



Roj: **SAP MU 181/2019 - ECLI:ES:APMU:2019:181**

Id Cendoj: **30030370042019100088**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Murcia**

Sección: **4**

Fecha: **31/01/2019**

Nº de Recurso: **1295/2018**

Nº de Resolución: **91/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JOSE CARRILLO VINADER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **AJPI, Murcia, núm. 3, 31-07-2018 ,
SAP MU 181/2019**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

MURCIA

SENTENCIA: 00091/2019

Modelo: N10250

SCOP CIVIL, PASEO DE GARAY, Nº 5, MURCIA

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Teléfono: 968 229119 **Fax:** 968 229278

Correo electrónico:

Equipo/usuario: 001

N.I.G. 00000 00 0 0000 0000000

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0001295 /2018

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 3 de MURCIA

Procedimiento de origen: X07 ADOPCION 0000516 /2018

Recurrente: Leticia

Procurador: ANTONIO ABELLAN MATAS

Abogado: ANGELES MOLERO MERINO

Recurrido: MINISTERIO FISCAL

S E N T E N C I A NÚM. 91/2019

Sección Cuarta

Rollo de Sala 1295/2018

ILMOS. SRES.

D. CARLOS MORENO MILLÁN

PRESIDENTE

D. FRANCISCO JOSÉ CARRILLO VINADER



D. RAFAEL FUENTES DEVESA

MAGISTRADOS

En la ciudad de Murcia, a treinta y uno de enero del año dos mil diecinueve.

Habiendo visto en grado de apelación la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial el Juicio Verbal de aprobación de adopción iniciado como Expediente de Jurisdicción Voluntaria de Adopción voluntaria con el número 516/18 ante el Juzgado de Primera Instancia número Tres (Familia 1) de Murcia entre las partes, como promotora y ahora apelante D^a. Leticia , representada por el Procurador Sr. Abellán Matas y defendida por la Letrada Sra. Molero Merino, y como demandado y ahora apelado el Ministerio Fiscal. Siendo ponente don FRANCISCO JOSÉ CARRILLO VINADER que expresa la convicción del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de instancia citado con fecha 31 de julio de 2018 dictó en el procedimiento reseñado de los que dimana el presente rollo el auto cuya parte dispositiva dice así: " *ACUERDO denegar la adopción promovida por la representación procesal de D^a. Leticia por carecer esta última de legitimación activa al tratarse la adoptada de su propia descendiente y de conformidad a lo establecido en el artículo 176.3.1º del Código Civil* .

Sin expreso pronunciamiento sobre las costas. "

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución, en tiempo y forma, interpuso recurso de apelación D^a. Leticia , solicitando su revocación.

Después se dio traslado al Ministerio Fiscal, quien se opuso al mismo, pidiendo la confirmación de la sentencia.

Por el Juzgado se elevaron las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial, turnándose a la Sección Cuarta donde se registraron con el número de Rollo 1295/2018. Tras personarse las partes, por providencia del día 14 de diciembre de 2018 se señaló el de ayer para la votación y fallo de la causa, que ha sido sometida a deliberación de la Sala.

TERCERO.- En la sustanciación de esta segunda instancia se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^a. Leticia presenta solicitud de apertura de expediente de jurisdicción voluntaria para la aprobación de la adopción por ella de Trinidad , nacida en Kiev (Ucrania) el NUM000 de 2017, que es hija de su marido, D. Eloy , y de D^a. María Inés , habiendo prestado la madre el 3 de noviembre de 2017, ante el funcionario de la oficina consular española en dicho país, su consentimiento para la adopción por la ahora solicitante. La menor consta inscrita con dicha filiación (padre D. Eloy y madre D^a. María Inés) en el registro consular español de Kiev.

Se inicia el procedimiento y el Ministerio Fiscal requiere que la solicitante aporte la inscripción ante el Registro Civil ucraniano, lo que hace, constando en la misma la solicitante como madre de la menor, junto a su marido como padre.

Tras la comparecencia del padre mostrando su conformidad con la adopción pretendida por su esposa, se emite informe por el Ministerio Fiscal oponiéndose a la aprobación porque la solicitante es la madre de la menor.

A continuación se dicta auto denegando la adopción por falta de legitimación activa, pues el artículo 175.3.1º CC impide la adopción de los descendientes, y en la partida del registro civil ucraniana del lugar de nacimiento (Kiev) consta que la solicitante es la madre de la menor. Entiende que lo procedente habría sido recurrir la inscripción consular donde se hace constar otra filiación materna diferente, por lo que, conforme a la legislación española, no cabe la adopción. No estima de aplicación ni las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014 , ni la del TS español de 6 de febrero de 2014 .

Contra la citada resolución interpone recurso de apelación la solicitante, que denuncia la errónea aplicación del derecho, pues en España ella no es madre de la menor, al no estar admitida la gestación por subrogación, por lo que, conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del TS español, el cauce para dar la solución más acorde al interés de la menor, es el de la adopción. Por ello interesa la revocación de la resolución recurrida y el dictado de otra aprobando la adopción.



El Ministerio Fiscal se ha opuesto al mismo, solicitando la confirmación del auto recurrido.

SEGUNDO.- Antes de entrar en el examen del fondo del recurso debe señalarse que, a partir de la oposición del Ministerio Fiscal a la pretensión de la solicitante, no se ha respetado el cauce procesal previsto en el artículo 39.3 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, conforme al cual, "*si se suscitare oposición, el expediente se hará contencioso y el Secretario judicial citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal*".

En el presente caso, tras la oposición del Ministerio Fiscal, el Juzgado dictó auto final, sin tener en cuenta que el Letrado de la Administración de Justicia debió haber transformado el procedimiento en contencioso y convocado a las partes a una vista, tras la que debía dictarse sentencia con el resultado de las pruebas allí practicadas. Pese a la infracción de la norma procesal, ello no ha ocasionado indefensión alguna a las partes (ninguna de ellas la invoca en el recurso de apelación ni señala qué pruebas nuevas podían practicarse en esa vista), por lo que no procede acordar de oficio la nulidad de actuaciones, conforme resulta del artículo 225.3º LEC, que, no sólo exige que se hayan infringido normas esenciales del procedimiento, sino que ello haya podido causar indefensión.

Ahora bien, a fin de evitar una futura indefensión a las partes, se reconduce el procedimiento al cauce correcto y se dicta sentencia para su resolución en esta segunda instancia, a fin de garantizar el derecho de las partes a los posibles recursos contra la misma.

TERCERO.- La apelante rechaza que ella carezca de legitimación activa para presentar su solicitud, porque la madre, en los supuestos de gestación por subrogación, viene determinada por el parto, conforme a la legislación aplicable, que en nuestro país es el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. En el presente caso, para el Derecho Español, la madre no es la solicitante, sino D^a. María Inés. En consecuencia, la adoptanda no es hija de D^a. Leticia, conforme al derecho interno español, y por ello no es de aplicación el art 175.3.1º CC que impide adoptar a un descendiente.

El comentado art. 10 de la Ley 14/2006 establece: "*Gestación por sustitución: 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 sentencia del TS, Sala Primera, nº 835/2013 de 6 de febrero de 2014, es clara sobre la inaplicabilidad en nuestro país de normas extranjeras que permiten la gestación por sustitución, y así en el FJ Tercero lo expresa contundentemente en los siguientes términos:

<< 10.- *Lo expuesto lleva a considerar 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...*

*... 11. La filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es frontalmente contraria a la prevista en el art. 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.* >>

Consecuencia de lo anterior es que no puede aceptarse el argumento del auto recurrido de que debía haber intentado la ahora solicitante recurrir la inscripción consular donde figuraba como madre la que dio a luz a la niña, y no la actual pretendiente a adoptarla, pues no era posible su viabilidad en nuestro ordenamiento jurídico.

CUARTO.- Por lo tanto, lo que se ha de examinar es si en el presente caso concurren los *presupuestos para la aprobación de la adopción*.

Claramente la esposa del padre legal de la menor puede interesarlo, pues expresamente está previsto que lo pueda hacer sin necesidad de previa propuesta de la Entidad Pública declarando la idoneidad del adoptante (art. 176.2.2ª. CC), teniendo ella más de 25 años de edad, y, aunque no es exigible en el presente caso, también cumple con el requisito general de tener entre 16 años más y 45 menos que la adoptanda (art. 175.1 CC), además la adoptanda es menor de edad no emancipada (art. 175.1 CC). También consta el consentimiento del padre y el de quien conforme a la legislación española es la madre (D^a. María Inés), consentimiento



prestado después de las seis semanas del parto (art. 177.2 CC), en documento fehaciente (doc. 18 de la solicitud inicial ante el cónsul español en Kiev), por lo que, de conformidad a lo establecido en el art. 37.1 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria , y no habiendo transcurrido seis meses desde su comparecencia ante el consulado español (el 3 de noviembre de 2017) y la presentación de la solicitud (el 21 de marzo de 2018), se cumplen los presupuestos formales para la prosperabilidad del expediente, sin que resulta necesario citar a la Sra. María Inés para asentir de nuevo a la adopción.

Cumplidos los requisitos formales, la única cuestión que queda por dilucidar es la de si la adopción cumple los requisitos de responder al interés preponderante de la menor y si la adoptante es idónea (art. 176.1 CC).

La comentada sentencia del TS de 6 de febrero de 2014 analiza la cuestión del *interés preponderante del menor* en un caso en el que se había denegado la inscripción en el Registro Civil español de la paternidad de los progenitores en una gestación por sustitución obtenida en un país donde tal procedimiento estaba legalizado y donde se había inscrito dicha filiación a favor de los que habían concertado con una mujer la gestación por sustitución, y concluye que no es posible la inscripción en el registro consular español de esa filiación por ser contraria a nuestro derecho interno, aunque, atendiendo al interés preponderante del menor, accede a que la protección del mismo se pueda alcanzar por otras vías diferentes a la del reconocimiento de la paternidad por vía registral. En este sentido, en su FJ QUINTO establece:

<< 2. 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, establece: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Este principio también se establece en el art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tiene anclaje constitucional en el art. 39 de la Constitución española , se recoge en la legislación interna, en concreto en la regulación de las relaciones paterno-filiales del Código Civil y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y ha regido la jurisprudencia de este Tribunal, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias de 5 de noviembre de 2002, caso Yousef contra Países Bajos , de 10 de enero de 2008, caso Kearns contra Francia , y de 7 de marzo de 2013, caso Raw y otros contra Francia). >>

Acepta el TS. que " *el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción registral de California puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores* ", pero en el apartado 11 del citado FJ considera que:

<< ...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 las autoridades de California 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 el encargo.

La protección ha de otorgarse a dichos menores partiendo 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.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el art. 8 del Convenio, ha considerado que allí donde está establecida la existencia de una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este 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).

El presente recurso no tiene por objeto, porque la acción ejercitada no lo tenía y porque no se han alegado y probado los hechos que permitirían decidirlo, adoptar una decisión sobre la integración de los menores en la familia constituida por los recurrentes en forma distinta al pretendido reconocimiento de la filiación fijada en el registro de California. También ha de tenerse en cuenta que no ha resultado probado que alguno de los comitentes aportara sus gametos, pues aunque en algún pasaje de sus alegaciones así se afirma, ni se concreta cuál de ellos lo habría aportado, ni menos aún se prueba cual fuera el padre biológico de cada uno de los niños. Pero de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si tal núcleo familiar existe actualmente, si los menores tienen relaciones familiares "de facto" con los recurrentes, la solución que haya de buscarse tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos.

Existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas instituciones que lo permiten. El propio art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida , en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación



paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar. >>

Cuando las partes en dicho procedimiento plantearon un incidente de nulidad contra esa sentencia, el TS dictó auto de fecha 2 de febrero de 2015 que lo rechaza, argumentando que la denegación de la inscripción en España de la filiación de los menores nacidos en virtud de un contrato de gestación por sustitución respecto de los comitentes no vulnera el derecho a la vida privada de los menores. También razona que existen diferencias del caso resuelto por la sentencia española con los casos franceses objeto de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, añadiendo que la sentencia de esta Sala sí protege el interés de los menores, pues permite la fijación de las relaciones paterno- filiales mediante la determinación de la filiación biológica paterna y la formalización de las relaciones familiares "de facto" mediante la adopción o el acogimiento, protegiendo en todo momento la unidad familiar en que puedan estar integrados los menores. Ese es precisamente el caso ahora enjuiciado, pues el padre de la menor es al marido de la solicitante (así consta inscrito el registro civil consular y nadie lo ha cuestionado), y ella pretende su adopción, conforme a la normativa española.

Esta solución favorable a la protección de los menores en los supuestos de gestación subrogada tiene una repetida y uniforme aplicación en los Tribunales de la Jurisdicción Social en España. Como más reciente la sentencia del TS, Sala Cuarta, de 13 de marzo de 2018, donde se parte de la sentencia del Pleno de 25 de octubre de 2016, reconociendo a los padres que han obtenido un reconocimiento de paternidad en países donde está autorizada la gestación por sustitución, la suspensión de la relación laboral y el reconocimiento de la prestación por maternidad, todo ello en base a la protección y en beneficio del menor.

Por lo tanto, siendo ésta la solución pretendida por la apelante desde la iniciación del procedimiento de jurisdicción voluntaria, se ha de acceder a su adopción, sin que haya dato alguno para dudar de su idoneidad como adoptante, dado que forma parte de una unidad familiar estable, integrada por el padre de la menor, otra hija común con la adoptante y ella misma, con recursos económicos acreditados y adecuados para la atención de la menor y sin que se haya cuestionado ni conste dato alguno en contrario, por lo que se ha de revocar el auto apelado y dictar resolución aprobando la adopción pretendida.

QUINTO.- La estimación del recurso determina que no deba hacerse expresa imposición de las costas causadas en esta segunda instancia, tal y como establece el artículo 398.2 LEC, con devolución a la apelante del depósito constituido para recurrir (Disposición Adicional 15ª. LOPJ).

VISTOS los artículos citados y los de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que, estimando el recurso de apelación planteado por el Procurador Sr. Abellán Matas, en nombre y representación de Dª. Leticia, contra el auto de fecha 31 de julio de 2018 dictado por el Juzgado de Primera Instancia número Tres (Familia 1) de Murcia, en el juicio verbal procedente del procedimiento de jurisdicción voluntaria de aprobación de tutela número 516/2018, y desestimando la oposición al recurso sostenida por el Ministerio Fiscal, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS dicho auto y en su lugar acordar la aprobación de la adopción solicitada, designando como adoptante a Dª. Leticia, pasando en adelante la adoptada a llamarse Luz, librándose por el Juzgado, una vez firme esta resolución, testimonio de la misma para su entrega a los interesados y librando exhorto al Registro Civil Central a fin de que se proceda a la inscripción marginal de la adopción en la inscripción de nacimiento de la menor con el cambio del segundo apellido.

No se hace expresa imposición de las costas causadas en esta segunda instancia.

Devuélvase a la apelante el depósito constituido para recurrir.

Notifíquese la sentencia y llévese certificación de la misma al rollo de esta Sala y a los autos del Juzgado, al que se devolverán para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que cabe recurso de casación por interés casacional y, conjuntamente, extraordinario por infracción procesal a interponer ante esta Sala en el plazo de veinte días desde que sea notificada, debiendo consignar la cantidad de 50 € (por cada recurso que se interponga) para su admisión conforme a lo establecido en la D. A. 15ª LOPJ y, en su caso, la tasa prevista en la Ley 10/2012, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.