



Roj: **STS 5879/2024 - ECLI:ES:TS:2024:5879**

Id Cendoj: **28079119912024100022**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **04/12/2024**

Nº de Recurso: **7904/2023**

Nº de Resolución: **1626/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **PLENO**

#### **Sentencia núm. 1.626/2024**

Fecha de sentencia: 04/12/2024

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 7904/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/11/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Quinta

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 004

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN núm.: 7904/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 004

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **PLENO**

#### **Sentencia núm. 1626/2024**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Ignacio Sancho Gargallo, presidente

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg



D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 4 de diciembre de 2024.

Esta Sala ha visto en pleno el recurso de casación respecto del auto 122/2023 de 25 de mayo, dictado en grado de apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz, como consecuencia de autos de exequatur núm. 639/2021 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de San Roque, sobre reconocimiento de resolución judicial extranjera.

Es parte recurrente D. Benigno, representado por la procuradora D.<sup>a</sup> Susana Hernández del Muro y bajo la dirección letrada de D. Manuel Rodenas Pérez.

Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. José Adolfo Aldana Ríos, en nombre y representación de D. Ceferino y D. Benigno, interpuso demanda en la que solicitaba el reconocimiento de efectos de la sentencia dictada por el Juzgado número 73 del Condado de Béxar, Texas, EEUU (número de causa 2020PA01319) de 20 de noviembre de 2020, que confirmaba la paternidad de los actores en virtud de acuerdo de gestación por sustitución.

2.- La demanda fue presentada el 15 de octubre de 2021 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de San Roque, fue registrada con el Exequatur núm. 639/2021.

3.- Admitida a trámite, el Ministerio Fiscal emitió informe contestando a la demanda y oponiéndose al reconocimiento de sentencia solicitado.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de San Roque, dictó auto de 10 de junio de 2020 que acordó:

«Se deniega la eficacia en España de la sentencia definitiva de mutuo acuerdo entre D. Ceferino y D. Benigno, de una parte, y D.<sup>a</sup> Eva y D. Fermín, de otra, que confirma la paternidad de los primeros, en virtud de acuerdo válido de gestación por sustitución.

» No procede imposición de costas».

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Ceferino y D. Benigno. El Ministerio Fiscal se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz, que lo tramitó con el número de rollo 299/2023, y tras seguir los correspondientes trámites dictó auto 122/2023, de 25 de mayo, que desestimó el recurso, sin imposición de costas.

### TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- El procurador D. José Adolfo Aldana Ríos, en representación de D. Ceferino y D. Benigno, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Incongruencia del auto de fecha 10 de junio de 2022 dictado por Juzgado mixto nº 1 de San Roque. en procedimiento: exequatur 639/2021».

«Segundo.- Vulneración del principio de desarrollo de la personalidad, art. 10.1 Constitución Española».

«Tercero.- Vulneración del principio de no discriminación establecido en la jurisprudencia constitucional».

«Cuarto.- El principio superior de protección de los menores».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personados ante la misma los recurrentes por medio del procurador mencionado en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 8 de mayo de 2024, que admitió el recurso y acordó dar traslado al Ministerio Fiscal para que formalizara su oposición.

3.- El Ministerio Fiscal interesó la desestimación del recurso.



4.- Por decreto de 11 de septiembre de 2024, aclarado por decreto de 17 de septiembre de 2024, se acordó tener por desistido del recurso a D. Ceferino , continuando la tramitación del recurso respecto del recurrente D. Benigno .

5.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 27 de noviembre de 2024, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- El 4 de diciembre de 2019, D. Ceferino y D. Benigno celebraron un contrato de gestación por sustitución con D.<sup>a</sup> Eva (la «madre gestante») y su esposo, D. Benjamín , en el estado de Texas, Estados Unidos de América. El referido contrato, pese a ser un anexo de una de las sentencias extranjeras aportadas con la demanda, no ha sido aportado a estas actuaciones.

2.- El Juzgado núm. 73 del Distrito Judicial del condado de Béxar, Texas, dictó una sentencia el 23 de julio de 2020 que acordó la «validación» de dicho contrato y que D. Ceferino y D. Benigno «serán los progenitores de cualquier niño al que la Co-demandada Eva dé a luz, en virtud del Acuerdo de Gestación por Sustitución». La sentencia también acordó que «el HOSPITAL DIRECCION000 o cualquier otro hospital, centro de maternidad o centro médico en que nazca cualquier menor objeto de la presente demanda conceda a los demandantes, Benigno y Ceferino : (i) el derecho inmediato de custodia y acceso al menor tras su nacimiento, sujeto a las normativas y protocolos aplicables del hospital; (ii) el derecho de elegir el nombre del menor; y (iii) el derecho de tomar cualquier decisión con respecto a la salud del menor».

3.- El NUM000 de 2020 D.<sup>a</sup> Eva dio a luz a dos niños que fueron inscritos en el Registro Civil de Texas con los nombres de Higinio y Horacio y se hizo constar como progenitores a D. Ceferino y D. Benigno .

4.- El 20 de noviembre de 2020 el Juzgado núm. 73 del Distrito Judicial del condado de Béxar, Texas, dictó una sentencia en la que se falló que D. Ceferino y D. Benigno eran los progenitores de dichos menores, que el Departamento Estatal de Servicios Sanitarios y Registro Civil de Texas debía emitir certificados de nacimiento originales nombrando a los demandantes, Benigno y Ceferino , progenitores de los menores, y que D.<sup>a</sup> Eva y D. Benjamín debían ceder la custodia de los menores a D. Ceferino y D. Benigno , si no lo hubieran hecho todavía.

5.- D. Ceferino y D. Benigno han presentado una demanda de exequatur en la que solicitaban el reconocimiento de efectos de la sentencia dictada por el Juzgado número 73 del Condado de Béxar, Texas, Estados Unidos de América, de 20 de noviembre de 2020, que confirmaba la paternidad de los demandantes respecto de los dos niños a que dio a luz D.<sup>a</sup> Eva el NUM000 de 2020, en virtud de acuerdo de gestación por sustitución.

6.- El Juzgado de Primera Instancia ante el se presentó la demanda desestimó la solicitud con base en lo dispuesto en los apartados a) y d) del artículo 46.1 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, y la prohibición estipulada en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Argumentó que el procedimiento en virtud del cual se gestaron los menores se sanciona con nulidad en nuestro ordenamiento jurídico. No cabe el reconocimiento y ejecución solicitada porque subyace un fraude de ley que no puede quedar amparado por nuestro ordenamiento jurídico, ya que los demandantes iniciaron de forma consciente y querida un proceso para obtener un niño menor, mediante la suscripción de un contrato de gestación subrogada que está prohibido en nuestro ordenamiento jurídico.

7.- Los demandantes apelaron la sentencia y la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. El auto de segunda instancia rechazó los argumentos del recurso de apelación relativos a la infracción del interés del menor y de la jurisprudencia del TEDH porque no se apreció tal vulneración, dado que es en el marco del orden público donde ha de tener satisfacción aquel interés superior y no al margen del mismo o contraviéndolo o alterándolo.

8.- D. Ceferino y D. Benigno han interpuesto un recurso de casación contra el auto de la Audiencia Provincial que desestimó el recurso de apelación que interpusieron contra el auto del Juzgado de Primera Instancia denegatorio del exequatur. Durante su tramitación, D. Ceferino desistió del recurso de casación por lo que la tramitación de este continuó teniendo como recurrente exclusivamente a D. Benigno .

### SEGUNDO.- *Primer motivo*

1.- *Planteamiento.* El encabezamiento de este motivo es el siguiente:



«Incongruencia del auto de fecha 10 de junio de 2022 dictado por Juzgado mixto nº 1 de San Roque en procedimiento: exequatur 639/2021».

Al desarrollarlo se argumenta que «el Juzgador de San Roque, se expresa que "subyace un fraude de Ley" en el comportamiento de los ahora recurrentes, sin aportar sustento probatorio alguno». Y exponen por qué su actuación no constituye un fraude de ley.

**2.- Decisión de la sala.** El motivo debe desestimarse por varias razones.

La primera de ellas es que en el encabezamiento del motivo no se cita la norma legal infringida, lo que constituye una causa de inadmisión que, en este momento procesal, determina la desestimación del motivo.

La segunda, porque la incongruencia es un vicio procesal que constituye una infracción de una norma reguladora de la sentencia que, como tal, en la redacción de la Ley de Enjuiciamiento Civil aplicable por razones temporales (el auto recurrido es de 25 de mayo de 2023), debió ser alegada en un recurso extraordinario por infracción procesal por el cauce del art. 469.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no en un recurso de casación.

Asimismo, el desarrollo del motivo no responde a la infracción denunciada en el encabezamiento pues nada tiene que ver la incongruencia con que el recurrente considere que la valoración de su conducta por el auto de primera instancia como un fraude de ley sea incorrecta.

Además, calificar la conducta de los demandantes, tal como resulta de su demanda y de los documentos que aportan, como un «fraude de ley» constituye una valoración jurídica, no la fijación de un hecho, por lo que resulta improcedente denunciar que tal calificación se hace por el Juzgado de Primera Instancia «sin aportar sustento probatorio alguno».

Por último, es objeto del recurso extraordinario la resolución dictada por la Audiencia Provincial, no la dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

En todo caso, la *ratio decidendi* de la resolución recurrida es que el reconocimiento de la sentencia extranjera es contrario al orden público, lo que constituye una causa de denegación del reconocimiento de la resolución extranjera prevista en el art. 46.1.a) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil. Y el motivo no contiene argumento alguno apto para desvirtuar esta *ratio decidendi*.

### **TERCERO.- Motivo segundo**

**1.- Planteamiento.** En el encabezamiento de este motivo se denuncia la «[v]ulneración del principio de desarrollo de la personalidad, art. 10.1 Constitución Española».

Después de transcribir parcialmente varias sentencias del Tribunal Constitucional, el recurrente argumenta que la vulneración se habría producido porque «[d]e no admitirse la inscripción de nombre y apellidos de los menores en el registro civil como hijos de los recurrentes les dejaría frente a los terceros en una situación de vulnerabilidad y exposición, dejando al descubierto una circunstancia esencial para su nacimiento, cual es la subrogación de su gestación, que pertenece a su círculo más íntimo de conocimiento, y sobre la que no tienen por qué informar si no lo desean; quedando marcados en caso contrario, cuando desde su gestación viven en lo que la Jurisprudencia europea y del Supremo ha calificado de "relaciones familiares de facto"».

**2.- Decisión de la sala.** Como primera cuestión, las sentencias del Tribunal Constitucional parcialmente transcritas tratan cuestiones muy diferentes de la que es objeto de este recurso, por lo que no resultan adecuadas para sustentar la impugnación del auto recurrido.

Dicho lo anterior, lo que vulnera la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, tanto de la mujer gestante como de los menores nacidos en virtud del acuerdo de gestación por subrogación, es la celebración del propio contrato de gestación subrogada, en el que la mujer y el menor son tratados como meros objetos, así como la pretensión de que un contrato, por más que esté «validado» por una sentencia extranjera, puede determinar una relación paternofilial. 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. El futuro niño, al que se priva del derecho a conocer sus orígenes, se «cosifica» pues se le concibe como el objeto del contrato, que la gestante (y, en este caso, también su marido) se obliga a entregar al comitente o comitentes.

En nuestras anteriores sentencias sobre esta cuestión (835/2013, de 6 de febrero de 2014, y 277/2022, de 31 de marzo) hemos justificado extensamente estas afirmaciones y la contrariedad con el orden público del contrato de gestación subrogada y con la pretensión de que una filiación pueda quedar determinada por tal contrato. La estrecha vinculación de los demandantes con España (no se ha justificado que tuvieran otra **nacionalidad** o que hubieran residido largo tiempo en otro país y desde luego no se ha justificado la vinculación de los



demandantes con Texas) implica que la atenuación propia del orden público internacional sea escasa. Nos remitimos a esas sentencias, en extenso, para evitar reiteraciones innecesarias.

En el apartado 115 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto, se declara:

«[La Unión Europea] Condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos».

Más recientemente, la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (a cuya exposición de motivos alude el recurrente en el primer motivo de su recurso), considera, tanto en su preámbulo como en su articulado, que la gestación por sustitución es una forma de violencia contra las mujeres. En la regulación relativa a la realización de campañas institucionales de prevención e información, la ley considera la gestación subrogada como una forma de violencia en el ámbito reproductivo (artículo 10 quinquies), e introduce dos artículos nuevos (32 y 33) en los que reitera la nulidad de los contratos de gestación por sustitución, indica que se promoverá la información de su ilegalidad y de la nulidad de pleno derecho de tales contratos, así como que las administraciones instarán la declaración de ilicitud de la promoción comercial de la gestación por sustitución. Estas novedades legislativas no hacen sino confirmar que la gestación subrogada es contraria a nuestro orden público

Al igual que ocurría en el caso de nuestra sentencia 835/2013, de 6 de febrero de 2014, la cuestión planteada ante este tribunal no es la de un «hecho» que haya de ser objeto por primera vez de una decisión de autoridad en España y que al presentar un elemento extranjero (el lugar de nacimiento, cuanto menos) deba ser resuelto conforme a la ley sustantiva a la que remita la norma de conflicto aplicable. La técnica jurídica a aplicar no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento. Existe ya una decisión de autoridad, la adoptada por un tribunal de Texas al validar un contrato de gestación subrogada, fijar, con base en tal contrato, una determinada relación paternofamiliar y ordenar a la mujer que ha dado a luz a los niños que, en cumplimiento del contrato, los entregue inmediatamente a los comitentes. Hay que resolver si esa decisión de autoridad puede ser reconocida y puede desplegar sus efectos, en concreto la determinación de la filiación a favor de los demandantes, en el sistema jurídico español.

La resolución recurrida ha resuelto la cuestión correctamente, al denegar el reconocimiento de efectos a la sentencia extranjera por ser contraria al orden público. El art. 46.1.a) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, al regular las causas de denegación del reconocimiento, establece:

«1. Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán:

» a) Cuando fueran contrarias al orden público».

Los derechos fundamentales y los principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución, entre los que se encuentran los derechos a la integridad física y moral de la mujer gestante y del menor ( art. 15), y el respeto a su dignidad ( art., 10.1 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 4.º) 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. La maternidad subrogada atenta contra la integridad moral de la mujer gestante y del niño, que son tratados como cosas susceptibles de comercio, privados de la dignidad propia del ser humano. Priva al menor de su derecho a conocer su origen biológico, que es reconocido en el art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Atenta también contra la integridad física de la madre, que puede verse sometida a agresivos tratamientos hormonales para conseguir que quede embarazada. Y puede atentar también a la integridad física y moral del menor, habida cuenta de la falta de control de la idoneidad de los comitentes.

Como ya afirmamos en la citada sentencia 835/2013, de 6 de febrero de 2014, este orden público es incompatible con 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.

Los contratos de gestación por sustitución vulneran los derechos fundamentales, tanto de la mujer gestante como del niño gestado, y son por tanto manifiestamente contrarios a nuestro orden público. No se trata solamente de que el art. 8 del CEDH no garantice el derecho de fundar una familia ni el derecho de adoptar, pues el derecho al respeto de la vida familiar no protege el simple deseo de fundar una familia (sentencia de 24 de enero de 2017, caso *Paradiso y Campanelli*, apartado 141). Es que, como concluye el Informe del Comité de Bioética de España de 2017, el deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas.

Un contrato de gestación por sustitución como el que fue validado por la sentencia del tribunal de Texas cuyo reconocimiento se pretende en este recurso entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor. Por tanto, el reconocimiento de los efectos de dicha sentencia, que supone el reconocimiento de los efectos del contrato de gestación subrogada validado en tal sentencia, es contrario al orden público.

También afirmamos en la sentencia 835/2013, de 6 de febrero de 2014, que es significativo que los considerandos introductorios y el 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 exijan 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. En el caso objeto de este recurso, ya la primera sentencia del tribunal de Texas, dictada antes del parto, obligaba a la mujer gestante a entregar inmediatamente el niño a los comitentes, por lo que la madre no podía negarse a esa entrega una vez producido el parto. Y es notorio, y no ha sido desvirtuado en este caso, que en Estados Unidos la gestación por sustitución constituye un enorme negocio en el que los padres comitentes desembolsan importantes cantidades de dinero, que en parte va a la madre gestante, por lo que el consentimiento de esta, prestado antes del parto, ha sido obtenido mediante pago o compensación de algún tipo.

3.- Como hemos declarado en las citadas sentencias dictadas por esta sala sobre el reconocimiento de la filiación con base en un contrato de gestación subrogada, el ordenamiento jurídico español prevé medios para determinar la relación paterno o materno-filial que son respetuosos con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad del menor: en lo que es relevante en este asunto, la determinación de la filiación biológica del padre, si es que existe tal relación biológica entre los menores y alguno de los progenitores de intención, y la adopción cuando existe esa convivencia en un núcleo familiar, con las garantías propias de estas instituciones.

Por otra parte, ni siquiera consta que los menores estén integrados con los demandantes en un núcleo familiar estable. No se ha aportado prueba de tal extremo y el propio desistimiento del recurso formulado por uno de los demandantes así como las circunstancias puestas de manifiesto por el Ministerio Fiscal en su informe, introducen serias dudas sobre tal extremo.

#### **CUARTO.- Motivo tercero**

1.- *Planteamiento.* El encabezamiento de este motivo tiene este contenido:

«Vulneración del principio de no discriminación establecido en la jurisprudencia constitucional».

Al desarrollarlo, se argumenta que se ha producido una discriminación por razón de **nacionalidad** pues los menores en la actualidad son de **nacionalidad** estadounidense y corresponde a la Administración Pública española poner todos los medios a su alcance para que no sufran discriminación en razón de esta circunstancia respecto de su derecho a ser inscritos con nombre y apellidos conforme a su paternidad.

2.- *Decisión de la sala.* También en este motivo concurre la causa de inadmisibilidad consistente en omitir el precepto infringido.

Por otra parte, ninguna discriminación se ha producido por razón de **nacionalidad**. Cuando el nacimiento en virtud de un acuerdo de gestación por sustitución se produce en España y el niño adquiere la **nacionalidad** española por encontrarse en alguno de los supuestos del art. 17 del Código Civil, no podría accederse a la solicitud de los demandantes pues la filiación resulta determinada del modo previsto en los apartados 2.º y 3.º del art. 10 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida:

«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».



Es más, si el nacimiento se hubiera producido en España la conducta de los demandantes podría constituir el delito tipificado en el art. 221.1 del Código Penal.

No puede sostenerse, por tanto, que se haya producido un trato discriminatorio por razón de la **nacionalidad** de los menores.

#### QUINTO.- *Motivo cuarto*

1.- *Planteamiento*. El encabezamiento de este motivo tiene este contenido:

«El principio superior de protección de los menores».

Se argumenta que la denegación del reconocimiento de la sentencia extranjera no respeta el interés de los menores e invoca varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en concreto, la del caso *Alexander* ) en las que se declara que «la imposibilidad general y absoluta de obtener un reconocimiento de la relación entre un niño nacido mediante subrogación en el extranjero y la madre de intención" tiene un "impacto negativo" sobre el menor».

2.- *Decisión de la sala*. De nuevo se incurre en la causa de inadmisión consistente en no citar el precepto legal que se considera infringido.

En nuestras anteriores sentencias sobre gestación subrogada hemos declarado que es incompatible con nuestro sistema de derechos fundamentales la determinación de la filiación del niño como hijo de los comitentes con base en el contrato de gestación subrogada y en los actos de autoridades extranjeras que reconocían la filiación resultante de tal contrato, pues se vulneraban gravemente los derechos fundamentales tanto del menor como de la madre gestante. La mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil. Es necesario por tanto realizar una ponderación de la que resulte la solución que menos perjudique a los menores, empleando para ello los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico.

Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014, casos *Adrian* contra Francia y *Alexander* contra Francia, fueron analizadas en nuestro auto de 2 de febrero de 2015, que desestimó la promoción del incidente de nulidad de actuaciones respecto de la sentencia 835/2013, de 6 de febrero de 2014. En esa resolución pusimos de relieve las importantes diferencias existentes entre los casos objeto de las sentencias del TEDH y nuestra sentencia, como eran las siguientes:

«(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 *Adrian* y *Alexander* ), 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".

»(iv) En los asuntos franceses, los comitentes habían solicitado que se determinara la filiación de las niñas no solo con base en las actas de nacimiento expedidas en Norteamérica (determinadas por la existencia de sendos contratos de gestación por sustitución que, una vez homologados judicialmente sus efectos, dieron lugar a la inscripción del nacimiento en el Registro Civil con determinación de la filiación respecto de los padres comitentes): en ambos casos se pidió, de modo alternativo o subsidiario, que se determinara la filiación paterna biológica respecto del marido, pues constaba que tanto el Sr. Adrian como el Sr. Alexander eran los padres biológicos de las respectivas niñas. Y en el caso del matrimonio Adrian, se solicitó también que se realizara la inscripción de la filiación con base en un acta de notoriedad de posesión de estado civil puesto que constaba que el matrimonio Adrian había criado y educado a la niña desde su nacimiento. El Tribunal de Estrasburgo hace constar que en ambos casos está constatado que los matrimonios demandantes y las niñas fruto de la gestación por sustitución por ellos contratada formaban sendos núcleos familiares "de facto".

En consecuencia, los menores nacidos del contrato de gestación subrogada concertado por los demandantes pueden ver determinada su filiación biológica paterna y, si existe actualmente un núcleo familiar en que estén integrados, si los menores 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 ( sentencias 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.

Como hemos declarado en anteriores sentencias sobre esta materia, la concreción de lo que en cada caso constituye el interés del menor no debe hacerse conforme a los intereses y criterios de los comitentes de la gestación subrogada, 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 sobre estado civil e infancia. En las sentencias 45/2022, de 27 de enero, y 558/2022, de 11 de julio, citadas por el Ministerio Fiscal en su informe, hemos afirmado:

«El interés del menor no es causa que permita al juez atribuir una filiación. Es el legislador quien, al establecer el sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes (la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo)».

En la sentencia 754/2023, de 16 de mayo, nos hemos pronunciado en similares términos.

Como hemos declarado en la sentencia 835/2013, de 6 de febrero de 2014, la protección de los menores no puede lograrse aceptando acríticamente las consecuencias del contrato de gestación por sustitución suscrito por los recurrentes, tal como fueron aceptadas por los tribunales de Texas con base en la legislación de dicho estado, que admite el contrato oneroso de gestación por sustitución y que la filiación quede determinada a favor de quienes realizan y pagan el encargo. La protección del interés de los menores no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación de Texas, sino que habrá de partir, de ser ciertos tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que los gestó y alumbró, la existencia de una filiación biológica paterna y de un núcleo familiar en que estén integrados los menores.

Por tanto, la protección que ha de otorgarse a dichos menores ha de partir de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España, y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica, tomando en consideración su situación actual, estableciendo la relación de filiación mediante la determinación de la filiación biológica paterna, la adopción, o permitiendo la integración de los menores en un núcleo familiar mediante la figura del acogimiento familiar.



Esta solución satisface el interés superior del menor, valorado en 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 (sentencias de 24 de enero de 2017, Gran Sala, caso *Paradiso y Campanelli*, apartados 197, 202 y 203, y de 18 de mayo de 2021, caso *Valdís Fjölfnisdóttir y otros contra Islandia*, apartado 65), que resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitara la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución, en caso de que estas pudieran asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación subrogada, pese a la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños, tratados como simples mercancías y sin siquiera comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad del menor nacido de este tipo de gestaciones.

El Ministerio Fiscal, que ha intervenido en este proceso, puede, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercitar 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*.

#### **SEXTO.- Costas y depósito**

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas al recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Benigno contra el auto 122/2023, de 25 de mayo, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz, en el recurso de apelación núm. 299/2023.

2.º- Condenar al recurrente al pago de las costas del recurso de casación que desestimamos y acordar la pérdida del depósito constituido.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.