idénticas fuentes doctrinarias y jurisprudenciales. De manera casi unánime, los conflictos son resueltos de manera favorable a la petición de "transferencia" de la maternidad legal a favor del miembro de la pareja que no ha gestado al menor involucrado. Ello por cuanto se hace una lectura amplia del derecho a la reproducción y una reelaboración del concepto de maternidad a partir exclusivamente del deseo, llegándose a afirmar la "inconstitucionalidad y anticonvencionalidad" de la determinación del vínculo a madre en relación con la mujer que pare.

Una vez más, a la luz de este escenario, conviene reflexionar, acerca del olvido sistemático de la figura de la adopción por integración del hijo del cónyuge o conviviente. Figura que, a diferencia de la gestación por sustitución, se encuentra normada y reglada, otorgando un marco de legalidad y resguardo por los intereses del niño o niña involucrada. Esto por oposición al tratamiento pretoriano y cuasi artesanal que el conglomerado de antecedentes en la materia presenta, dejando grandes interrogantes abiertos que pueden, potencialmente, vulnerar derechos fundamentales de los menores [\(2\)](#).

El caso que se trae bajo análisis presenta una diferencia notoria respecto de sus predecesores. Se trata de un supuesto de gestación por sustitución encargada por pareja conformada por dos cónyuges varones y con recurso a ovodonación. La madre gestante era una mujer soltera vinculada laboralmente con los padres intencionales. La nota distintiva de este fallo es que, a diferencia de sus predecesores, se resuelve negativamente la petición de la pareja y la gestante para mantener el emplazamiento filial de la niña nacida y reencauzar las voluntades hacia el proceso de adopción por integración de la hija del cónyuge. Ello con base en la premisa de que, auténticamente, no existe un vacío legal ni laguna normativa o axiológica.

En estas líneas se abordarán dos aspectos que surgen del fallo bajo análisis. El primero, y más ostensible, el reencuadre de la petición hacia la figura de la adopción de integración. El segundo, velado pero presente, que se refiere a los límites contractuales y mercantiles de los acuerdos de gestación por sustitución.

### I.1. El fallo "F., R. R. y otro c. G. P., M. A. s/ impugnación de filiación" [\(3\)](#)

El fallo recae en instancia de apelación en un expediente iniciado conjuntamente por la pareja comitente y la mujer gestante. Según surge del relato de los hechos, los dos varones, casados desde el año 2014, realizan un acuerdo de gestación por sustitución con la mujer que actuará como subrogante. Esta mujer, conforme los autos, trabaja para la pareja desde el año 2014 y se ofrece motu proprio para realizar la gestación y posterior entrega de la niña. El fallo omite indicar si hubo alguna retribución pactada o gasto reconocido a la gestante, así como cuál es su condición laboral específica y qué tareas realiza habitualmente para los comitentes.

La mujer gestante indica en todo momento su conformidad con el procedimiento a realizar y asume el compromiso de "renunciar a sus derechos materno filiales". La niña nace en el año 2016 y es descendiente genética de uno de los cónyuges, no así de la mujer gestante y es inscripta como hija de la madre gestante.

El Juzgado interviniente en primera instancia entiende que las cuestiones a resolver son dos: la procedencia de la impugnación de la maternidad de la gestante; y la atribución de la filiación matrimonial con relación a la pareja comitente. El fallo resuelve de manera positiva ambas cuestiones, indicando que la niña sea tenida a los

efectos legales como hija matrimonial de los comitentes y esto se vea reflejado en la correspondiente inscripción registral. Notablemente, la sentencia de grado indica, entre las razones que avalan la decisión que "...la gestación por sustitución es la posibilidad que tiene una pareja integrada por dos varones de concebir un hijo en forma conjunta y de que esta tenga relación genética con la pareja o con uno de ellos al menos" agregando la sentencia que ello "claramente es preferido a la filiación por adopción" (el destacado me pertenece) (4).

Este decisorio es apelado por el Ministerio Público Fiscal considerando que se aparta de las normas filiatorias que rigen el caso sin que la sentencia hubiese declarado su inconstitucionalidad. Sostiene que, al haber el legislador suprimido la figura de gestación por sustitución no puede concluirse que exista un vacío legal que autorice a considerarla permitida. Expresa que ello guarda coherencia con el texto del art. 562, Cód. Civ. y Com. cuya regla es que el vínculo filiatorio se genere con la mujer que dio a luz al niño y, asimismo, con el art. 558 del citado Código, en cuanto únicamente pueden existir dos vínculos filiatorios. Asimismo, el Ministerio Público Fiscal señala que el ordenamiento jurídico permite resolver la cuestión extinguiendo la responsabilidad parental de la madre gestante (cfr. art. 700 del Cód. Civ. y Com.) concediendo su adopción plena a quien manifiesta expresamente su voluntad procreacional. Así la adopción de integración que contempla el art. 630 del Cód. Civ. y Com. establece un vínculo filiatorio pleno equiparado al padre biológico.

A diferencia de su par de grado, la Defensora de Menores de Cámara adhiere a los fundamentos expuestos por el Fiscal. Sostiene que la norma contenida en el art. 562 del Cód. Civ. y Com. resulta aplicable a todos los casos, incluso al supuesto de marras. Resalta que la sentencia agravia a la niña en su derecho a la identidad "...al hacer desaparecer de escena a la madre gestante quien ha sido parte esencial para su desarrollo y posterior nacimiento. Expresa que la inscripción del nacimiento conforme el artículo citado y luego —en su caso— la posterior adopción integrativa importa un reconocimiento pleno de la identidad de origen de H. y respeta su realidad gestacional. Solicita se admitan los agravios y se revoque la resolución de grado".

A diferencia de lo resuelto en numerosos precedentes, la sala se aparta de la particular concepción de que de la decisión legislativa de eliminar la figura de la maternidad subrogada del ordenamiento civil como un permiso implícito (5). En palabras de la sala "...no existe vacío legislativo que justifique resolver el caso en función de lo normado por el art. 19 de la CN. Inicia el razonamiento considerando la existencia de un orden público (art. 12, Cód. Civ. y Com.) que sustrae a la voluntad de las partes determinadas leyes destinadas a regir las relaciones entre las personas". Concordantemente, "...los términos en que se encuentra redactado el art. 562 actualmente imponen concluir que la figura no está admitida, guardando ello coherencia con los términos que emergen del art. 17 del Cód. Civ. y Com. que prohíbe contratos gratuitos u onerosos sobre el propio cuerpo" (el resaltado me pertenece).

Asimismo, otro de los ejes que vertebran el decisorio es la consideración de las tres clases de filiación (biológica, adoptiva y por técnicas) como iguales y sin preeminencia o preferencia de una por encima de la otra. Resalta que "...el punto de partida de toda filiación es el vientre de la madre al atribuir maternidad en el art. 562 a los 'hijos de quien da a luz' y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre" y que "...la declaración de voluntad de someterse a estas técnicas médicas para lograr el embarazo (consentimiento informado) llamada 'voluntad procreacional' es el origen de la filiación por TRHA el cual se encuentra, consecuente e inexorablemente, unido al parto de quien da a luz descartando la gestación por sustitución". En claras palabras afirma que la voluntad procreacional no sirve para determinar la maternidad dado que esta se determina por el útero, más allá de todo consentimiento. En otras palabras, la voluntad procreacional rige en el ámbito donde no rige el vientre, como una nueva forma jurídica de enlazar al niño con sus progenitores de deseo.

## II. Factores de atribución de la maternidad en derecho argentino vigente

En el sistema legal argentino la filiación a madre puede tener lugar por dos vías: por la comprobación del hecho del parto, conforme el art. 565 del Cód. Civ. y Com. (que incluye a los hijos nacidos mediante TRHA a través de la disposición especial del art. 562), o bien mediante la adopción, ya sea de forma individual o conjunta, de un menor no relacionado biológicamente con ninguno de los adoptantes o descendiente genético de uno de ellos. Para el caso de un menor que es descendiente genético de uno de los miembros de una pareja, la Sección 4º del Capítulo V, Título VI del cuerpo civil y comercial, contempla la adopción de integración por el otro integrante de la unión o matrimonio y sin distinguir si el adoptante es varón o mujer.

Que una persona sea padre o madre de otra no significa que la haya engendrado, sino que debe cumplir con respecto a esa persona el conjunto de deberes y funciones que la sociedad y el ordenamiento jurídico esperan y definen con esa denominación (6). El lazo paterno-filial conlleva la imposición de una serie de deberes y correlativas responsabilidades, funciones y poderes que, en atención a su misma teleología, aconsejan, en ocasiones, no ser depositadas en cabeza de quien engendró efectivamente a una criatura (7). La construcción

histórica de la filiación que nace a partir de la sentencia de adopción nos ha enseñado que no siempre la biología es el mejor basamento para el status filii. También nos ha enseñado que la separación de genética y biología debe hacerse mirando el norte del interés superior del niño y velando por dar al niño o niña el mejor ambiente para un desarrollo integral.

### II.1. La adopción de integración: la búsqueda del mejor interés del menor

Históricamente la separación entre progenitura —en un sentido biológico o genético— y paternidad o maternidad —en un sentido legal— encontró su razón de ser en la protección del mejor interés del menor. La realidad que pone de manifiesto el precedente estudiado, y los antecedentes citados en el epígrafe anterior, evidencia una peligrosa segunda posibilidad de disociación basada fundamentalmente en los intereses y deseos de los adultos.

El interés superior del niño representa un principio con jerarquía constitucional, a partir de la reforma de 1994 a la Constitución Nacional (8). La minoría de edad es protegida en virtud del proceso de desarrollo vital que comprende: la personalidad va evolucionando hacia una autonomía y afirmación del yo (9). El Derecho recoge este dato social y psicológico y lo recubre de una protección normativa, contemplando un determinado número de años como minoría de edad legal (10).

En el ordenamiento jurídico argentino el interés del menor es el eje central de cualquier decisión administrativa, judicial o privada (11). Este estándar no es un valor programático, sino que posee un contenido legal vinculante como principio que informa la actuación de todos los poderes públicos (12). Esto significa que, en cada situación a resolver, los derechos del niño, niña o adolescente en cuestión —el derecho del menor a estar con sus padres, el derecho a la salvaguarda de su integridad física y moral, el derecho a la educación, entre otros— al momento de cobrar vigencia efectiva deberán concretarse en una única decisión destinada a optimizar este principio, otorgándole contenido específico (13).

En la adopción de integración que contempla el art. 630 del Cód. Civ. y Com. se establece, con la debida intervención y contralor judicial, un vínculo filiatorio con el hijo del cónyuge o conviviente y respecto del cual no se tiene relación genética alguna. Este supuesto procederá cuando, o bien no se ha determinado uno de los vínculos filiatorios biológicos, o bien una vez determinado existen causas —contempladas en el art. 621 del Cód. Civ. y Com.— que hacen aconsejable para la protección del mejor interés del niño que este mantenga ciertos vínculos con el progenitor biológico pero que la responsabilidad parental resida en la pareja matrimonial o conviviente. Aquí existe un vínculo parental basado en la progenitura y otro vínculo que se establece por la conjunción de la voluntad y la intervención estatal mediante la figura de la adopción.

Aquí existe un vínculo parental basado en la progenitura y otro vínculo que se establece por la conjunción de la voluntad y la intervención estatal mediante la figura de la adopción. Es decir que, una vez reconocido el menor por el cónyuge que aportó su espermia, podría abrirse una nueva etapa en la que el cónyuge del varón solicitase la adopción del hijo de este, en el marco de un expediente judicial en el que se velase por el interés del niño. Inclusive, en el caso bajo examen, esta opción no encontraría la prohibición del art. 601, inc. b) de adopción del descendiente por el ascendiente (14).

A manera de ejemplo de la viabilidad y legalidad de la opción planteada, vale citar el precedente de la sala H, de la Cámara Civil, en la que se hizo lugar, a petición de los comitentes, con conformidad de la gestante y del Sr. Defensor de Menores, a la adopción de integración de dos menores nacidos mediante gestación por sustitución por el cónyuge masculino del padre genético (15). Para así resolver, la sala interviniente, juntamente con el Defensor de Menores, valoró que la figura legal pretendida otorgaba a los menores involucrados un mismo estatus familiar, resguardando su interés superior.

### II.2. El porqué de la adopción como vía privilegiada

La sentencia de primera instancia en esta causa remarcó que establecer la filiación de acuerdo con la voluntad procreacional "claramente es preferido a la filiación por adopción", justificando el recurso a la gestación por sustitución. Vale preguntarse si esta afirmación, que se efectúa desde la óptica adulto céntrica de quienes poseen el deseo de ser padres, es extensible al prisma de la situación del niño o niña que viene a satisfacer ese deseo.

Nuevamente, esto lleva a considerar las consecuencias de no recurrir a los cauces de legalidad que ofrece el instituto de la adopción en sus diversas variantes. La cuestión de quién ostente la patria potestad sobre un niño, sea a cambio del pago de dinero o sea por razones altruistas, no puede quedar enteramente librada al acuerdo de los particulares ni se enmarca en el ámbito de la privacidad.

Como ya se remarcó, la subrogación tiene en común con la adopción que se exige la intervención de terceros para crear una familia cuando una pareja está imposibilitada de hacerlo sola. En ambos casos el estado

tiene una función reguladora en su condición de tutor de los menores de edad. Asimismo, ambos procedimientos sirven para integrar niños en hogares con los que no poseen un vínculo genético completo. La diferencia en que en la maternidad subrogada se planifica la generación de un niño o niña que será separado de su madre biológica, de común acuerdo entre ella y el o los comitentes, muchas veces con una retribución de por medio, con el objeto de una paternidad o maternidad ancladas en el deseo de la descendencia más o menos genética (16). En Argentina, adicionalmente, estos acuerdos son llevados a cabo en un contexto entre privados, sin contralor de un tercero imparcial, y con el asesoramiento médico y legal de profesional que lucran con su realización.

El interés del niño es solamente invocado a posteriori con una situación afectiva y familiar de hecho consolidada: el magistrado interviniente debe enfrentarse a una gestación en curso y a la urgencia de determinar un emplazamiento filial cuando la embarazada expresamente manifiesta no querer asumir su rol materno y otra pareja reclama derechos parentales sobre un niño por nacer (17). Difícilmente el mandato de optimización de protección del interés del menor pueda concretarse situando al recién nacido bajo la responsabilidad parental de quien desea entregarlo a otras personas (18).

A la luz de la lectura del precedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el caso "Paradiso & Campanelli c. Italia" (19), cabe preguntarse cómo serían consideradas, en el marco de una solicitud de adopción de un menor por sus guardadores de hecho, si del expediente judicial surgieran acuerdos y conductas entre privados similares a las que han dado lugar a ciertos precedentes de emplazamiento filiatorio con base en una figura expresamente descartada por el legislador de 2015. Y si bien la jurisprudencia de este tribunal se inclina ante la necesidad de otorgar un emplazamiento legal que disipe situaciones de incerteza sufridas por los niños y niñas nacidas a través de estos acuerdos, lo cierto es que entiende que el margen de apreciación del Estado para lograr este objetivo es amplio. Tanto que no existe una obligación automática de reconocimiento de la maternidad de deseo: este reconocimiento puede discurrir por los caminos de la adopción con contralor judicial (20).

Resulta ilustrativa, la resolución del Parlamento Europeo del 5 de abril de 2011 en la que se llamó a los estados miembro a reflexionar sobre "...el serio problema de la subrogación que constituye una explotación del cuerpo femenino y sus órganos reproductivos" y enfatizaba que "...las mujeres y los niños están sujetos a las mismas formas de explotación y ambos pueden ser vistos como commodities" (21).

En este mismo sentido, la Informante Especial de la ONU sobre trata y explotación sexual, incluyendo prostitución y pornografía, sostuvo en su informe del 15 de enero de este año 2018, en el marco de la Asamblea General, que la maternidad subrogada frecuentemente equivale a la trata de niños. Recomendó prohibir la maternidad subrogada comercial (22). Proceder a determinar en todos los casos la maternidad por el parto y no admitir contratos que impliquen la renuncia a la responsabilidad parental por parte de la madre. También que se obligue a los jueces a investigar todo contrato de maternidad subrogada para asegurar que no haya venta o explotación y a evaluar la idoneidad de los pretendidos progenitores ("comitentes").

### III. Acerca de la delimitación contractual de los acuerdos de gestación subrogada

En repetidas oportunidades he sostenido que los acuerdos mediante los que se estipula el coloquialmente denominado "alquiler de vientres" se acercan más a un supuesto de voluntariedad en la supresión y atribución de la filiación materna que a un caso típico de reproducción asistida (23). Ello por cuanto presenta diferencias sustanciales con las prácticas de TRHA heterólogas más extendidas y aceptadas por el Derecho comparado (24). Estas diferencias pueden centrarse en: la infungibilidad de la mujer gestante; el carácter complejo de las conductas que se encuentran involucradas; y la disposición total del cuerpo de la persona gestante.

Por fuera de lo que transcurre ante los estrados judiciales, discurre un escenario de acuerdos, encuentros de voluntades, que tienden a determinar qué sucederá con el emplazamiento filiatorio y familiar de un recién nacido

¿Cuál es la realidad de la maternidad subrogada? La mujer gestante posee un vínculo con las personas comitentes y estas dos partes, a su vez, poseen relaciones con los centros de fertilidad que actúan como intermediarios o facilitadores de estos acuerdos. No olvidemos que la gestación subrogada es técnica posible solo por vía de fertilización in vitro, que es un procedimiento que solamente puede efectuarse en un centro médico. A su vez, las relaciones entre estas tres partes repercutirán sobre la posición jurídica y derecho de la persona del hijo o los hijos que habrán de nacer.

#### III.1. El acuerdo entre parte gestante y parte comitente

Como todo acuerdo de voluntades para el derecho, este debe tener un objeto o propósito (25). Lo que se denomina el "objeto" del contrato. Ante ello la primera pregunta a realizarse consiste en diferenciar si se trata de una obligación de hacer o una obligación de dar, en la nomenclatura de la materia.

En una obligación de hacer nos encontraríamos ante un contrato cuyo objeto es la prestación de un servicio. En este caso: el servicio de gestación. Ante ello cabe preguntarse qué características poseería este servicio y si podría ser legalmente prestado en el marco del derecho argentino.

Como notas evidentes del servicio de gestación surgen que este implicaría a la totalidad psico, física y emocional de una mujer durante las veinticuatro horas del día; todos los días; durante entre 38 y 42 semanas en la normalidad de los casos. Ni la Ley de Contrato de Trabajo, ni ningún Convenio Colectivo, ni estatuto de ejercicio de profesión liberal alguna contempla o permiten la utilización de la fuerza laborativa humana con tal extensión.

Consecuentemente, la pregunta que sigue es si el objeto del acuerdo es un dar: la entrega de un producto o bien. Este producto no podría ser un órgano —el útero femenino—, ya que es imposible separarlo del resto del cuerpo de la mujer para que cumpla con su función de gestación.

Siguiendo, entonces, la teoría de las obligaciones, cabe diferenciar entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado para dar respuesta a cuál es el objeto del contrato o regulación de voluntades entre gestante y comitentes. ¿A qué se obliga la gestante? A realizar todas las conductas tendientes a lograr un embarazo, llevarlo a término. Pero, como corolario del abanico de obligaciones que asume, se encuentra una obligación de resultado: entregar un niño o niña nacidos a los comitentes. El objeto del contrato es doble: poner a disposición la propia persona para la gestación y nacimiento; y entregar el niño o niña fruto de esa gestación a las personas que lo encargaron. Prueba de ello la ofrecen el derecho comparado de este tipo de acuerdos donde la gestante es paga en diferente medida por sus servicios si el embarazo es múltiple, si no llega a término, si el niño no nace vivo, etc.

### III.2. El vínculo laboral de la gestante con los comitentes. Lo que el fallo no nos dice

Entre los antecedentes que surgen de la sentencia de Cámara se menciona que la gestante es trabaja para ambos comitentes. No se nos dice en qué calidad ni cómo se articula esa relación de dependencia laboral. En sí, poco importan estos datos frente a la innegable realidad del vínculo laboral.

A nivel internacional, los documentos que han avanzado en un análisis multisectorial acerca de la maternidad subrogada han sido concluyentes en un sentido: debe evitarse la que obedece al tipo comercial puesto que, en estos casos, el límite conceptual y legal con la compraventa de niños es tan tenue que, a veces, se torna invisible. Así, los Principios de Verona de febrero de 2021, redactados por un grupo de expertos conforme el *International Social Services* (26) aclaran: "La subrogación comercial, por definición, incluye pago y, por lo tanto, cumple con al menos dos de tres elementos presentes en la venta de un niño: pago y transferencia. La subrogación comercial constituye la venta ilícita de niños cuando ese pago se hace 'por' (a cambio de) la transferencia. En la subrogación comercial, el pago por los servicios de gestación es mínimo; la cuestión radica en que el pago es hecho por la transferencia". La transferencia se refiere a la responsabilidad parental y emplazamiento filial.

El caso bajo análisis, por el solo vínculo laboral, implica que existe un intercambio de dinero entre los comitentes y la gestante. El altruismo —que, por otra parte, no aparece mencionado, sino solamente la espontaneidad del ofrecimiento— es de difícil invocación entre partes unidas por una relación de dependencia. En este caso, es, además, la parte que para la legislación laboral es "vulnerable" o "débil" quien lleva adelante la prestación de servicios humanos y la entrega de los derechos parentales a favor de la parte "fuerte".

Resulta muy difícil imaginar el desenvolvimiento de esta relación laboral, bajo los principios que rigen a la ley 20.744, en el contexto de un acuerdo típico de gestación por sustitución. En este tipo de acuerdos, son cláusulas usuales aquellas que se refieren a gestión de la salud materno fetal (tales como la elección por los comitentes del equipo obstétrico; el ingreso a los controles prenatales; la prohibición de ingesta de alcohol y drogas); intimidad (abstención de relaciones sexuales durante ciertos períodos por tratamiento de fertilidad o indicación médica); y libertad (obligación de interrupción de embarazo).

Cuesta todavía más imaginar un control de cumplimiento de algunas de las pautas mencionadas, ejercidas sobre una dependiente, en el contexto de una relación laboral en la que debe regir, de mínimo, el estándar del art. 70, LCT: "Controles personales. Los sistemas de controles personales del trabajador destinados a la protección de los bienes del empleador deberán siempre salvaguardar la dignidad del trabajador y deberán practicarse con discreción y se harán por medios de selección automática destinados a la totalidad del personal. Los controles del personal femenino deberán estar reservados exclusivamente a personas de su mismo sexo" (el destacado es nuestro).

Todavía más, cabe preguntarse cómo se asegura el derecho de la mujer gestante a una rescisión contractual o, inclusive, su libertad de arrepentirse cuando, previsiblemente, su reticencia o negativa a cumplimentar alguna

de las cláusulas del acuerdo le lleve también la pérdida de su fuente de vida. Porque, humanamente, ¿cuál sería la posición en que esta mujer se encontraría frente a sus empleadores, futuros padres intencionales, si desea interrumpir su embarazo de acuerdo con la normativa vigente? ¿O si desea continuarlo frente a la decisión contraria de quienes abonan su sueldo y los gastos médicos de su embarazo? O si deseara mantenerse en el emplazamiento filial del recién nacido, por aplicación del art. 565 del Cód. Civ. y Com.

La LCT nos indica en su art. 12: "Irrenunciabilidad.— Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción" (el destacado es propio). Difícilmente podamos sostener este principio frente a una "locación de servicios" que exige la puesta a disposición permanente, durante más de 40 semanas, con injerencias en la vida privada, dirección de aspectos vinculados con la salud y derechos reproductivos y la imposibilidad fáctica de rescisión por una de las partes sin pérdida de salario.

Son especulaciones dado que la sala K de la Cámara no ahondó en esta problemática. Los magistrados apelaron a afirmar la inexistencia de vacío normativo para evitar el desplazamiento filiatorio con base contractual.

#### IV. Conclusiones

La Cámara, por medio de la sala K, abordó un tema controversial y espinoso y sentó posición en cuanto a la alegada existencia de un vacío legal en el tema. Nuestro ordenamiento contempla dos vías de establecimiento de la maternidad: por el vientre y por la adopción. No así por el acuerdo de partes.

Se enrola esta posición dentro de una línea que aconseja la ONU a través de su Relatora Especial, y refrenda la última jurisprudencia del TEDH. También los recientes principios de Verona. Avalar legalmente el emplazamiento de un niño o niña en el seno de un grupo familiar sin contralor alguno por parte de la autoridad judicial y frente a posibles indicios de intercambio financiero de fondo, no es legítimo ni justo. Tanto el respeto por la dignidad de la mujer gestante como por los derechos del niño o niña exigen un tratamiento legal diferente.

(\*) Abogada (Univ. Austral), doctora en Derecho (Univ. De Sevilla), MBA (Univ. Rey Juan Carlos), profesora titular de Derecho de Familia y Sucesiones en la Universidad del Salvador y UCEMA.

(1) Remitimos al trabajo que extensamente aborda la cuestión que elaboramos con BASSET, Ursula, "¿Legislar sobre maternidad subrogada?", LA LEY diario del 30/05/2018.

(2) Véase el análisis desde la óptica de política legislativa y seguridad jurídica que volcamos en ALES URÍA, Mercedes, "Argentina's Absence of Regulation of Surrogate Motherhood: a Case of Judicial Activism and Unforeseeable Consequences", en AA.VV., Family Law and Family Realities, Seven Publishing, Netherlands, 2019.

(3) CNCiv., sala K, sentencia del 28/10/2020.

(4) Acerca de las ópticas, prejuicios y valores que subyacen en tal afirmación, véase BASSET, Ursula, "Antiadoptivismo: un sesgo latinoamericano que impacta de lleno en el derecho a una familia de los niños", Anuario uruguayo crítico de derecho de familia y sucesiones: doctrina, jurisprudencia, temas procesales y registrales, nro. 8, 2020, ISSN 2301-1114, ps. 7-18.

(5) Véase el relevamiento de antecedentes efectuado en ALES URÍA, M., "Maternidad por acuerdo de partes: ¿legalidad o equidad?", Revista del Código Civil y Comercial, nro. 59, La Ley, junio 2016.

(6) MONTÉS PENADES, V. L., "El consentimiento en la fecundación asistida", Actualidad Civil, nro. 47, 25/10/1994, p. 491, ps. 506-509.

(7) LACRUZ BERDEJO, J. L., "La Constitución y los hijos artificiales", Actualidad Civil, nro. 34, 20/09/1987, p. 2031, ps. 2031-2037.

(8) SOLARI, N., "Aplicación del interés superior del niño en fallos de la Corte Suprema", DFyP 2010 (septiembre), 01/09/2010, p. 24.

(9) PIAGET, J., Seis estudios de psicología, trad. N. Petit, Ariel, Barcelona, 1981, ps. 12 y ss.

(10) El "interés del menor" abarca todas las vertientes de la protección del niño y es la piedra angular de la legislación concerniente a quienes aún no han alcanzado la mayoría de edad puesto que ha de ser la directriz en toda situación que los involucre. Exige que se alcance un equilibrio dinámico en función de la gradual autonomía volitiva del niño.

(11) CS, sentencia del 20/02/2007, "Gallardo, Guadalupe y otros c. Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso".

(12) CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., "Acogimiento familiar versus paternidad. El derecho de los acogedores y padres a relacionarse con el menor y el peligro a perder a los hijos por sufrir una enfermedad mental", LA LEY, nro. 5189, 22/11/2000, p. 6.

(13) Van Bueren, G., *The International Law on the Rights of the Child*, Kluwer Law International, Holanda, 1998, ps. 47-48. Una vez asentado que el interés del menor es un concepto indeterminado, es fácil deducir que se compone de una lista abierta de factores imposibles de enumerar exhaustivamente en cualquier norma. La tarea del operador del Derecho consiste en determinar caso por caso, y de acuerdo con los factores que en la coyuntura estén en juego, un equilibrio. La especial dificultad radica en que, al enfrentar un conflicto que involucre a un niño, es necesario realizar pronósticos de futuro mediato e inmediato e, ineludiblemente, introducir valoraciones sobre lo que constituye el más pleno desarrollo de una persona. No debe olvidarse que al hablar del "interés del menor" y de lo que este significa nos encontramos ante un concepto legal que intenta orientar factores extra normativos como son la realidad psicológica, afectiva y social en la que se desenvuelve el menor; aquello que sea el mejor interés de este para la ley y para el juez, puede no corresponderse enteramente con el mejor estado de cosas para el niño en otros ámbitos. En otras palabras, el interés del menor es un principio que debe guiar al ordenamiento normativo y detiene su efectividad allí donde el Derecho no puede avanzar; la norma puede indicar que los deberes de la patria potestad incluyen el trato personal con el hijo, pero no puede crear un lazo afectivo y espiritual donde la voluntad no lo desea.

(14) Ídem, p. 99.

(15) CNCiv., sala H, 24/10/2016, autos "S. T., A. y otros s/ inscripción de nacimiento".

(16) FRETWELL WILSON, R., "Uncovering the rationale for requiring infertility in Surrogacy Arrangements", *American Journal of Law & Medicine*, 29 (2003), ps. 337-362, p. 353.

(17) ALES URÍA, M., "Maternidad por acuerdo...", cit.

(18) El propio ordenamiento jurídico reconoce en el art. 700, inc. b) del Cód. Civ. y Com. la extinción de la responsabilidad parental por el abandono del hijo inclusive cuando es dejado al cuidado del tercero o de otro progenitor. Concordantemente, el art. 607, inc. b), permite la declaración de adoptabilidad de un menor cuando sus padres han manifestado libremente su decisión de que sea adoptado.

(19) Sentencia de Gran Sala del 24 de enero de 2017. Véanse las diferentes posiciones manifestadas en la doctrina nacional por LAFERRIERE, J. N., "Importante fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos contra la maternidad subrogada", en *Boletín de Bioética, Persona y Familia*, del 6 de febrero de 2017; y KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. - HERRERA, M. - LAMM, E. - DE LA TORRE, Natalia, "La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso 'Paradiso y Campanelli c. Italia'", LA LEY del 13/03/2017.

(20) Véase el análisis de la jurisprudencia posterior del TEDH realizado por MARRAMA, Silvia, "Prácticas abusivas en convenios de maternidad subrogada", *Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, Erreius, febrero 2020.

(21) Véase párrs. 20 y 21 sobre prioridades y esquema del nuevo marco de políticas de la UE para luchar contra la violencia contra la mujer. Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0127+0+DOC+XML+V0//ES>. Visitado por última vez el 24/03/2017.

(22) Se sigue el trabajo de Basset, Úrsula, "La maternidad subrogada como trata y explotación de niños. informe oficial de la Asamblea General de la ONU", LA LEY del 11/09/2018, p. 1; LA LEY 2018-E-728.

(23) ALES URÍA ACEVEDO, M., "El derecho...", cit., ps. 273-276.

(24) Para un desarrollo más extenso véase ALES URÍA, M., "La maternidad por acuerdo de partes", *El Derecho*, 30 de diciembre de 2011 y "La doble maternidad en derecho argentina y comparado", LA LEY de 26/05/2011 y bibliografía allí citada.

(25) Art. 773.— Concepto. La obligación de hacer es aquella cuyo objeto consiste en la prestación de un servicio o en la realización de un hecho, en el tiempo, lugar y modo acordados por las partes. Art. 774.— Prestación de un servicio. La prestación de un servicio puede consistir: a) en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. Las cláusulas que comprometen a los buenos oficios, o a aplicar los mejores esfuerzos están comprendidas en este inciso; b) en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia; c) en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido. La cláusula llave en mano o producto en mano está comprendida en este inciso. Si el resultado de la actividad del deudor consiste en una cosa, para su entrega se aplican las reglas de las obligaciones de dar cosas ciertas para constituir

derechos reales. Art. 750.— Tradición. El acreedor no adquiere ningún derecho real sobre la cosa antes de la tradición, excepto disposición legal en contrario.

(26) <https://www.iss-ssi.org>.