



Roj: **AAP GU 211/2024 - ECLI:ES:APGU:2024:211A**

Id Cendoj: **19130370012024200211**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Guadalajara**

Sección: **1**

Fecha: **15/02/2024**

Nº de Recurso: **286/2023**

Nº de Resolución: **33/2024**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ISABEL SERRANO FRIAS**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

GUADALAJARA

AUTO: 00033/2024

Modelo: N10300 AUTO DEFINITIVO TEXTO LIBRE

PASEO FERNANDEZ IPARRAGUIRRE NUM. 10

-Teléfono: 949-20.99.00 Fax: 949-23.52.24

Correo electrónico:

Equipo/usuario: PR

N.I.G. 19130 42 1 2021 0001345

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000286 /2023

Juzgado de procedencia: JDO.PRIMERA INSTANCIA N.7 de GUADALAJARA

Procedimiento de origen: X07 ADOPCION 0000164 /2021

Recurrente: Doroteo , MINISTERIO FISCAL, Doroteo

Procurador: PALOMA ALEJANDRA BRIONES TORRALBA , PALOMA ALEJANDRA BRIONES TORRALBA

Abogado: ANA MARIA MIRAMONTES ROEL, ,

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

ILMA. SRA. PRESIDENTE:

Dª ISABEL SERRANO FRÍAS

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS:

Dª EVA ESTRELLA RAMIREZ GARCIA

Dª MARIA ELENA MAYOR RODRIGO

Dª MARIA ROCIO MONTES ROSADO

Dª MARIA JOSE FRESNEDA DOMINGUEZ

A U T O N° 33/24

En GUADALAJARA, a quince de febrero de dos mil veinticuatro.



HECHOS

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Guadalajara, con fecha 14 de septiembre de 2021, se dictó auto, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "No haber lugar a AUTORIZAR la constitución de la adopción solicitada por la procuradora Sra. Briones Torralba, en representación del Sr. Doroteo."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes personadas, por la representación de Doroteo se presentó recurso de apelación contra la misma, adhiriéndose el MINISTERIO FISCAL. Admitido que fue, puesta de manifiesto la causa a las demás partes, se remitieron las actuaciones a este Tribunal para la resolución del recurso, señalándose para la deliberación y fallo el pasado día 13 de febrero de 2024.

TERCERO.- En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales con inclusión del plazo para dictar resolución.

Siendo Magistrado/a Ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. D/Dª. ISABEL SERRANO FRIAS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Para resolver la cuestión controvertida, recurriéndose la sentencia que rechaza la pretensión de adopción deducida vamos a determinar en primer lugar los elementos facticos para después determinar si integran la normativa aplicable.

Son datos objetivos que el adoptante nació el NUM000 de 1979 y la hija de su cónyuge de cuya adopción se trata tiene 11 años, respetándose pues la diferencia de edad exigida por el artículo 175.1 del código civil.

La madre biológica ha prestado consentimiento a la adopción el 18 de diciembre de 2020 ante un notario de Ucrania, nacionalidad de la misma.

También es incontrovertido la inexistencia de vínculos biológicos entre la menor y el adoptante.

El Juez rechaza la solicitud de adopción partiendo de que nos encontramos ante un supuesto de **gestación subrogada** o por sustitución y que la ley 14/2006 de 26 de mayo, declara nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la **gestación** con o sin precio, negando eficacia a la renuncia de la madre biológica, sin que exista en el país de origen, Ucrania, resolución judicial que se haya pronunciado sobre la filiación de la menor que se trata de adoptar.

La parte recurrente mantiene que la filiación de la menor está determinada en cuanto a la materna por el parto y en lo que respecta a la paterna por la paternidad biológica. No se trata de reconocer resolución judicial extranjera ni administrativa ni de contrato **extranjero** alguno. Se refiere el apelante a que la adopción es la forma de integrar al menor nacido por **gestación subrogada** en el **extranjero** en la vida familiar. Concurren, se afirma, todos los requisitos para la adopción al constar el matrimonio del padre biológico y el adoptante, los requisitos de edad, se han prestado los consentimientos por el padre biológico y la madre gestante que presto asentimiento ante fedatario público de su país, invocando por último el interés de la menor.

El Ministerio Fiscal se adhiere al recurso al no ser controvertida ni la filiación ni el matrimonio, todo ello en atención al superior interés de la menor.

SEGUNDO.- Expuestas las posturas de las partes vamos a citar por su interés para el caso, la sentencia del TS que recoge cual es la solución a estos supuestos, rechazando que sea la posesión de estado y remitiéndose a la adopción. Así La *sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2022* resuelve sobre esta cuestión en el siguiente sentido, indicando que:

"La **gestación** por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos.

Mantiene el Tribunal que la pretensión de reconocer la filiación determinada por una autoridad extranjera como consecuencia de un contrato de **gestación** por sustitución es manifiestamente contraria al orden público español. Así lo había sostenido ya en su *Sentencia de 6 de febrero de 2014*, ya mencionada, (SP/SENT/749604) y en el Auto de 2 de febrero de 2015, (SP/AUTRJ/796991). No se trata únicamente de que el artículo 10 de la *Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida* establezca la nulidad de los contratos de **gestación subrogada**, sino "también de que el contrato de **gestación** por sustitución vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos en los que España es parte".

Haciendo un resumen de las vulneraciones que afectan a la mujer gestante y al niño, señala el Tribunal que "tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes



a esa dignidad. La madre gestante se obliga desde el principio a entregar al niño que va a gestar y renuncia antes del parto, incluso antes de la concepción, a cualquier derecho derivado de su maternidad. Se obliga a someterse a tratamientos médicos que ponen en riesgo su salud y que entrañan riesgos adicionales a las **gestaciones** resultantes de una relación sexual ("tantas transferencias embrionarias como sean necesarias", "llevar a cabo hasta las transferencias de 3 (tres) embriones por cada ciclo de reproducción asistida", "tomar medicamentos para el ciclo de transferencia de embriones por vía oral, por inyección o intravaginal en horarios específicos durante periodos prolongados de tiempo"). La madre gestante renuncia a su derecho a la intimidad y confidencialidad médica ("la gestante sustituta, mediante la firma del presente contrato, renuncia a todos los derechos de confidencialidad médica y psicológica, permitiendo a los especialistas que la evaluarán, compartir dichos resultados con la futura madre", "la gestante sustituta acepta que la futura madre o un representante que la sociedad mercantil "México Subrogacy" S. de R.L. de C.V. designe, esté presente en todas las citas médicas relacionadas con el embarazo", "la futura madre puede estar presente en el momento del nacimiento del niño"). Se regulan por contrato cuestiones como la interrupción del embarazo o la reducción embrionaria, cómo será el parto (por cesárea, "salvo que el médico tratante recomiende que sea un parto vaginal"), qué puede comer o beber la gestante, se fijan sus hábitos de vida, se le prohíben las relaciones sexuales, se le restringe la libertad de movimiento y de residencia, de modo más intenso según avanza el embarazo, prohibiéndole salir de la ciudad donde reside o cambiar de domicilio salvo autorización expresa de la futura madre, hasta recluirla en una concreta localidad distinta de la de su residencia en la última fase del embarazo. La madre gestante se obliga "a someterse a pruebas al azar sin aviso previo de detección de drogas, alcohol o tabaco según la petición de la futura madre". Y, finalmente, se atribuye a la comitente la decisión sobre si la madre gestante debe seguir o no con vida en caso de que sufriera alguna enfermedad o lesión potencialmente mortal".

La protección del interés superior del menor nacido por **gestación** por sustitución.

Para referirse al interés superior del menor nacido por **gestación** por sustitución el Tribunal comienza haciendo notar el cambio en el planteamiento de la cuestión en la demanda: se trata de la determinación de la filiación por una autoridad española y no del reconocimiento de efectos a un acto de una autoridad extranjera. Se plantea, por tanto, la necesidad de determinar la ley aplicable a la filiación a través de la norma de conflicto contenida en el artículo 9.4 del Código Civil. *Conforme establece este artículo en su párrafo primero, "La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española".* Como resulta de lo que establece esta norma la determinación de la filiación en este caso queda sometida a la ley española.

En cuanto a la protección del menor y su desarrollo integral en el ámbito natural de la familia de hecho se indica, "el niño nacido en el **extranjero** consecuencia de una **gestación** por sustitución entra sin problemas en España y acaba integrado en un determinado núcleo familiar durante un tiempo prolongado. Esa vida familiar *de facto* debe ser respetada y el derecho a que lo sea está protegido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos como ha señalado reiteradamente el Tribunal de Estrasburgo"

Entiende el Tribunal Supremo que el cauce adecuado para dar respuesta a la situación respetando su interés superior no es la posesión de estado sino la adopción. Esta posibilidad se acomoda a lo que indica el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Dictamen de 10 de abril de 2019 [9]*, (SP/DOCT/82435) afirmando que "esta solución satisface el interés superior del menor, valorado *in concreto*, como exige el citado Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales que el citado tribunal también ha considerado dignos de protección, como son los derechos de las madres gestantes y de los niños en general".

El *Tribunal Supremo en sentencia de 6-2-2014 (ROJ: STS 247/2014 - ECLI:ES:TS:2014:247)* contempla la vía de la **adopción** para regularizar la filiación de menores nacidos de un proceso de **gestación subrogada** en supuestos como el ahora examinado.

Está fuera del debate la paternidad del Sr. Mateo, marido del recurrente. Ni es este el procedimiento adecuado para ello ni nadie ha planteado la impugnación.

Tampoco hay debate en cuanto a la falta de cobertura legal en nuestro país de la **gestación subrogada** 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).

El problema surgiría en torno a la renuncia de la madre biológica pues en cuanto al resto no hay duda así el actor es el marido del padre legal del menor y 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. 176.2.2ª. CC), teniendo más de 25 años de edad, además el adoptando es menor de edad no emancipados (art. 175.1 CC). También consta el consentimiento del padre biológico y de la madre documento notarial de 18 de diciembre de 2020, 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 hasta la demanda no resulta necesario citar a la madre biológica para asentir de nuevo a la adopción. Se estima así que con la adopción se protegería, en indudable interés del menor, integrándole en el núcleo familiar "de facto" que parece que existe en este caso (art. 176.1 CC).

Por cuanto queda expuesto el recurso debe ser estimado, acordando haber lugar a la **adopción** solicitada y también al cambio de apellidos del menor en el orden solicitado, de acuerdo con el art. 49.2 de la Ley del Registro Civil.

No se hace pronunciamiento de costas.

PARTE DISPOSITIVA

En virtud de lo expuesto, **LA SALA ACUERDA:** haber lugar al recurso interpuesto frente a la resolución de 14 de septiembre de 2021 en los autos de adopción 164/21 del Juzgado de Instancia núm. 7 de Guadalajara y acordando haber lugar a la adopción de la menor Antonieta nacida en Neratovice, Republica Checa el NUM001 de 2020 designando progenitor de la misma a Doroteo acordándose asimismo el cambio de apellidos de la niña que pasaran a ser Mateo Doroteo, librándose una vez firme la presente resolución testimonio para su inscripción en el Registro civil español.

Con devolución, en su caso, del depósito constituido para la interposición del recurso de apelación. **La devolución se efectuará por el órgano jurisdiccional ante el que se constituyó el depósito.**

No se hace pronunciamiento de las costas de esta alzada.

Contra este auto no cabe recurso alguno.

Cumplidas que sean las diligencias de rigor, con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen para su conocimiento y ejecución, debiendo acusar recibo.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que componen la Sala, doy fe.