



Roj: **AAP B 5991/2023 - ECLI:ES:APB:2023:5991A**

Id Cendoj: **08019370182023200246**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **12/07/2023**

Nº de Recurso: **467/2023**

Nº de Resolución: **260/2023**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA JOSE PEREZ TORMO**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **AJPI, Barcelona, núm. 14, 14-02-2023 (proc. 272/2022),
AAP B 5991/2023**

Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294459

FAX: 938294466

EMAIL:aps18.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120228130001

Recurso de apelación 467/2023 -J

Materia: Adopción

Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Barcelona (Familia)

Procedimiento de origen: Adopción 272/2022

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 0970000012046723

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Concepto: 0970000012046723

Parte recurrente/Solicitante: Felicidad , MINISTERI FISCAL, Flora

Procurador/a: Francisco Sanchez Garcia, Jose Maria Argüelles Puig

Abogado/a: Ana Maria Miramontes Roel

Parte recurrida:

Procurador/a:

Abogado/a:

AUTO N° 260/2023

Magistrados/Magistradas:

Dª Margarita B. Noblejas Negrillo

D^a M^a José Pérez Tormo (Ponente) D^a Dolors Viñas Maestre

Barcelona, 12 de julio de 2023

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 15 de junio de 2023 se han recibido los autos de Adopción nº 272/2022 remitidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Barcelona (Familia) a fin de resolver el recurso de apelación contra Auto de fecha 14/02/2023, interpuesto por el Procurador Jose Maria Argüelles Puig en nombre y representación de la apelante Flora y en el que consta como parte adherida al recurso el Procurador Francisco Sanchez Garcia, en nombre y representación de Felicidad y el MINISTERIO FISCAL solicita la estimación del recurso planteado .

SEGUNDO.- El contenido de la parte dispositiva del auto contra el que se ha interpuesto el recurso es el siguiente: "Se deniega la constitución de la ADOPCIÓN por parte de D^a Flora de la menor Luisa , nacida en Kiev, el NUM000 de 2021."

TERCERO.- El recurso se admitió y se tramitó conforme a la normativa procesal para este tipo de recursos.

Se señaló fecha para la celebración de la deliberación, votación y fallo que ha tenido lugar el 11/07/2023.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las normas procesales esenciales aplicables al caso.

Se designó ponente a la Magistrada M^a José Pérez Tormo .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del debate.

Recorre la Sra. Flora el Auto de primera instancia que ha denegado la constitución de la adopción de la hija de su cónyuge, Luisa , nacida como consecuencia de un contrato de gestación por subrogación en Kiev (Ucrania).

Solicita la recurrente la revocación de la resolución recurrida y la constitución de la adopción.

La Sra. Felicidad se adhiere al recurso y el Ministerio Fiscal, asimismo, solicita la estimación del recurso planteado.

SEGUNDO.- Consideraciones de la Sala y circunstancias concurrentes.

Si bien esta Sala coincide con ciertas consideraciones éticas de la resolución recurrida y las que efectúa el Ministerio Fiscal en su informe, pues no podemos obviar que la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana indica en su art. 10 que el contrato de gestación **subrogada** es nulo de pleno derecho y por tanto será la gestante la que es considerada madre legal del recién nacido, no podemos obviar el interés de una menor que ya se halla en este país, donde vive desde que nació, integrada en la familia de su padre, el Sr. Luisa , y atendida por la adoptante, siendo imposible e impensable el retorno con una madre gestante que ha renunciado a su maternidad ante Notario, tal como consta en escritura pública de fecha 19-10-21 (f. 14 ss) debidamente traducida y apostillada, y a presencia judicial, mediante el sistema Webex, ante el Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Barcelona en fecha 19-12-2022 (f. 58).

El Auto que deniega la constitución de la adopción objeto de recurso considera que constiuir la adopción en España de una hija que ha sido engendrada mediante una gestación por sustitución en un país extranjero (en este caso Ucrania) supondría un fraude de ley en la medida que se infringe el citado artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, y constituye un fraude procesal porque a través de la adopción se pretende dar carta de naturaleza a la gestación por sustitución. Recoge consideraciones sobre el interés del menor, sobre la necesidad de una labor legislativa que no puede suplir el Juez, y sobre el contenido económico o comercial de la maternidad **subrogada**, alude a razones de orden público que han impedido el reconocimiento en algunos supuestos y sobre la existencia de otras medidas como la guarda de hecho con funciones tutelares que sirven a la finalidad de la protección o satisfacción del interés del menor.

Nos remitimos en relación a la ausencia de fraude de ley a nuestro Auto de 17 de marzo de 2021 (ECLI:ES:APB:2021:2015A) en el que descartábamos la concurrencia de fraude de ley en estos casos y la doctrina invocada en el Auto recurrido del Tribunal Supremo se contiene en sentencias en las que se pretende el reconocimiento de una sentencia extranjera pero el Tribunal Supremo ha sido claro en el sentido de considerar que la vía para dar cobertura y protección al interés del menor en estos casos es precisamente la adopción. En este sentido cabe citar la sentencia de 31 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153) que tras recoger una crítica de la práctica de la gestación **subrogada** y de las condiciones en que algunas mujeres acceden a prestar

su vientre para que otras familias puedan tener hijos, señala, como se desarrollará con mayor detalle, que la vía es la adopción.

El interés superior de la menor no puede ser examinado de forma abstracta o indeterminada, sino de forma individualizada y en este caso, nos encontramos con una menor que ya está en España y vive en el seno de una familia perfectamente acogida, donde se la debe mantener pues en ella se debe desarrollar en todos los aspectos de su vida, familiar, social, educativo, y emocional, conforme al criterio del TS en sentencia entre otras de fecha 13-2-2015.

Siguiendo el criterio del Tribunal Supremo en sentencia de fecha 31-3-2022 la adopción pretendida debe constituirse. Así dijo el Alto Tribunal: "En nuestra anterior sentencia 835/2013, afirmamos que si tal núcleo familiar existe actualmente, si el menor tienen relaciones familiares *de facto* con quien pretende el reconocimiento de la relación paterno o materno-filial en su favor, la solución que haya de buscarse tanto por el comitente como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha reconocido la existencia de una vida familiar *de facto* incluso en ausencia de lazos biológicos o de un lazo jurídicamente reconocido, siempre que existan determinados lazos personales afectivos y los mismos tengan una duración relevante (sentencia del TEDH de 24 de enero de 2017, Gran Sala, caso *Paradiso y Campanelli*, apartados 140 y 151 y siguientes, y de 18 de mayo de 2021, caso *Valdís Fjölfnisdóttir y otros contra Islandia*, apartado 62). Así lo exige el interés superior del menor (en los términos en que es reconocido por el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio) y su derecho a la vida privada reconocido en el art. 8 CEDH, que de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH incluye el derecho a la identidad, dentro de la cual tiene gran importancia la determinación de su **filiación** y su integración en un determinado núcleo familiar. En nuestro ordenamiento jurídico, el reconocimiento de esa relación puede realizarse, respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de **paternidad**, conforme prevé el art. 10.3 LTRHA.

Cuando quien solicita el reconocimiento de la relación de **filiación** es la madre comitente, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la **filiación** es la de la adopción. El Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019 acepta como uno de los mecanismos para satisfacer el interés superior del menor en estos casos "la adopción por parte de la madre comitente [...] 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"...Esta solución satisface el interés superior del menor, valorado *in concreto*, como exige el citado Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos..."

En el presente caso se cumplen los requisitos para constituir la adopción de hija de cónyuge. Como señalamos en AAP, Civil sección 18 del 01 de marzo de 2022 (ECLI:ES:APB:2022:2476A) La ley aplicable para la constitución de la adopción, es el Codi Civil Catalán, Libro Segundo aprobado por Llei 25/2010 de 29 de julio y no el Código Civil. Ello de conformidad con el artículo 9 del Código Civil, según redacción dada por Ley 26/2015, de 28 de julio que establece las normas de conflicto al que se remite el art. 16 para resolver los conflictos entre leyes interterritoriales, vigente al momento de interponerse la demanda. En concreto el art. 9 del CC en su apartado 4, párrafo 2, dispone que "La ley aplicable al contenido de la **filiación**, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996". El Convenio de la Haya se remite a la *lex fori*, a la ley del tribunal competente para adoptar la medida, por lo que la legislación aplicable para resolver sobre los requisitos para la adopción son los establecidos en el Codi Civil de Cataluña, lugar de residencia de la menor.

El artículo 235-32,1,a) dispone que se podrá adoptar a los hijos del cónyuge o persona con quien el adoptante convive en pareja estable, en estos casos se requiere que la **filiación** no esté determinada legalmente respecto al otro progenitor o que éste haya muerto, haya sido privado de la potestad, este sometido a causa de privación de potestad o haya dado su asentimiento.

El art. 235-41 dice que habrán de dar el asentimiento a la adopción, los progenitores del adoptado, excepto que estuvieran legalmente privados de la potestad añadiendo el apartado 2 que el asentimiento de los progenitores deberá efectuarse ante la autoridad judicial, pero la madre no lo podrá otorgar hasta pasadas seis semanas del parto.

En cuanto al procedimiento hemos de estar a lo que dispone la Ley de Jurisdicción Voluntaria, aprobada por Ley 15/2015, de 2 de Julio, que establece que "También deberán ser citados, para prestar el asentimiento a la adopción ante el Juez, las personas indicadas en el apartado 2 del art 177 del CC", en este caso y para Cataluña, las mencionadas en el art. 235. 32, es decir los progenitores de la menor, ambos, con la precisión que no resulta aplicable el art. 37 de la referida Ley en el apartado referido a la no necesidad de citación para

asentimiento cuando se ha prestado en documento público. El Codi Civil catalán exige que el asentimiento de la madre biológica se preste ante la autoridad judicial (principio de especialidad procesal) y entendemos además que la regulación de la LJV se enmarca en un contexto diferente, el de protección de menores en el que interviene la Entidad pública competente en este ámbito en cuyo contexto es siempre posible el control o revisión judicial. Esta sala ha exigido que el asentimiento de la madre biológica se preste ante autoridad judicial (Autos de 11-2-2020 - ROJ: AAP B 1175/2020 - ECLI:ES:APB:2020:1175A y de 26-7-2021 - ROJ: AAP B 7631/2021 - ECLI:ES:APB:2021:7631A).

Se dictó en fecha 7-4-22 sentencia por el Juzgado de 1ª Instancia 14 de Barcelona declarando padre biológico al Sr. Luisa respecto de la menor Luisa .

Se ha prestado el consentimiento del padre y de la adoptante, así como el asentimiento de la madre gestante ante Notario y ante la Autoridad judicial española. La menor convive con la familia desde su nacimiento y así consta empadronada. Y concurren el resto de presupuestos legales.

Debe por ello, estimarse el recurso planteado.

TERCERO.- Efectos de la adopción.

La adopción constituida producirá todos los efectos establecidos en el art. 235-47 y 235-48 y en relación a los apellidos llevará el primer apellido del padre y el segundo de la madre adoptante.

CUARTO.- Costas

Conforme al Art. 398 de la LEC no se hace expresa imposición de costas de esta alzada procedimental, dada la estimación del recurso planteado.

PARTE DISPOSITIVA

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Flora , la adhesión al mismo de la Sra. Felicidad y el Ministerio Fiscal contra el Auto de fecha de dos mil veintitrés, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Barcelona, debemos revocar y revocamos dicha resolución y constituimos la adopción de la menor Luisa por la Sra. Flora , cónyuge del padre Sr. Luisa , con todos los efectos legales. La persona adoptada llevará los apellidos de Sofía . Sin hacer expreso pronunciamiento de las costas causadas en el presente recurso.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Lo acordamos y firmamos.

Las Magistradas :

Puede consultar el estado de su expediente en el área privada de sejudicial.gencat.cat

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales y que el tratamiento que pueda hacerse de los mismos, queda sometido a la legalidad vigente.

Los datos personales que las partes conozcan a través del proceso deberán ser tratados por éstas de conformidad con la normativa general de protección de datos. Esta obligación incumbe a los profesionales que representan y asisten a las partes, así como a cualquier otro que intervenga en el procedimiento.

El uso ilegítimo de los mismos, podrá dar lugar a las responsabilidades establecidas legalmente.

En relación con el tratamiento de datos con fines jurisdiccionales, los derechos de información, acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación se tramitarán conforme a las normas que resulten de aplicación en el proceso en que los datos fueron recabados. Estos derechos deberán ejercitarse ante el órgano judicial u oficina judicial en el que se tramita el procedimiento, y las peticiones deberán resolverse por quien tenga la competencia atribuida en la normativa orgánica y procesal.

Todo ello conforme a lo previsto en el Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, en la Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y en el Capítulo I Bis, del Título III del Libro III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.