

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.: 0818442120170040865

Recurso de apelación

Materia: Adopción

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 7 de xxx
Procedimiento de origen:Adopción 142/2017

Parte recurrente/Solicitante: J. C. G.
Procurador/a: ANA DE OROVIO JORCANO
Abogado/a: Juan Antonio Ortiz Heredia

Parte recurrida: M.Fiscal
Procurador/a:
Abogado/a:

AUTO Nº 565/2018

Magistrados:

D.Francisco Javier Pereda Gámez
D^a Margarita B. Noblejas Negrillo
D^a Myriam Sambola Cabrer
D^a M^a José Pérez Tormo
D^a Ana M^a Garcia Esquius (Ponente)
D^a Dolors Viñas Maestre

Barcelona, 16 de octubre de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 12 de abril de 2018 se han recibido los autos de Adopción 142/2017 remitidos por Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 7 de xxx a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora ANA DE OROVIO JORCANO, en nombre y representación de J. C. G. contra el Auto de fecha 03/11/2017 y posterior auto aclaratorio de fecha 23/11/2017 y en el que consta como parte oponente el Ministerio Fiscal

Segundo. El contenido de la parte dispositiva del auto de fecha 03/11/2017 contra el que se ha interpuesto el recurso es el siguiente:

“No ha lugar a acordar la adopción de los menores de edad XXXX y YYYYYY por parte D.J. C. G.”

Siendo la parte dispositiva del auto aclaratorio de fecha 23/11/2017 del siguiente tenor literal:

“Que debo rectificar y rectifico el Auto de 3 de noviembre de 2017, de suerte que en el hecho segundo ha de constar que el Ministerio Fiscal ha emitido informe en el sentido de oponerse”

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 día 03/07/2018.

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

Se designó ponente a la Magistrada Ana M^a García Esquiús .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución de instancia, declara no haber lugar a la adopción de los menores XXX y YYYY por parte del Sr. G., en su condición de pareja estable del identificado como padre Sr. F..

Disconforme con esta decisión, el solicitante Sr. G. formula el recurso de apelación que aquí se ha de resolver, recurso en el que de forma extensa y razonada, rechaza por una parte la aplicación del art. 10 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, e invoca la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación nacido mediante gestación por subrogación. La parte apelante estima que no es de aplicación al supuesto de autos el denominado fraude de ley, con cita de la Sentencia del TSJ de Asturias , Sala de lo Social, de 20 de septiembre de 2012, error en la interpretación de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 , funda su derecho en lo dispuesto en ellos artículo 17 d, y 9 del Código Civil y 235-30, a 235-33 del Código Civil de Cataluña, y art. 175 del Código Civil

y cita jurisprudencia , entre otras, de varios Juzgados de Primera Instancia y un Auto de esta misma Sección de 28 de mayo de 2013.

El Auto que se impugna se basa precisamente en lo dispuesto en el art. 10 de la Ley de Reproducción Asistida para rechazar la solicitud de adopción, acogiendo los argumentos expuestos por el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición y actuando como garante del principio de legalidad y de protección del menor.

El debate que se plantea en torno a una materia especialmente sensible por la entidad de los derechos que pueden entrar en colisión y las implicaciones de todo tipo que generan, exige un análisis ponderado de la legislación y jurisprudencia aplicables, así como de las circunstancias concurrentes.

SEGUNDO.- Los datos objetivos de los que hay constancia en autos son los siguientes:

a) En fecha 24 de febrero de 2017 se presenta por el Sr. G. demanda de Jurisdicción voluntaria , interesando la adopción de los dos menores citados anteriormente, y acompañando a su escrito Acta de Nacimiento librada por el Servicio Consular de España en Bangkok, Tailandia, de los menores XXXX y YYYY, nacidos el de 2014, constando como padre Don D. F. de nacionalidad española y , estado civil soltero, y como madre S. A., de nacionalidad tailandesa y estado civil soltera. (documentos números 2 y 3)

Dichos documentos no aparecen debidamente legalizados, indicándose por el Encargado de Asuntos Consulares , Visto Bueno para legalizar las firmas de la Registradora del Distrito de, Provincia de Bangkok, Tailandia, por ser al parecer auténticas, sin prejuzgar la veracidad del contenido del documento, ni ulterior destino que pueda dársele, , haciéndose constar igualmente , que el Ministerio de Asuntos Exteriores de Tailandia no legaliza prácticamente ningún documento tailandés salvo alguno muy concreto y solo coloca un sello de “Visto” que no puede considerarse como valido a efectos de legalización de firma. Se hace constar asimismo, que no ha sido posible colocar la Diligencia de legalización sobre el documento original por no figurar en la Diligencia de legalización del Ministerio de Asuntos Exteriores tailandés. Este documento está fechado a 19 de mayo de 2015.

b) Se acompaña asimismo, (doc.núm.12,) Traducción Jurada de Acuerdo de Intenciones, para un proceso de reproducción asistida, por gestación por subrogación y de la madre gestante S. A., de nacionalidad tailandesa, renunciando a todos los derechos parentales y maternales sobre los menores XXXX y YYYY, en beneficio de su padre , declarando que lo es el Sr. F. y declarando ser consciente de que el Sr. G., pareja del Sr. F. ha comenzado los trámites de adopción en los Tribunales de España , otorgando su expreso consentimiento para ello.(doc. Nº 14). Dichos documentos constan otorgados ante Notario, sin constar legalización.

c) Los menores XXX y YYY constan empadronados en, en el, domicilio de los Sres. F. y G., desde 2015.

Tras dictarse el Auto y acompañando al Recurso de Apelación la parte apelante presenta sendos documentos (señalados como números 1 y 2) , respecto a los que dice que se trata de pruebas genéticas realizadas en Tailandia con carácter previo a la inscripción de nacimiento ante el Consulado español, entre el Sr. F. y los menores XXXX y YYYY,. Dichos documentos no se acompañan de la correspondiente traducción jurada, lo que dificulta la realización del pertinente control de contenido, ni están legalizados.

Se acompaña asimismo Informe de Análisis de Paternidad efectuado en España por la empresa “Laboratorio Genómica” En ambos casos se dice que acreditarían la paternidad biológica del Sr. F..

TERCERO. - El Auto apelado considera necesario que, previamente a la adopción, se determine la filiación a favor del padre biológico de los menores, pareja del adoptante. Es decir, acoge la tesis del Ministerio Fiscal en cuyo escrito se decía que la gestación subrogada es una práctica prohibida en nuestro país hasta el punto de que la Ley considera nulos los contratos realizados en otros países en los que la gestación subrogada es legal.

Sin embargo, al no haberse impugnado por el Ministerio Fiscal discrepante la Inscripción registral de nacimiento practicada por el Registro Consular y de la que existe debida constancia en el Registro Central, identificando como padre de los menores al Sr. D.F., este Tribunal debe limitarse a examinar el que es auténtico objeto del proceso , la adopción de los pequeños XXXX y YYYY , por el

Sr. G. en su condición de pareja del padre Sr. F. , formulada al amparo de lo previsto en el art. 235-32.1, a) del Codi Civil de Catalunya. Ahora bien, precisamente en atención a lo que dispone el indicado precepto, la decisión no puede obviar la cuestión central sobre la que se sustenta la pretensión, esto es, el procedimiento por el que se origina el vínculo de filiación del que se trae causa

El punto de partida es el que se deriva de la Documentación aportada a los autos acreditativa de que los menores nacieron en Tailandia como consecuencia de un procedimiento de gestación subrogada o por sustitución y que la madre gestante no es parte en el procedimiento , ni ha comparecido en el mismo. .

La gestación subrogada no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico, y la ausencia de una legislación específica no permite la integración de la laguna legal al existir una norma que la prohíbe de forma expresa.

Efectivamente el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, dispone:

- “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”*

La claridad del precepto 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 , cuya doctrina pasaremos a exponer, así como la Sala de lo Social del Tribunal Supremo , con respecto a los permisos de paternidad derivados de estos nacimientos.

Aprecia la Sala 1ª del TS , en su sentencia de 6 de febrero de 2014 , 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).

También 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).

Asimismo, 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 continúa añadiendo que “ La decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia.” Contraponiendo a los argumentos esgrimidos por los recurrentes en defensa de la corrección de la inscripción, que “la ley no se limita a proclamar la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución. También prevé cuál debe ser el régimen de la filiación del niño que sea dado a luz como consecuencia de dicho contrato: la filiación materna quedará determinada por el parto y se prevé la posibilidad de ejercicio de la acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico.”

Es importante destacar que el Tribunal Supremo tiene en cuenta en su resolución la primacía del “interés del menor” pero dice 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.”*

De forma inequívoca estima el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 6/02/2014 que *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 TS, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en materia de gestación subrogada, casos Menesson, y Labassee y Caso Paradiso. En el caso Menesson contra Francia, asunto 65192/11 dos niñas gemelas nacidas en California en el año 2000 y el caso Labassee, asunto 65941/11 una niña nacida en Minesota en 2001, casos resueltos en junio de 2014 en los que Francia había denegado la inscripción de las recién nacidas en el Registro Civil francés porque la gestión por sustitución es nula. El TEDH, no aprecia violación del citado art. 8 de la Convención de los Derechos del Niño, en relación con el derecho a la 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.

Ante tales supuestos entiende el Tribunal que la ausencia de reconocimiento por el Derecho de un Estado del vínculo de filiación con los padres intencionales puede tener como consecuencia la destrucción de la vida familiar del niño. Por todo ello el Tribunal concluye que el no reconocimiento de la filiación en favor de los padres intencionales no solo tiene consecuencias sobre ellos. También las tiene sobre el menor, al resultar afectado el derecho a que se respete su vida

privada garantizado por el art. 8 de la Convención, pues este derecho implica que cada uno pueda configurar la “sustancia de su identidad”, comprendida en ella su filiación. Se origina de esta forma “un grave problema de compatibilidad con el interés superior del niño, interés que debe guiar cualquier decisión que le concierna”, y que debe resolverse en favor de este último.

A consecuencia de los precedentes Fallos del TEDH, habiéndose solicitado del Tribunal Supremo la nulidad de la previa sentencia de 6 de febrero de 2014, la Sala Primera del TS , en Auto de fecha 2 de febrero de 2015 (ROJ 335/2015) a la luz de la nueva doctrina del TEDH, declara que no ha lugar a la nulidad y que mientras que *el Tribunal de Casación francés afirmaba 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*” y que 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, la formalización de las relaciones existentes si los comitentes y los niños efectivamente forman un núcleo familiar "de facto".*

El debate se ha planteado también en el ámbito de las prestaciones sociales y laborales, afectando a la concesión de los permisos de paternidad o maternidad, lo que dio lugar a que recientemente se dictara sentencia por la Sala de lo Social del TS , en unificación de doctrina num 2770/2016, de 22 de marzo de 2018, en la que se declara que la “nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, establecida en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo , no puede perjudicar la situación del menor.”

Y finalmente, con posterioridad a estos pronunciamientos , ha vuelto el TEDH a resolver sobre la materia, caso *Paradiso y Campanelli contra Italia* (asunto 25358/12), que tiene su origen en un matrimonio italiano con problemas de infertilidad que contrató una gestación por sustitución en Rusia. Tras el nacimiento del niño se inscribió en Rusia como hijo de ambos progenitores, sin

mencionar el contrato del que traía causa. Realizadas las pruebas de paternidad en Italia, se constató que el señor Campanelli no era el padre. Italia recurrió la sentencia a la Gran Sala que en sentencia de 24 de enero de 2017 falla a favor de la decisión adoptada por el Tribunal italiano, declara que los menores nacidos en estos procesos de gestación no pueden ni deben quedar desprotegidos al mismo tiempo que destaca la importancia de garantizar la protección de los derechos de las madres gestantes y la conveniencia de adecuar la ley para ello, y subraya la relevancia de la legislación nacional a la hora de regular la maternidad subrogada correspondiéndole al Estado establecer las oportunas relaciones de filiación entre los progenitores y sus hijos.

A lo expuesto hemos de añadir, necesariamente y porque ello incide de manera directa en el acceso al Registro de los nacimientos, determinando la filiación, que durante la tramitación del proceso que finalizó con la sentencia del TS de 6 de febrero de 2014, la Dirección General de los Registros y del Notariado, procedió a dictar 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. Esta Instrucción establece los criterios que determinan las condiciones de acceso al Registro Civil español de estos nacimientos, atendiendo al interés superior del menor. Las Directrices con las siguientes:

Primera. – 1. La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.

2. Salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Deberá aportarse el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur.

3. No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España.

Segunda. –En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

CUARTO.- Precisamente en aplicación de la precedente jurisprudencia del TS , de la Instrucción de la DGRN y las resoluciones del TEDH, ha tenido ocasión esta Sala de pronunciarse sobre determinados efectos de la gestación subrogada, siempre en interés del menor.

El apelante efectúa cita de un Auto de esta Sala de 28 de mayo del año 2013, dictado pues antes de crearse el cuerpo jurisprudencial al que nos referimos.

Además del invocado por el apelante , esta Sala dictó Auto de 18 de noviembre de 2014, otorgando el *exequatur* a sentencia dictada por el Tribunal Superior del Estado de California, estableciendo la filiación paterna de una menor nacida por gestación subrogada en ese Estado, pero desestimando el reconocimiento en lo referido a la filiación materna, declarándose en este Auto que *“Conforme a la legislación y al estado actual de la doctrina jurisprudencial, la filiación materna queda determinada por el parto (art. 235-3 CCCat) y debe perdurar la aplicación de la excepción de orden público , sin perjuicio de que como recoge la meritada sentencia del Tribunal Supremo, la relación familiar de facto , lleva a la protección de la menor mediante otras figuras como el acogimiento familiar o la adopción”* .

Más recientemente en Auto de fecha 28 de julio de 2015, en el que se constituía la adopción de dos menores cuya filiación había sido declarada por resolución extranjera y en la que se había manifestado el consentimiento de la madre gestante ante la autoridad judicial del país de origen de la misma, esta misma Sala declaró que *“ En este caso la madre biológica de ambos menores D^a B. K. ha asentido en un primer momento a la adopción conforme recoge el acta de testimonio notarial otorgada ante Notaria en la India, debidamente apostillada y traducida La Sra. K. ha ratificado su situación al cabo de dos años del nacimiento de los menores, mediante declaración jurada debidamente apostillada y traducida y asimismo ha declarado de forma voluntaria y libre ante la autoridad judicial indica su asentimiento a que los dos menores sean*

adoptados por P. X. marido del padre biológico de ambos menores, mediante el procedimiento legal necesario al efecto y con específica referencia al proceso que aquí se examina”.

Es decir que en uno y otro supuesto es determinante la existencia de una resolución judicial dictada por tribunal extranjero competente , a la que se le atribuyen efectos en España, de acuerdo con la legislación nacional y ateniéndonos tanto a las Directrices de la Instrucción de la DGRN como a lo resuelto por el TS y el TEDH.

Mientras el legislador, en el marco de las competencias que le son propias, no proceda a regular esta técnica de reproducción asistida fijando los criterios básicos sobre su admisión, limitación o prohibición , sólo dentro del margen de la legislación actual y de la interpretación que de ella ha efectuado la jurisprudencia, podrán resolverse las cuestiones derivadas de la gestación subrogada, como el presente proceso de Jurisdicción voluntaria de adopción . Como advertía el TEDH en el caso Paradiso y Campanelli, las situaciones que se originen en gestación subrogada en el extranjero podrían llegar a convertir las legislaciones nacionales en normas de carácter simbólico, vacías de contenido. De ahí que, dado el estado actual de la materia , ante la necesidad de primar el interés del menor, debamos analizar cada uno de los supuestos que se vayan presentando con los instrumentos con que contamos, la norma , doctrina y jurisprudencia hasta aquí expuestas, teniendo muy presente el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y *las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas* y que como ponía de relieve el TS , 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, el interés superior del menor tiene la consideración de "primordial" recordando que este principio ha de conjugarse con la protección de otros bienes y principios jurídicos como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, la evitación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o garantizar que no se incurra en la mercantilización de la gestación y en última instancia de la filiación. Como también declara la Convención : “el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a

adquirir una nacionalidad y, *en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*” y corresponde a los Estados Partes velar por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional, respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y *las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas (art. 8)* .

Por tanto, y a tenor de lo dispuesto en el Convenio de Derechos del Niño, si un país como España dispone que la filiación se determina por el parto, deberá evitar que los niños sean separados de sus madres y velará por que sean cuidados por ellas.

Y estos principios y sus concordantes guardan inmediata relación con aquello que dice el artículo 9.2 de la Convención sobre los Derechos del niño el cual prevé que en cualquier procedimiento entablado con ocasión de la separación del niño de sus padres «se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones» (art. 9.2); y, en este sentido, destaca nuestra doctrina que *«los procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, como este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar en relación con el procedimiento de separación matrimonial, dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia (STC 4/2001, de 15 de enero (LA LEY 2364/2001), FJ 4), no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían ex lege las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados»*.

En conclusión, la presente resolución debe ceñirse tanto a lo que dispone la Ley de Reproducción Asistida, como a la doctrina y jurisprudencia del TEDH y Tribunal Supremo, en la misma línea trazada en nuestra anteriores resoluciones, es decir, la constatación de que se trata de una materia de orden público, que resulta de aplicación el principio del interés del menor y que debe en todo caso quedar garantizado el derecho a la integridad física y moral de la madre gestante. Sin embargo, no podemos equiparar este supuesto a los anteriores

pues se trata de dos niños nacidos en el extranjero, a través de gestación subrogada o por sustitución, filiación inscrita en el Registro Civil consular y sin que conste resolución judicial extranjera y subsiguiente exequatur que pese a ello no ha sido impugnada lo que impide a este Tribunal entrar a valorar su corrección.

QUINTO.- De todo ello cabe concluir , por lo que a estos autos se refiere que , el proceso de constitución de la adopción de los menores XXXX y YYYY debe atenerse al cumplimiento de lo dispuesto en la legislación vigente, con escrupulosa observancia del principio del interés del menor pero con garantías respecto a los derechos de la madre gestante.

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 los menores. Y en cuanto al procedimiento hemos de estar a lo que dispone la Ley de La Jurisdicción Voluntaria, aprobada por Ley 15 /2015, de 2 de Julio.

Por ello,

1.- En lo que al procedimiento se refiere hemos de hacer notar que la Documentación extranjera aportada no cuenta con la correspondiente legalización y que en cuanto a las pruebas genéticas supuestamente realizadas en Tailandia, tampoco se acompaña la traducción, lo que como se ha indicado dificulta el exacto conocimiento de su contenido. . De este modo, se están incumpliendo los preceptos legales contenidos en la LEC sobre la presentación y validez de los documentos presentados en juicio-. Los documentos públicos

extranjeros a los que haya de atribuirse eficacia probatoria en los términos del art. 319 de la LEC, deberán cumplir con los requisitos formales exigidos en el art. 323, y entre estos que salvo supuestos concretos en que exista Convenio estableciendo exención de legalización para determinados documentos, todo documento público extranjero deberá ser previamente legalizado por vía diplomática o, en el caso de los Estados parte del Convenio de la Haya de 1961, rubricado con la Apostilla de la Haya, amén de venir traducido conforme a lo exigido por el art. 144 (*. A todo documento redactado en idioma que no sea el castellano o, en su caso, la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma de que se trate, se acompañará la traducción del mismo.*)

2.- En cuando al fondo del asunto , y puesto que como hemos indicado la Ley aplicable es el Codi Civil de Catalunya, estaremos a lo que dice el artículo 235-32. 1, b) de éste Codi, es decir que se podrá adoptar a los hijos del cónyuge o persona con quien el adoptante convive en pareja estable y que 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.

Respecto a los requisitos exigidos por éste art. 235-32. 1, b) CCCat, hemos de hacer las siguientes consideraciones:

a) El art. 37 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria dice de forma expresa que en el procedimiento para la constitución de la adopción, “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 del menor, ambos.

De hecho el art. 35.3 de la LJV dice también que en los supuesto en que no se requiera propuesta de la Entidad pública para la adopción deberán expresarse en el escrito de solicitud las indicaciones contenidas en el apartado 2 , esto es, las condiciones personales y domicilio de los progenitores, requisito que tampoco se ha cumplido en este caso pues la

madre ni consta citada ni ha comparecido.

b) Como se recordaba en Auto de esta misma Sala de 24 de abril de 2018, “Es pacífico en la doctrina que si el padre biológico, no privado legalmente de la potestad, ni incurso en causa de privación (ni firme un acogimiento pre adoptivo) no presta su asentimiento, la adopción no se puede formalizar. Conforme a la vieja jurisprudencia (antes de que se inadmitieran los recursos extraordinarios contra los Autos que acuerdan la adopción), ya se dijo que el asentimiento era una *conditio iuris* de la adopción (STS, Civil sección 1 del 20 de abril de 1987 (ROJ: STS 2751/1987 - ECLI:ES:TS:1987:2751) y STS, Civil sección 1 del 19 de febrero de 1988 (ROJ: STS 1061/1988 - ECLI:ES:TS:1988:1061)”.

c) En el contrato de gestación subrogada aportado por el solicitante, se dice de forma expresa que “Tres días después de dar a luz al niño la subrogada otorgará el derecho de tener la custodia al padre y renunciará a la patria potestad y finalizará su maternidad”.

La filiación por naturaleza, en relación con la madre, resulta del hecho mismo del parto (art. 235-3) y los derechos y deberes propios de la potestad empiezan a surtir efectos a partir del hecho mismo del nacimiento. Por ello resultaría una paradoja que mientras que el art 235-51 del CCCat dice que la adopción es irrevocable, permitiendo incluso a los progenitores que no hayan intervenido en el expediente de adopción por causa que no les es imputable que la impugnen en el plazo de dos años desde que fuera constituida, en el contrato de gestación subrogada se contemple un supuesto de “filiación revocable” previo al nacimiento, lo que vulnera de forma evidente tanto el art. 235-3, como lo dispuesto en el art. 235-41 del mismo CCCat, a tenor del cual 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 el mismo sentido se pronuncia el art. 177.2 del Código Civil, al que se refería el art. 37 de la LJV cuando requería el asentimiento de los progenitores, de tal

manera que en ningún caso cabría validar un consentimiento “prenatal” , renunciándose a la filiación del *concepturus* o del *nasciturus* si se hubiera producido ya la gestación, compromiso que se pacta en el contrato de gestación subrogada a la que nos venimos refiriendo sin que conste que se haya emitido un consentimiento libre e informado, tanto en lo referente a las consecuencias de su renuncia para el hijo como a los propios riesgos que para su salud física y mental se pueden derivar de la gestación.

Por lo tanto, la renuncia previa de la madre gestante, que en nuestra legislación vigente, ni tan sólo es posible antes de transcurridas 6 semanas desde el parto, es decir, con posterioridad al mismo, es contraria a nuestro ordenamiento jurídico y en consecuencia, nula de pleno derecho por lo que carece de eficacia alguna en la posible adopción posterior.

Tampoco consta que se hubiera dictado Resolución por la entidad pública competente al respecto, ni se ha cuestionado el inadecuado ejercicio de la potestad por parte de la madre de los menores. La madre de los menores ni tan siquiera consta citada, infringiéndose lo dispuesto en el art. 37 LJV, el art. 235.32 CCCat y la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la necesidad del asentimiento de los progenitores y la forma en que se ha de garantizar el derecho de estos progenitores a participar en el proceso. El TC en sentencia 75/2005, de 4 de abril, razona al respecto *«en relación con el desarrollo de procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, que “en este tipo de procesos civiles se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia [tanto] los del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación, [que] son intereses y derechos de la mayor importancia en el orden personal y familiar, que obligan a rodear de las mayores garantías los actos judiciales que les atañen” (STC 114/1997, de 16 de junio, FJ 6; en el mismo sentido STC 298/1993, de 18 de octubre, FJ 3). Es lógico, pues, que “dada la extraordinaria importancia que revisten estos intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se ofrezca realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusividad [pues] lo trascendental en ellos no es tanto su modo como su resultado” (STC 187/1996, de 25 de*

noviembre, FJ 2). En este sentido no puede dejar de traerse a colación la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, que prevé que en cualquier procedimiento entablado con ocasión de la separación del niño de sus padres “se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones” (art. 9.2)»; y, en este sentido, destaca nuestra doctrina que «los procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, como este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar en relación con el procedimiento de separación matrimonial, dado su carácter instrumental al servicio del Derecho de familia (STC 4/2001, de 15 de enero, FJ 4), no se configuran como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara, sino que en relación con tales procedimientos se amplían ex lege las facultades del Juez en garantía de los intereses que han de ser tutelados, entre los que ocupa una posición prevalente, como ya se ha señalado, el interés superior del menor (cfr. art. 1826 LEC)».

Esta doctrina no hace más que reiterar la expuesta en pronunciamientos anteriores como la STC 143/1990, de 26 de septiembre, recurso de amparo 373/1988, que se ha venido manteniendo con posterioridad (Sentencia 58/2008, de 28 de abril de 2008. Recurso de amparo 2306-2005).

En esta misma línea se ha pronunciado recientemente la Dirección General de los Registros y del Notariado, (Resoluciones 88 y 89 de 1 de septiembre de 2017) , en las que pone en valor la importancia de constatar que se han garantizado los derechos procesales de las partes, en particular de la madre gestante verificando que su consentimiento se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia, que tiene capacidad natural suficiente y que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor..

No es éste tampoco un supuesto de adopción internacional, perfectamente regulado en nuestro ordenamiento , tanto en el CC. , como en el CCCat, Ley de Enjuiciamiento Civil y Ley 54/2008, de 28 de diciembre. El presente supuesto no se ajusta a los procedimientos legalmente previstos para ello y entre estos la declaración de idoneidad habilitante.

Ello nos ubica nuevamente en el núcleo de la cuestión inicialmente planteada , pues aun atribuyendo efectos a la inscripción registral de la paternidad , no constando suficientemente acreditado que la madre gestante tuvo la oportunidad de ser oída en un proceso contradictorio , con plenas garantías a sus derechos y que su renuncia o consentimiento a la adopción ha sido prestado con libertad y conocimiento de las consecuencias, presentes y futuras de su decisión para ella y para los hijos, no nos encontraríamos ante el asentimiento a que se refiere el art. 235-32 y el art. 235-41 del mismo CCCat. y por lo tanto no se cumplen los requisitos exigidos para la constitución de la adopción.

En consecuencia, y como ya se ha indicado, a salvo la posible impugnación por el Ministerio Fiscal de la inscripción de nacimiento, procede confirmar la resolución de instancia desestimando el recurso

SEXTO.- Pese a desestimarse el recurso, teniendo en cuenta las dudas jurídicas que la cuestión pudiera plantear y la materia objeto del mismo., visto lo dispuesto en los artículos 394 y 396 de la LEC, no ha lugar a efectuar imposición de las costas.

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

PARTE DISPOSITIVA

Que **DESESTIMANDO** el RECURSO DE APELACION interpuesto por la Procuradora Doña Ana de Orovio Jorcano, en representación de **DON J. C. G.** contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de xxx, de 3 de Noviembre de 2017, así como Auto aclaratorio de 23 de noviembre, **SE CONFIRMA** la citada resolución sin que haya lugar a la imposición de las costas de este recurso.

Contra la presente resolución no cabe interponer recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Magistrados que la suscriben .