



Roj: **SAP LE 1708/2020 - ECLI:ES:APLE:2020:1708**

Id Cendoj: **24089370022020100356**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **León**

Sección: **2**

Fecha: **21/12/2020**

Nº de Recurso: **222/2020**

Nº de Resolución: **370/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANTONIO MUÑIZ DIEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

LEON

SENTENCIA: 00370/2020

Modelo: N10250

C., EL CID, 20

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 987233159 **Fax:** 987/232657

Correo electrónico:

Equipo/usuario: APS

N.I.G. 24089 42 1 2018 0009536

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000222 /2020

Juzgado de procedencia: JDO. DE PRIMERA INSTANCIA N.11 de LEON

Procedimiento de origen: X07 ADOPCION 0000298 /2018

Recurrente: MINISTERIO FISCAL

Procurador:

Abogado:

Recurrido: María Rosa

Procurador: MARIA DE LA SOLEDAD FERNANDEZ APARICIO

Abogado: ANGELES MOLERO MERINO

SENTENCIA NUM. 370/2020

ILMOS/A SRES/A:

D. ALBERTO FRANCISCO ALVAREZ RODRIGUEZ.- Presidente

D. ANTONIO MUÑIZ DIEZ.- Magistrado

D. RICARDO RODRIGUEZ LOPEZ.- Magistrado

En León, a veintiuno de diciembre de 2020.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 2ª, de la Audiencia Provincial de LEON, los Autos de ADOPCION 298/2018, procedentes del JDO. DE PRIMERA INSTANCIA N.11 de LEON, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 222 /2020, en los que aparece como parte apelante, MINISTERIO FISCAL,



y como parte apelada, D^a María Rosa , representado por la Procuradora de los tribunales, D^a. MARIA DE LA SOLEDAD FERNANDEZ APARICIO, asistida por la Abogada D^a. ANGELES MOLERO MERINO, sobre adopción, siendo Magistrada Ponente el Ilmo. D. ANTONIO MUÑIZ DIEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado expresado al margen, se dictó sentencia en los referidos autos, con fecha 9 de marzo de 2020, cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: "**FALLO: DECIDO: ACORDAR LA ADOPCIÓN** de los menores Luis María y Aurelia por Doña María Rosa , llevando los menores el apellido de la adoptante, en la forma legalmente prevista."

SEGUNDO.- Contra la relacionada sentencia, se interpuso por la parte demandada recurso de apelación ante el Juzgado, y dado traslado a la contraparte, por ésta se presentó escrito de oposición, remitiéndose las actuaciones a esta Sala y señalándose para la deliberación, el pasado día 14 de diciembre.

TERCERO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Antecedentes.

Por D^a. María Rosa se presentó solicitud de apertura de expediente de jurisdicción voluntaria para la aprobación de la adopción por ella de los menores Luis María y Aurelia , nacidos en Kropyvnytskiy (Ucrania) el día NUM000 de 2018, que son hijos de su marido, D. Tomás , y de D^a. Covadonga , habiendo prestado la madre el 7 de agosto de 2018, ante la Consejera de la Embajada de España en Kiev (Ucrania), en funciones notariales, su consentimiento para la adopción por la ahora solicitante. Los menores constan inscritos con dicha filiación (padre D. Tomás , y madre D^a. Covadonga ,) en el registro consular español de Kiev.

Tra s la comparecencia del padre mostrando su conformidad con la adopción pretendida por su esposa, se emite informe por el Ministerio Fiscal oponiéndose a la aprobación porque la inscripción del nacimiento de los menores en el Registro Consular de Kiev se debe considerar como nula en cuanto a la determinación del padre de los menores puesto que infringe lo recogido en el art. 23 de la LRC en relación con el artículo 10 de la Ley de Reproducción Asistida, y por ello, partiendo de la premisa de la nulidad de la filiación paterna, la promotora del expediente no está legitimada para iniciar el mismo puesto que si bien es la mujer de Tomás a este no se le debe tener como padre de los menores, salvo que ejerza la acción de reclamación de paternidad correspondiente o que el expediente de adopción sea iniciado por la entidad pública correspondiente, la cual puede hacerlo a favor de la promotora del expediente y su cónyuge.

Convertido el expediente en contencioso se acordó citar a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal, y a continuación se dicta Sentencia, con fecha 9 de marzo de 2020, que acuerda la adopción de los menores Luis María y Aurelia por Doña María Rosa , llevando los menores el apellido de la adoptante.

Con tra la citada resolución interpone recurso de apelación el Ministerio Fiscal, que denuncia la errónea aplicación del derecho, insistiendo en que la inscripción del nacimiento de los menores en el Registro Consular de Kiev se debe considerar como nula en cuanto a la determinación del padre de los menores, puesto que infringe lo recogido en el art. 23 de la LRC en relación con el artículo 10 de la Ley de Reproducción Asistida, y no se ajusta a los criterios establecidos en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, dirigida a los Encargados del Registro Civil y que, además, existe la falta del asentimiento de la madre biológica puesto que se aporta una traducción de un acto pero no se aporta el acto original y firmado por la madre biológica de los menores, y que la claridad del art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida lleva a concluir que la gestación por sustitución es contraria al orden público español, como ha declarado la Sala 1^a del Tribunal Supremo en sentencia de 6 de febrero de 2014 y posterior Auto de 2 de febrero de 2015, por lo que viene a concluir que: a) El acto de la atribución de la paternidad de los menores a favor del marido de la promotora es un acto nulo no anulable; b) Sentado lo anterior la promotora del expediente no tiene legitimación para iniciar el procedimiento de adopción de los menores Luis María y Aurelia conforme determina el art. 176 del Código Civil; c) No se ha acreditado de forma fehaciente el asentimiento de la madre biológica de los menores; y d) En todo caso el padre podrá acudir el procedimiento de reclamación de paternidad tal y como se recoge en el art. 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.



La representación de D^a María Rosa se opone al recurso e interesa su desestimación y la íntegra confirmación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO. - Adopción. Presupuestos. Gestación por sustitución.

Tal como viene planteada la cuestión lo que se ha de examinar es si en el presente caso concurren los presupuestos para la aprobación de la adopción .

En este caso, los menores, Luis María y Aurelia , nacen tras un proceso de maternidad subrogada en Ucrania. La madre biológica de los menores, la Sra. Covadonga , mayor de edad y de **nacionalidad** ucraniana, efectuó Acta de Manifestaciones ante la Consejera de la Embajada de España en Kiev (Ucrania), en funciones notariales, el día 7 de agosto de 2018, manifestando ser la madre de las menores, y que el padre era D. Tomás , y asimismo manifestaba asentir, libre y voluntariamente, a la adopción de sus hijos por parte de D^a. María Rosa . Esta Acta de Manifestaciones se presenta con el escrito de demanda (doc. 22, acontecimiento 30).

Así mismo, se acompañan Certificaciones del Registro Civil Consular de Kiev (dos. 18 y 19, Acontecimientos 17 y 18), correspondientes a la Inscripción de Nacimiento de Luis María y Aurelia , nacidos el NUM000 de 2018, en Kropyvnytskiy (Ucrania), y en los que figura como padre D. Tomás , y como madre D^a Covadonga , efectuada tras reconocimiento paterno efectuado en Actas levantadas con fecha 11 de julio de 2018 ante el Encargado del Registro Civil en la Embajada de España en Kiev (Ucrania), y en las que la madre D^a Covadonga prestó su consentimiento expreso al reconocimiento paterno (acontecimiento 90).

Tam bién se aporta certificado literal del matrimonio contraído en León, en fecha 30 de agosto de 2008 (doc. 2, acontecimiento 4), entre D. Tomás y D^a. María Rosa , así como certificado de empadronamiento (doc. 3, acontecimiento 5) donde consta que los referidos esposos, junto con Miriam , y Luis María y Aurelia , están empadronados, los primeros desde el 23/01/2006, la tercera desde el 05/05/2010, y los dos últimos desde el 07/06/2018, en el mismo domicilio en DIRECCION000 , Ayuntamiento de DIRECCION001 (León).

Sen tado lo anterior, en primer lugar, hemos de comenzar indicando que está fuera del debate la paternidad del Sr. Tomás ya declarada y sobre este particular no puede suscitarse cuestión. Ni es este el procedimiento adecuado para ello ni nadie ha planteado la impugnación.

Al margen de haberse aportado con la demanda informe de la prueba bilógica realizada por el laboratorio "Neo Diagnostica" (doc. 20, acontecimiento 20), que arrojó como resultado que el Sr. Tomás tiene un 99,9690 por ciento de probabilidades de ser el padre de Luis María , y un 99,9662 por ciento de probabilidades de ser el padre de Aurelia , valores que permiten concluir como "paternidad prácticamente probada", ha de tenerse en cuenta que, como establece el art. 17.1 de la Ley de Registro Civil , " La inscripción en el Registro Civil constituye prueba plena de los hechos inscritos" y que, como declara dicho precepto en su apartado 2, " Sólo en los casos de falta de inscripción o en los que no fuera posible certificar del asiento, se admitirán otros medios de prueba".

Ade más, los datos inscritos gozan de la presunción de exactitud, por así disponerlo expresamente el art. 16.2 de la Ley de Registro Civil , razón por la cual, según su apartado 1, "Los Encargados del Registro Civil están obligados a velar por la concordancia entre los datos inscritos y la realidad extraregstral".

Por lo tanto, según declara dicho precepto, en su apartado 2, " Se presume que los hechos inscritos existen y los actos son válidos y exactos mientras el asiento correspondiente no sea rectificado o cancelado en la forma prevista por la ley" y solamente, según señala en su apartado 2, " Cuando se impugnen judicialmente los actos y hechos inscritos en el Registro Civil, deberá instarse la rectificación del asiento correspondiente".

Por otra parte, conforme establece el artículo 113 del Código Civil, " La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado", disponiendo el artículo 114 que " Los asientos de filiación podrán ser rectificadas conforme a la Ley de Registro Civil , sin perjuicio de lo especialmente dispuesto en el presente título sobre acciones de impugnación. Podrán también rectificarse en cualquier momento los asientos que resulten contradictorios con los hechos que una sentencia penal declare probados", y solo en caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último (art. 44.4. 2º LRC en vigor desde el 15 de octubre de 2015).

Por lo tanto, no habiendo sido impugnada la filiación paterna por el procedimiento correspondiente, ya fuere por denegación de inscripción y resolución del DGRN, ya por procedimiento de impugnación de los artículos 136 , 137, y 138 del Código Civil , partimos de una paternidad declarada y aquí hemos de limitarnos a examinar si la solicitud de adopción por parte del cónyuge del padre merece o no la aprobación judicial.

Dic ho lo anterior, ciertamente el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que lleva por epígrafe "Gestación por sustitución", dispone que " 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación



materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales", lo que lleva a concluir que la gestación por sustitución es contraria al orden público español, como ha declarado la Sala 1ª del Tribunal Supremo en sentencia de 6 de febrero de 2014 y posterior Auto de 2 de febrero de 2015, así como la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, con respecto a los permisos de paternidad derivados de estos nacimientos (Sentencias de 25 de octubre y 16 de noviembre de 2016 y 22 de noviembre de 2017).

La STS de 6 de febrero de 2014 declara que "Las normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia y, dentro de ella, de las relaciones paterno- filiales, tienen anclaje en diversos preceptos constitucionales del Título I dedicado a los derechos y deberes fundamentales: derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias (*art. 10.1 de la Constitución*), derecho a contraer matrimonio (art. 32), derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39).

Tam bién forma parte de este orden público la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (*art. 39.4 de la Constitución*).

Asi mismo, el derecho a la integridad física y moral de las personas tiene reconocimiento constitucional (*art. 15*), y *el respeto a su dignidad constituye uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social* (art. , *10.1 de la Constitución*).

Por tanto, todos estos derechos fundamentales y principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución integran ese orden público que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras (*STC núm. 54/1989, de 23 de febrero* , FJ 4º) y, en definitiva, a la posibilidad de que los ciudadanos opten por las respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión". Y añade "[.] en nuestro ordenamiento jurídico y en el de la mayoría de los países con ordenamientos basados en similares principios y valores, no se acepta que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, "cosificando" a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población. Fruto de esta preocupación es, por ejemplo, la elaboración de instrumentos legales internacionales que regulan la adopción internacional estableciendo como principios básicos que los estados establezcan, con carácter prioritario, medidas adecuadas que permitan mantener al niño en su familia de origen, y la prevención de la sustracción, la venta o el tráfico de niños, que se concreta, entre otros extremos, en que el consentimiento de la madre haya sido prestado libremente, después del nacimiento del niño y no obtenido mediante pago o compensación de clase alguna (considerandos introductorios y art. 4 del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993).

Tam bién responden a esta preocupación las leyes que en los diversos países regulan las técnicas de reproducción humana asistida, y en concreto la gestación por sustitución.

[. .] Consecuencia lógica de lo expuesto es que las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el *art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida* , integran el orden público internacional español".

El Tribunal Supremo tiene en cuenta en su resolución la primacía del "interés del menor", y tras establecer que "El art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España, establece: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». Este principio también se establece en el *art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea* , tiene anclaje constitucional en el *art. 39 de la Constitución española* , se recoge en la legislación interna, en concreto en la regulación de las relaciones paterno-filiales del Código Civil y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y ha regido la jurisprudencia de este Tribunal, del Tribunal Constitucional y del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (sentencias de 5 de noviembre de 2002, caso *Yousef contra Países Bajos* , de 10 de enero de 2008, caso *Kearns contra Francia* , y de 7 de marzo de 2013, caso *Raw y otros contra Francia*), y que "El interés superior del niño, o del menor,



es un concepto jurídico indeterminado, esto es, una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial", señalando al respecto que "La invocación indiscriminada del "interés del menor" serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas" y que "La cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma. La concreción de dicho interés del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales.

La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma".

Con posterioridad a esta resolución del Tribunal Supremo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en materia de gestación subrogada, casos *Menesson*, asunto 65192/11 y el caso *Labassee*, asunto 65941/11. En los casos *Labassee* y *Menesson* *contr. Francia*, dos matrimonios de nacionalidad francesa, no pudiendo tener hijos por causa de infertilidad de la mujer, acudieron a los servicios de una empresa de gestación por sustitución en California, donando los varones sus gametos y usando óvulos de una donante anónima que fue fecundado e implantado en una madre gestante.

Como resultado del proceso, nacieron dos gemelas para los *Menesson* y una niña para los *Labassee*. El Tribunal Supremo de California declaró la paternidad legal de los padres de intención con el consentimiento de todas las partes implicadas y al acudir al Consulado francés en Los Ángeles solicitando la transcripción del acta de nacimiento y la inscripción de las niñas en sus pasaportes para poder entrar con ellas en Francia, sendos matrimonios recibieron por respuesta una negativa de las autoridades consulares porque la gestación por sustitución está prohibida por la legislación francesa. Con pasaporte norteamericano para las niñas y francés de los progenitores, regresaron a Francia e iniciaron un proceso judicial sin éxito antes de acudir al TEDH que resolvió los casos el 26 de junio de 2014. El TEDH, no aprecia violación del art. 8 de la Convención de los Derechos del Niño, en relación con el derecho a la vida familiar, y así en el supuesto de los padres, la injerencia sufrida estaría justificada por las razones de orden público invocadas por las autoridades francesas, pues, aunque implicaba una serie de consecuencias negativas para su vida diaria, no les impedía en ningún caso el establecimiento de una vida familiar, pero sí aprecia que se produce infracción del derecho a la vida privada de los hijos, porque el derecho a la identidad forma parte integral de la noción de vida privada, existiendo una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos a partir de la gestación por sustitución y la determinación jurídica de la filiación. Indeterminación que, además, lleva a privarlos de la **nacionalidad** francesa y de todos los derechos que se derivan de la misma. Más cuando, como recalcan ambas sentencias, los niños en los dos casos eran hijos biológicos de los padres y las autoridades francesas se negaron a reconocer este hecho, vulnerando claramente un derecho básico del menor.

Posteriormente la STEDH de 21 de julio de 2016, en el caso *Foulon y Bouvet c. Francia* (demandas núm. 9063/14 y 10410/14), en un supuesto de impedimento de los tribunales franceses de la inscripción en el Registro Civil francés de las declaraciones de reconocimiento formuladas por los padres biológicos, los cuales habían acudido a la India para poder concebir allí hijos, eludiendo la prohibición de la utilización de la maternidad subrogada que se deduce del Código Civil francés en su artículo 47, el TEDH volvió a condenar a Francia por considerar que la sentencia dictada por el Tribunal de Casación francés, que se negaba a reconocer la filiación biológica de los hijos con sus padres, iba en contra del derecho fundamental al respecto de la vida privada consagrado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. También en el asunto, *Laboire* contra Francia, la STEDH 19 enero 2017, as. 44024/13, sigue la misma línea que en los casos anteriores. Condena al estado francés por la violación del art 8 CEDH por no reconocer la inscripción en el Registro Civil, de dos niños nacidos en 2010 en Ucrania, a través de un contrato de gestación por sustitución efectuado por los padres de **nacionalidad** francesa. El tribunal aplica la misma línea jurisprudencial, por lo que declara que ha existido una violación del derecho al respeto a la vida privada, pero no del derecho al respeto de la vida familiar, como igualmente alega en el asunto *Foulon y Bouvet* contra Francia.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su actuación como Gran Sala, con fecha 10 de abril de 2019, emitió dictamen en respuesta a la solicitud formulada por el Tribunal de Casación francés, de conformidad con el artículo 1 del Protocolo Nº 16 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ("Protocolo Nº 16"). Las preguntas formuladas fueron las siguientes: "1. Al negarse a inscribir en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones los detalles del certificado de nacimiento de un niño nacido en el extranjero como resultado de un acuerdo de gestación subrogada, en la medida en que el certificado designa a la "madre comitente" como "madre legítima", al tiempo que acepta la



inscripción en la medida en que el certificado designa al "padre comitente", que es el padre biológico del niño, ¿el Estado Parte se extralimita en su margen de discrecionalidad en virtud del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales? A este respecto, ¿debe hacerse una distinción dependiendo de que el niño haya sido concebido utilizando los óvulos de la "madre comitente"? 2. En caso de respuesta afirmativa a cualquiera de las dos preguntas anteriores, ¿la posibilidad de que la madre comitente adopte al hijo de su cónyuge, el padre biológico, como medio para establecer la relación jurídica materno-filial, garantizaría el cumplimiento de los requisitos del artículo 8 del Convenio?. Tras examen de los antecedentes y procedimientos internos en los que se basa la solicitud del dictamen y examen del derecho y los instrumentos internacionales pertinentes y precedentes de derecho comparado, el Tribunal señala que "27. La presente solicitud de dictamen se formuló en el contexto de un procedimiento interno destinado a revisar el recurso sobre cuestiones de derecho interpuesto por los demandantes en el caso *Menesson*, en el que el Tribunal sostuvo que no se había violado el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar, pero concluyó que se había violado el derecho de los niños al respeto de su vida privada (véase el párrafo 11 supra). Por lo tanto, parece que los procedimientos nacionales se refieren al reconocimiento en el ordenamiento jurídico francés -teniendo en cuenta el derecho de los niños al respeto de su vida privada- de una relación jurídica paterno filial entre una madre comitente y sus hijos nacidos en el extranjero a través de un acuerdo de gestación subrogada y concebidos utilizando los gametos del padre comitente y de una tercera donante, en una situación en la que es posible el registro de los detalles de la partida de nacimiento en el extranjero, en la medida en que el certificado designe al padre comitente cuando se trate del padre biológico de los niños. 28. Por consiguiente, los procedimientos internos no se refieren a una situación en la que un niño nacido en el extranjero mediante un acuerdo de gestación subrogada haya sido concebido utilizando los óvulos de la madre comitente", y que "31. En consecuencia, el dictamen del Tribunal tratará dos cuestiones. 32. En primer lugar, se abordará la cuestión de si el derecho al respeto de la vida privada, en el sentido del artículo 8 del Convenio, de un niño nacido en el extranjero a través de un acuerdo de gestación subrogada, que exige que la relación jurídica entre el niño y el padre comitente, cuando éste sea el padre biológico, sea reconocida en la legislación nacional, también exige que la legislación nacional ofrezca la posibilidad de reconocer la relación jurídica paterno filial con la madre comitente, que en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero se designa como "madre legítima", en una situación en la que el niño fue concebido utilizando los óvulos de una tercera donante y en la que la relación jurídica paterno-filial con el padre comitente ha sido reconocida en la legislación nacional. 33. En segundo lugar, si se responde afirmativamente a la primera pregunta, se abordará la cuestión de si el derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio exige que dicho reconocimiento adopte la forma de inscripción en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones de los datos del certificado de nacimiento legalmente constituido en el extranjero, o si podría permitir que se utilizaran otros medios, como la adopción del niño por parte de la madre comitente", y así, en cuanto a la primera cuestión, señala que "35. Según la jurisprudencia del Tribunal, el artículo 8 del Convenio exige que la legislación nacional prevea la posibilidad de reconocer la relación jurídica entre un niño nacido mediante un acuerdo de gestación subrogada en el extranjero y el padre comitente en el caso de que sea el padre biológico. Como se ha señalado anteriormente, el Tribunal declaró expresamente en *Menesson*, antes citado, que la falta de esa posibilidad entrañaba una violación del derecho del niño al respeto de su vida privada garantizado por el artículo 8 (véase *Menesson*, citado anteriormente, §§ 100-01; véase también *Labassee c. Francia*, nº 65941/11, de 26 de junio de 2014; *Foulon y Bouvet c. Francia*, nº 9063/14 y nº 10410/14, de 21 de julio de 2016; y *Laborie c. Francia*, nº 44024/13, de 19 de enero de 2017)" y que "39. El Tribunal reconoció en *Menesson* (citado anteriormente, § 99) y *Labassee* (citado anteriormente, § 78) que "Francia [podría] intentar disuadir a sus nacionales de ir al extranjero para aprovechar los métodos de reproducción asistida que están prohibidos en su propio territorio". No obstante, observó que los efectos de la falta de reconocimiento en el Derecho francés de la relación jurídica paterno-filial entre los niños así concebidos y los padres comitentes no se limitan únicamente a los padres que han optado por un método particular de reproducción asistida prohibido por las autoridades francesas. También afectan a los propios niños, cuyo derecho al respeto de su vida privada se ve sustancialmente afectado" y que si bien "40. La falta de reconocimiento de una relación jurídica entre un niño nacido a través de un acuerdo de gestación subrogada llevado a cabo en el extranjero y la madre comitente tiene, por lo tanto, un impacto negativo en varios aspectos del derecho de ese niño al respeto de su vida privada...", "41. El Tribunal es consciente de que, en el contexto de los acuerdos de gestación subrogada, el interés superior del niño [...] Incluyen otros componentes esenciales que no necesariamente pesan a favor del reconocimiento de una relación jurídica paterno-filial con la madre comitente, como la protección contra los riesgos de abuso que implican los acuerdos de gestación subrogada (véase *Paradiso y Campanelli*, citados anteriormente, § 202) y la posibilidad de conocer el origen de la persona (véase, por ejemplo, *Mikuli v. Crocia*, no. 53176/99, §§ 54-55, TEDH 2002-I)", pero que ello, "42. No obstante, habida cuenta de las consideraciones expuestas en el párrafo 40 supra y del hecho de que el interés superior del niño también supone identificar jurídicamente a las personas responsables de su educación, satisfacer sus necesidades y garantizar su bienestar, así como la posibilidad de que el niño crezca y se desarrolle en un



entorno estable, el Tribunal considera que la imposibilidad general y absoluta de obtener el reconocimiento de la relación entre un niño nacido por medio de un contrato de gestación subrogada celebrado en el extranjero y la madre comitente es incompatible con el interés superior del niño, que exige, como mínimo, que cada situación sea examinada a la vista de las circunstancias particulares del asunto", y tras señalar que "44. [...] que, cuando entraba en juego una faceta particularmente importante de la identidad de una persona, como cuando se trataba de la relación jurídica paterno-filial, el margen permitido al Estado era normalmente limitado", pues "45. En la práctica, lo que se plantea en el contexto del reconocimiento de una relación jurídica paterno-filial entre los niños nacidos de madres de alquiler y los padres comitentes va más allá de la cuestión de la identidad de los niños. Intervienen otros aspectos esenciales de su vida privada cuando se trata del entorno en el que viven y se desarrollan y de las personas responsables de satisfacer sus necesidades y garantizar su bienestar (véanse también los párrafos 40 a 42 supra). Esto apoya aún más la conclusión del Tribunal respecto a la reducción del margen de apreciación", es por lo que" 46. En resumen, teniendo en cuenta las exigencias del interés superior del niño y el reducido margen de apreciación, el Tribunal opina que, en una situación como la mencionada por el Tribunal de Casación en sus preguntas (véanse los párrafos 9 y 32 supra) y delimitada por el Tribunal en el párrafo 36 supra, el derecho al respeto de la vida privada, en el sentido del artículo 8 del Convenio, de un niño nacido en el extranjero a través de un acuerdo de gestación subrogada requiere que la legislación nacional prevea la posibilidad de reconocer una relación jurídica paterno-filial con la madre comitente, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como la "madre legítima". Y por lo que respecta a la segunda cuestión se refiere "a si el derecho al respeto de la vida privada de un niño nacido mediante un acuerdo de gestación subrogada en el extranjero, en una situación en la que fue concebido utilizando los óvulos de una tercera parte donante, requiere que dicho reconocimiento adopte la forma de inscripción en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones de los datos del certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero, o si podría permitir que se utilizaran otros medios, como la adopción del niño por la madre comitente", y tras señalar que "49. En tal situación, el interés del niño es que la incertidumbre sobre la relación jurídica con la madre comitente sea lo más breve posible. Como se ha mencionado anteriormente, siempre que y hasta que dicha relación sea reconocida por la legislación nacional, el niño se encuentra en una situación vulnerable en lo que respecta a varios aspectos de su derecho al respeto de la vida privada (véase el párrafo 40 supra), y que 50. No obstante, de ello no puede deducirse que los Estados contratantes estén obligados a optar por la inscripción de los datos de las partidas de nacimiento legalmente establecidas en el extranjero", y observar que no existe consenso en Europa sobre esta cuestión y que "52. Además de esta constatación relativa al margen de apreciación, el Tribunal considera que el artículo 8 del Convenio no impone a los Estados la obligación general de reconocer *ab initio* una relación paterno-filial entre el niño y la madre comitente. Lo que el interés superior del niño -que debe ser evaluado principalmente *in concreto* y no *in abstracto*- requiere es que el reconocimiento de esa relación, legalmente establecida en el extranjero, sea posible como máximo cuando se haya convertido en una realidad práctica", y que "53. El interés superior del niño, entendido de esta manera, no puede interpretarse en el sentido de que el reconocimiento de la relación jurídica paterno-filial entre el niño y la madre comitente, necesario para garantizar el derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio, implique la obligación de que los Estados registren los detalles del certificado de nacimiento extranjero en la medida en que designe a la madre comitente como madre legítima. Dependiendo de las circunstancias de cada caso, otros medios también pueden servir a esos intereses de manera adecuada, incluida la adopción, que, con respecto al reconocimiento de esa relación, produce efectos similares al del registro de los datos de los nacimientos en el extranjero", viene a concluir que "54. Lo esencial es que, de acuerdo con la evaluación de las circunstancias de cada caso, debería existir un mecanismo eficaz que permita reconocer la relación entre el niño y la madre comitente, lo antes posible y en todo caso cuando dicha relación se haya convertido en una realidad práctica (véase el párrafo 52 supra). La adopción puede cumplir este requisito siempre que las condiciones que la regulen sean adecuadas y el procedimiento permita adoptar rápidamente una decisión, de modo que el niño no se encuentre durante un largo período en una situación de inseguridad jurídica en cuanto a dicha relación. Es evidente que estas condiciones deben incluir una evaluación por parte de los tribunales del interés superior del menor a la vista de las circunstancias del caso. 55. En resumen, dado el margen de apreciación de que disponen los Estados en cuanto a la elección de los medios, las alternativas al registro, en particular la adopción por parte de la madre comitente, pueden considerarse aceptables en la medida en que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que puedan aplicarse con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño". Por las razones expuestas el Tribunal emite la siguiente opinión: "En una situación en la que, como en el escenario descrito en las preguntas planteadas por el Tribunal de Casación, un niño nacido en el extranjero a través de un acuerdo de gestación subrogada y concebido utilizando los gametos del padre comitente y de una tercera donante, y en la que la relación jurídica paterno-filial con el padre comitente ha sido reconocida en la legislación nacional: 1. El derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio exige que la legislación nacional prevea la posibilidad de reconocer una relación jurídica paterno-filial con la madre comitente, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como



"madre legítima"; 2. El derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del artículo 8 del Convenio no exige que dicho reconocimiento adopte la forma de inscripción en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones de los datos de la partida de nacimiento legalmente establecida en el extranjero; pueden utilizarse otros medios, como la adopción del niño por la madre comitente, siempre que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que pueda ser aplicado con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño".

A consecuencia de los precedentes Fallos del TEDH, en los casos *Menesson*, y *Labassee*, habiéndose promovido incidente de nulidad de actuaciones frente a la *sentencia de 6 de febrero de 2014, la Sala Primera del TS, en Auto de fecha 2 de febrero de 2015, aclarado por el posterior Auto de 11 de marzo de 2015*, a la luz de la nueva doctrina del TEDH, declara que no ha lugar a la nulidad, y así, tras establecer que: "El análisis de las referidas sentencias muestra que su criterio rector consiste en que la negativa de las autoridades francesas a la inscripción de la filiación de los niños respecto de los demandantes (no solo por la denegación de transcripción de las actas de nacimiento norteamericanas, sino también por negar que en Francia pueda establecerse por cualquier otro modo la filiación biológica, por adopción o por posesión de estado, por estar viciada en origen la relación a causa del contrato de gestación por sustitución) es una injerencia prevista en la ley, que persigue objetivos legítimos, como la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los demás (tanto del niño como de la madre gestante, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico francés), pero que no cumple el requisito de ser « necesario en una sociedad democrática » pues perjudica de tal forma al menor, al impedirle fijar su identidad en Francia, que supone una falta de equilibrio entre los legítimos objetivos perseguidos por el Estado al prohibir la gestación por sustitución, de un lado, y el interés superior del menor, de otro, ya que trae consigo una incertidumbre que afecta tanto a su identidad, de la que la filiación es un aspecto fundamental, como a la posibilidad de adquirir la **nacionalidad** francesa y de heredar como hijo, por lo que el Estado francés habría ido más allá del margen de apreciación de lo que es necesario para una sociedad democrática que le concede el art. 8 del Convenio.

El Tribunal de Estrasburgo considera como especialmente grave la imposibilidad de reconocer o establecer la relación de filiación respecto del progenitor biológico; es más, según la jurisprudencia del Tribunal de Casación francés, el fraude permitiría la destrucción del vínculo de filiación que el padre intencional hubiera establecido en relación con el menor incluso aunque se probara que se trataba efectivamente del padre biológico", señala las diferencias entre los casos franceses y el caso español, pues, "(i) Mientras que el Tribunal de Casación francés afirma la imposibilidad de que pueda determinarse legalmente en Francia cualquier relación de filiación entre el niño y los padres comitentes, de tal modo que procede incluso anular el reconocimiento o el establecimiento de la paternidad del padre biológico por el carácter fraudulento del contrato de gestación por sustitución (« *fraus omnia corrumpit* », el fraude todo lo corrompe, dice el Tribunal de Casación francés en dos sentencias dictadas en el año 2013 sobre esta misma cuestión, citadas por el Tribunal de Estrasburgo en sus sentencias de los casos *Labassee* y *Menesson*), por el contrario, el ordenamiento jurídico español, y así lo afirmó nuestra sentencia, prevé que respecto del padre biológico es posible la determinación de filiación paterna; y, en todo caso, si los comitentes y los niños efectivamente forman un núcleo familiar "de facto" (lo que es muy posible pero no ha sido el objeto del recurso, pues los demandados han fundado su oposición a la demanda del Ministerio Fiscal en la procedencia de transcribir las actas de nacimiento de California tal como allí fueron extendidas), nuestra sentencia acuerda que debe protegerse legalmente, en su caso mediante la adopción (que, si uno de los solicitantes de la nulidad de actuaciones fuera padre biológico, no requeriría siquiera propuesta previa ni declaración administrativa de idoneidad, sino solo el asentimiento del consorte y la comprobación judicial de la adecuación de la medida al interés del menor, *art. 176 del Código Civil*) o, de considerarse que existe una situación de desamparo por la decisión de la madre gestante de no ejercer sus funciones como tal, mediante el acogimiento. (ii) En Francia, las niñas no pueden adquirir la **nacionalidad** francesa ni heredar a los comitentes en calidad de hijas. En España, la sentencia de esta Sala acordó que solo se anulara la mención a la filiación de los menores en tanto se determinaba la filiación biológica paterna y también, en su caso, la filiación que fuera acorde con la situación familiar "de facto" (por ejemplo, mediante la adopción), de modo que, una vez quede determinada la filiación biológica respecto del padre biológico y la filiación por criterios no biológicos respecto del otro cónyuge (o respecto de ambos, si ninguno de ellos fuera el padre biológico), tendrán la **nacionalidad** española y podrán heredar como hijos (iii) El Tribunal de Casación francés afirma que ante la existencia de fraude, no puede invocarse el interés superior del menor ni el derecho a la vida privada del mismo. Nuestra sentencia, por el contrario, afirma que debe tenerse en cuenta el interés superior del menor, tal como es protegido por el ordenamiento jurídico español (*art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida*), y evitando en todo caso su desprotección, para lo que se instó al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercitara las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores, y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar "de facto" [...], y más adelante declara que: "Nuestra sentencia permite que la identidad de los menores quede



debidamente asentada mediante el reconocimiento de la filiación biológica paterna y la formalización de las relaciones existentes si hubiera un núcleo familiar "de facto" entre los comitentes y los niños, como parece que existe. Y no solo lo permite, sino que acuerda instar al Ministerio Fiscal para que adopte las medidas pertinentes en ese sentido para la protección de los menores".

Pues bien, de acuerdo con la precedente doctrina, es claro que cabe que la demandante pueda instar la adopción de los menores nacidos en Ucrania mediante gestación subrogada, y ello pese a que en el ordenamiento jurídico español sea nulo el contrato que tenga por objeto concertar este tipo de gestación.

Negar esta posibilidad supondría privar a los menores de la posibilidad de establecer esa "identidad cierta" a la que se refería el Tribunal Supremo en el auto antes reseñado, en el país en el que viven y va a continuar viviendo. Los menores vienen residiendo con D. Tomás y D^a María Rosa, en cuyo domicilio figuran empadronados desde el 07/06/2018. Los testigos que han declarado en el acto de la vista Don Juan Enrique y Doña Leticia han manifestado la plena integración que tienen los menores, desde prácticamente su nacimiento, en el núcleo familiar, los cuidados que les presta D^a María Rosa, y la buena relación que mantiene con los menores la hija del matrimonio.

Finalmente señalar que, en el presente caso, se cumplen los presupuestos para la aprobación de la adopción.

Claramente la esposa del padre legal de los menores puede interesarlo, pues expresamente está previsto que lo pueda hacer sin necesidad de previa propuesta de la Entidad Pública declarando la idoneidad del adoptante (art. 176.2.2^a CC), teniendo ella más de 25 años de edad, y, aunque no es exigible en el presente caso, también cumple con el requisito general de tener entre 16 años más y 45 menos que los adoptandos, pues la Sra. María Rosa nació en 1977 (art. 175.1 CC), además los adoptandos son menores de edad no emancipados (art. 175.1 CC). También consta el consentimiento del padre (acontecimiento 53) y el de quien conforme a la legislación española es la madre (D^a Covadonga), consentimiento prestado después de las seis semanas del parto (art. 177.2 CC), en documento fehaciente (doc. 22 de la solicitud inicial, acontecimiento 30), ante la Consejera de la Embajada de España en Kiev (Ucrania), en funciones notariales, por lo que, de conformidad a lo establecido en el art. 37.1 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, y no habiendo transcurrido seis meses desde su comparecencia ante la Embajada de España (el 7 de agosto de 2018) y la presentación de la solicitud (el 2 de octubre de 2018), se cumplen los presupuestos formales para la prosperabilidad del expediente, sin que resulta necesario citar a la Sra. Covadonga para asentir de nuevo a la adopción. Igualmente se estima que la adoptante, que contrajo matrimonio con D. Tomás en fecha 30.08.2008, y con el que tiene una hija en común, Miriam, de 10 años de edad, y que es Diplomada en Enfermería por la Universidad Pontificia de Salamanca (doc. nº 4 de la solicitud inicial, acontecimiento 6), y que presta servicios como enfermera en el Hospital Universitario de León, con nombramiento de personal estatutario interino desde fecha 1 de noviembre de 2007 (doc. nº 13 de la solicitud inicial, acontecimiento 12), con jornada reducida para poder atender a los menores y percibiendo unas retribuciones mensuales netas que rondan los 1.100 Euros de media, además de las pagas extraordinarias, (docs. números 6 al 9, acontecimientos 7 a 10) es idónea, y se cumple el requisitos de responder al interés preponderante de los menores, pues con la adopción se protegería, en indudable interés de los menores, el núcleo familiar "de facto" que parece que existe en este caso (art. 176.1 CC).

Por cuanto queda expuesto el recurso debe ser desestimado y confirmada en su integridad la resolución recurrida.

TERCERO. - Costas del recurso.

No ha lugar a hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada, dada la naturaleza del procedimiento y cuestiones controvertidas.

VISTOS los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la *sentencia de fecha 9 de marzo de 2020, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de León, en los autos de Adopción nº 298/2018*, de los que trae causa el presente Rollo, confirmamos la misma, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales del recurso.

La presente resolución podrá impugnarse ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, a medio de recurso de casación por interés casacional y/o extraordinario por infracción procesal, que se interpondrán ante este Tribunal, en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de la misma.



Notifíquese esta resolución a las partes y llévese el original al libro correspondiente y testimonio al presente rollo de apelación y remítase todo ello al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento para su ulterior sustanciación.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ