



Roj: **AAP O 987/2018 - ECLI:ES:APO:2018:987A**

Id Cendoj: **33044370042018200071**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **4**

Fecha: **24/07/2018**

Nº de Recurso: **313/2018**

Nº de Resolución: **87/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JUAN CARLOS LLAVONA CALDERON**

Tipo de Resolución: **Auto**

#### **AUD.PROVINCIAL SECCION CUARTA**

#### **OVIEDO**

AUTO: 00087/2018

Modelo: N10300

C/ CONCEPCIÓN ARENAL N° 3-3

Tfno.: 985/968737-38-39 Fax: 985.96.87.40

Equipo/usuario: PBD

**N.I.G.** 33044 42 1 2017 0011604

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000313 /2018**

**Juzgado de procedencia:** JDO. PRIMERA INSTANCIA N.9 de OVIEDO

**Procedimiento de origen:** PJV PIEZA DE JUICIO VERBAL 0000873 /2017

Recurrente: Rosaura

Procurador: MANUEL SUAREZ SOTO

Abogado: ANA MARIA MIRAMONTES ROEL

Recurrido: Edemiro , MINISTERIO FISCAL

Procurador: IGNACIO FERNANDO SANCHEZ GUINEA,

Abogado: CARMEN ANA CEPEDA FERNANDEZ-MIRANDA,

#### **NÚMERO 87**

En Oviedo, a veinticuatro de julio de dos mil dieciocho, la Sección Cuarta de la Ilma. Audiencia Provincial de Oviedo, compuesta por Don Francisco Tuero Aller, Presidente, Doña Nuria Zamora Pérez y D. Juan Carlos Llavona Calderón, Magistrados ha pronunciado el siguiente:

#### **A U T O**

En el recurso de apelación número **313/18**, en autos de JUICIO DE FAMILIA (Adopción) N° 873/17, procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 9 de los de Oviedo, promovido por DOÑA Rosaura , demandante en primera instancia, contra DON Edemiro , demandado en primera instancia, y con la intervención del Ministerio Fiscal, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Juan Carlos Llavona Calderón.-

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Que por el Juzgado de Primera Instancia número 9 de los de Oviedo se ha dictado auto de fecha 28 de marzo de 2018, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " **DESESTIMO la petición de adopción** de D<sup>a</sup> Rosaura por los motivos obrantes en la fundamentación.

No hay pronunciamiento en materia de condena de COSTAS".-

**SEGUNDO.-** Contra la expresada resolución se interpuso por la parte demandante recurso de apelación, del cual se dio el preceptivo traslado, y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial se sustanció el recurso, señalándose para deliberación y fallo el día 17 de julio de dos mil dieciocho.-

**TERCERO.-** Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.-

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La solicitante de adopción, Rosaura , contrajo matrimonio civil con Edemiro el 25 de junio de 2016 y fruto de un procedimiento de gestación subrogada llevado a cabo en Ucrania a iniciativa de ambos cónyuges nacieron en Kiev los menores Segundo y Severiano el NUM000 de 2017, siendo inscritos en el Registro Consular de la Embajada de España en Kiev como hijos del citado Edemiro , como padre biológico, y de Marisa como gestante que había dado a luz a los niños.

Tras una estancia en Kiev que se prolongó durante varios meses, el matrimonio regresó con los menores a Ulm (Alemania) donde tenían establecido el domicilio conyugal, aunque los niños fueron empadronados en Oviedo, donde ya estaba empadronada la solicitante desde el 27 de abril de 2016, el 20 de septiembre de 2017.

Mediante escritura pública otorgada por ambos cónyuges el 31 de octubre de 2017 Edemiro prestó anticipadamente y con carácter irrevocable su asentimiento y consentimiento para que sus referidos hijos fuesen adoptados por su esposa Rosaura .

Presentada la solicitud de adopción el 20 de noviembre de 2017, el día 30 de ese mismo mes el padre abandonó el domicilio familiar en Ulm en compañía de sus hijos, cesando a partir de entonces la convivencia matrimonial, que no ha vuelto a reanudarse, no habiendo tenido desde entonces Rosaura contacto alguno con los menores, al no permitírsele su padre, quien ha manifestado su intención de instar los trámites de divorcio para continuar la relación sentimental que afirma viene manteniendo con otra pareja desde hace más de dos años.

En esa situación, y habiéndose opuesto el padre de los menores a la adopción solicitada por su todavía esposa, el auto apelado desestimó la petición por entender, en esencia, que no cabe desconocer la oposición del padre biológico a la adopción de sus hijos y que, hallándose el matrimonio en crisis e interrumpida la convivencia desde noviembre de 2017, el espíritu de la norma de adopción privilegiada como la que se reclama, sin necesidad de propuesta previa de la entidad pública ni de declaración de idoneidad, es la consolidación legal de una unidad familiar que existe en la práctica o que, como mínimo, ha existido durante un lapso de tiempo importante y cualitativo, lo que no se da en este caso, ya que no existe una unidad familiar que deba ser amparada y en la que los niños puedan y deban ser integrados.

En su recurso la promovente alega que la adopción solicitada persigue regularizar una situación de facto que en los supuestos de maternidad subrogada tiene como remedio la adopción por falta de reconocimiento pleno de los vínculos jurídicos creados al amparo de la legislación **extranjera** en virtud de la cual se produjo la gestación y el nacimiento de los niños, que la iniciación del expediente es anterior a la crisis de pareja, no habiendo existido conflicto alguno o desavenencias graves que justificasen el abandono del domicilio conyugal del esposo en compañía de los menores, obedeciendo en cambio a su actuar caprichoso, y que esa ruptura unilateral de la convivencia no impide la adopción, pues el nacimiento de un hijo en el seno de una pareja supone la existencia de un núcleo familiar que es necesario proteger en interés del menor, siendo éste el que debe prevalecer en todo caso.

**SEGUNDO.-** El Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, ya advertía que entre los principios fundamentales de la adopción se halla el beneficio del adoptado, que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución.

Así lo venía destacando también la jurisprudencia al decir que los tribunales deben velar, prioritariamente y de modo decidido por los intereses del menor, que son, sin duda, los más dignos de protección ( STS de 18-3-1987) y que el principio rector en esta clase de procesos es la necesidad de que prevalezcan prioritariamente los intereses del menor, evitando que las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas puedan postergar, oscurecer o perjudicar las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno-filiales, de ahí que tengan que examinarse minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que pueden entrar en juego.



En la actual regulación, tanto el artículo 176.1 del Código Civil como el artículo 39.1 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria se refieren al interés del adoptando como criterio y guía que debe seguir la resolución que se dicte.

Nadie discute en este caso la legítima aspiración de lo solicitante a ser madre, con independencia de su condición u orientación sexual, y a satisfacerla mediante la adopción, pero, como advierte la STS de 24-3-2014, tal aspiración no es propiamente un derecho subjetivo que se tenga que satisfacer a toda costa, sino que está en función del interés superior del niño.

En ese mismo, la STEDH de 24-1-2017 (Paradiso Campanelli) recuerda que las disposiciones del artículo 8 del Convenido Europeo de Derechos Humanos no garantizan ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar.

**TERCERO.-** Al interés superior del menor se refiere específicamente el artículo 3 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, señalando el derecho de todo menor a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que les conciernan, tanto en el ámbito público como privado, dirigiendo además un mandato expreso, entre otros, a los Tribunales para que en todas las medidas que les afecten otorguen primacía al interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. En su apartado 2 recoge algunos de los criterios generales que deben tenerse en cuenta al efecto, entre ellos la conveniencia de que la vida y el desarrollo del menor tengan lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia.

La jurisprudencia viene insistiendo en que el interés superior del menor, como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que le afecte, se configura como un verdadero concepto jurídico indeterminado que la doctrina relaciona, bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural, bien con su salud y bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material, bien simplemente con la protección de sus derechos fundamentales ( SSTS de 20-7-2015, 17-3- 2016 y 14-2-2018).

Si el interés del adoptando debe ser, por tanto, el criterio esencial a la hora de resolver sobre la constitución de la adopción, y si de acuerdo con el citado Preámbulo de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, dicha institución se configura como un instrumento de integración familiar referido sustancialmente a quienes más lo necesitan, se comprenderá entonces que la integración de los dos menores sobre los que versa este procedimiento en una familia rota, en situación de crisis matrimonial y cese de la convivencia entre la esposa que se postula como adoptante y el padre biológico, no parece ser la mejor solución para salvaguardar el interés de dichos menores, pues lejos de garantizarse una estabilidad que posibilite su adecuado desarrollo, se verían abocados a sufrir las consecuencias indeseables que con frecuencia de producen en ese estado de cosas, más aún teniendo en cuenta su corta edad (poco más de un año), la distancia geográfica entre quienes serían sus progenitores y ostentarían las responsabilidades inherentes a la patria potestad (la solicitante reside en Alemania mientras que el padre biológico vive en Madrid) y los vínculos personales que aquéllos tengan establecidos o puedan llegar a establecer en el futuro (el padre afirma mantener una relación estable de pareja con otra mujer desde hace más de dos años).

La STS Pleno de 6-2-2014 que invoca la recurrente se refiere a un supuesto de impugnación de la inscripción de nacimiento en el Registro Civil español de dos menores nacidos de "vientre de alquiler" en California y en la que se reconocía como padres a dos varones casados entre sí, y en ella se consideró 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, entendiéndose por ello que la filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretendía es frontalmente contraria a la prevista en el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, como tal, incompatible con el orden público, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral **extranjera** en lo que respecta a la filiación que en ella se determina.

Bien es verdad que la propia resolución, al valorar el interés superior del niño, o del menor, como concepto jurídico indeterminado, esto es, como una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial, y pese a considerar que no permite al juez alcanzar cualquier resultado en aplicación de la misma y que la concreción de dicho interés no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales, apuntó las posibilidades que nuestro ordenamiento contempla para permitir la integración de los menores en la familia constituida por quienes



pretendían su reconocimiento como padres, por una parte el propio artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que en su párrafo tercero faculta la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que si alguno de ellos lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo, y por otra figuras jurídicas tales como el acogimiento familiar o la adopción, que permitirían la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar.

Sin embargo, al razonar de ese modo tiene en cuenta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 8 del Convenio, ha considerado que allá donde esté establecida la existencia de una relación de familia con un niño el Estado debe actuar con el fin de permitir que ese vínculo se desarrolle y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia ( Sentencias de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo, y de 4 de octubre de 2012, caso Harroudj contra Francia).

Y no es eso, en cambio, lo que sucede en este caso, pues, como se ha dicho, no existe esa relación estable de familia en la que los adoptandos debieran integrarse una vez rota la pareja y cesada la convivencia entre quienes serían sus padres, no siendo relevantes los motivos que hayan llevado a esa situación, puesto que en su actual regulación positiva ni la separación ni el divorcio exigen que concurra una causa que lo justifique.

En el mismo sentido se pronuncia el Auto del Tribunal Supremo de 2-2-2015 que desestimó el incidente de nulidad promovido contra la anterior resolución, refiriéndose al establecimiento de lazos filiales como consecuencia de la existencia de un núcleo familiar de facto en el que estén integrados los menores, el progenitor biológico y su cónyuge - que aquí no se da-, advirtiendo además que no debe confundirse la defensa de los derechos e intereses legítimos de los adultos con los derechos de los menores que han nacido de una gestación subrogada, porque no son necesariamente coincidentes.

Finalmente, y por las mismas razones apuntadas, tampoco son trasladables a este caso las consideraciones de la STS Pleno de 15-1-2014 que cita igualmente el recurso, pues si en ella se acaba reconociendo una filiación extramatrimonial por la vía de la posesión de estado de una mujer homosexual, tras la ruptura de la relación de pareja con otra mujer, en relación con el niño nacido durante dicha relación mediante la técnica de reproducción asistida con material genético de un donante anónimo, lo hace valorando que esa relación de pareja se había venido manifestando de forma pública y notoria durante más de diez años, que el nacimiento del menor se había producido casi tres años antes de la ruptura y que durante ese tiempo había existido una unidad familiar entre las dos convivientes y el hijo biológico de una de ellas, entendiéndose de ese modo que el interés superior del menor incide en la existencia de ese lazo de familiaridad establecido con el niño, permitiendo o favoreciendo su desarrollo.

Pero hemos de insistir en que tales circunstancias no son los que concurren en este caso, pues el escaso tiempo de convivencia de la solicitante con los menores -apenas seis meses desde su nacimiento- no permite considerar que se hayan establecido esos lazos afectivos y esos vínculos familiares que pudieran llevar a considerar la adopción solicitada como beneficiosa para los menores y favorecedora de su futuro desarrollo personal.

De hecho, en el voto particular discrepante de la citada resolución se advierte de que la ruptura de la pareja es contraria al elemento de estabilidad y destaca la situación potencialmente conflictiva que puede llegar a generarse y en la que no se alcanza a ver ningún beneficio para el menor.

**CUARTO.-** Siendo en todo caso el interés de los menores el que debería servir como criterio prevalente a la hora de resolver sobre su adopción, aún cabría considerar si, pese a la ruptura del núcleo familiar en el que se integraban y en el que la solicitante había asumido el rol de madre, el establecimiento de una relación de filiación adoptiva con esta última sería lo más conveniente y beneficioso para ellos.

Pero para que así fuera, la integración en ese núcleo familiar y el establecimiento de una relación de filiación de facto debería haber durado lo suficiente como para que pudiera hablarse de una consolidación y afianzamiento de los lazos afectivos propios de las relaciones maternofiliales, de suerte que el interés de los menores hiciera aconsejable que éstos se mantuvieran, aún después de la ruptura de la solicitante con el padre de los mismos.

La citada STEDH de 24 de enero de 2017 recoge algunos supuestos en los que la existencia de facto de lazos familiares y la integración del menor en el seno de una familia no podían ser ignorados a la hora de adoptar la decisión más conveniente a sus intereses, y aunque advierte que sería inapropiado definir una duración mínima de vida compartida como necesaria para constituir de facto una vida familiar, en todo caso, la duración de la relación con el niño es un factor clave en el reconocimiento de la existencia de una vida familiar.

En nuestro Derecho interno, el artículo 175.5 del Código Civil establece que la separación o divorcio legal o la ruptura de una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal no es impedimento para que pueda promoverse la adopción conjunta respecto del adoptando que se encontrare en acogimiento



permanente o guarda con fines de adopción de ambos cónyuges o pareja, siempre y cuando se acredite una convivencia efectiva durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción.

Ese es el tiempo mínimo necesario que el legislador nacional considera que debe darse para considerar producida la integración del menor en un círculo familiar regular y estable, esto es, para entender que se ha consolidado la relación entre quienes lo forman y se han afianzado los vínculos afectivos, de manera que la convalidación legal de esos lazos familiares a través de la figura de la adopción sería lo más beneficioso para el adoptando aún en el caso de ruptura familiar producida con anterioridad a la misma.

Pero sucede que en este caso la convivencia efectiva de los menores con la solicitante apenas duró seis meses desde su nacimiento, tiempo claramente insuficiente para que pueda considerarse efectivamente creados esos lazos familiares y una relación de facto en condiciones análogas a una propia relación de filiación, de manera que la continuidad de la misma debiera resultar más beneficiosa para los niños pese a que ya no podría desarrollarse en el marco de una unidad familiar de la que formarían parte ambos progenitores, biológico y adoptivo.

**QUINTO.-** No existen, por tanto, razones suficientes para entender que la adopción pretendida debiera redundar en beneficio e interés de los menores, teniendo en cuenta su corta edad, el escaso tiempo de convivencia efectiva con la solicitante y la ruptura de la relación de esta última con el padre.

El Tribunal puede llegar a comprender el sentimiento de frustración en su aspiración a ser madre que puede llegar a experimentar la solicitante después de haber dado los pasos necesarios para lograrlo, pero, a riesgo de ser reiterativos, habrá de insistirse una vez más en que no es su interés el que debe prevalecer en este caso, sino el de los menores cuya adopción pretende, por lo que, no pudiendo entenderse que la misma haya de redundar en su interés y beneficio, teniendo en cuenta las circunstancias anteriormente descritas, no procede sino confirmar la resolución de instancia que denegó dicha adopción.

**SEXTO.-** En cuanto a las costas de la apelación, habida cuenta la especial naturaleza de los cuestiones que se ventilan en esta clase de procedimientos, en los que se ven restringidos los principios dispositivo y de aportación de parte y resulta decisiva la observancia de intereses superiores a los de los propios interesados como es el de los menores, no cabe su imposición a ninguno de los litigantes.

En atención a lo anteriormente expuesto, la Sala ACUERDA:

#### **PARTEDISPOSITIVA**

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Rosaura contra el Auto de fecha 28 de marzo de 2018 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Oviedo en autos de adopción nº 873/2017, confirmando dicha resolución, sin hacer imposición de las costas de la apelación.

Dese el destino legal al depósito constituido para recurrir.

Contra esta resolución no cabe recurso.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. arriba referenciados.