

La filiación adoptiva, vía legal para la gestación por sustitución: A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2022

Adoptive parentage, legal means for surrogacy: Regarding the Judgement of the Supreme Court of 31st March 2022

M^a JOSÉ CASTELLANOS RUIZ

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-1869-4488

Recibido: 04.08.2022 / Aceptado: 09.09.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7218

Resumen: El Tribunal Supremo en su Sentencia de 31 de marzo de 2022, siguiendo la misma línea interpretativa de su Sentencia de 6 de febrero de 2014, ha rechazado, en casación, el reconocimiento de la filiación natural a favor de una mujer española en relación con un niño nacido mediante un contrato de gestación por sustitución celebrado en México.

La Sala, sin embargo, establece la filiación adoptiva de dicho menor nacido en México de una mujer, a la que le fueron implantadas células germinales femeninas y masculinas de donantes anónimos, de modo que el niño carecía de vínculo biológico con la demandante, mujer española, soltera.

Es especialmente relevante esta sentencia porque, aunque se rechace el reconocimiento de la filiación natural, se está permitiendo la filiación adoptiva, al tratarse de una de las modalidades contempladas en nuestro ordenamiento, tal y como puso de manifiesto el Tribunal Supremo (TS) en su sentencia anterior; pero además, se están respetando las directrices que viene encomendando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en relación con los contratos de gestación por sustitución a través de su jurisprudencia. Cuando lo más adecuado hubiera sido que, si no se cumplen las condiciones para la formalización de la adopción, el Tribunal Supremo hubiera accedido a la solicitud realizada por los demandantes, como hizo finalmente el juez francés en el asunto *Mennesson*, y proceder al reconocimiento de la filiación natural a favor de la madre comitente.

En cualquier caso, la realidad es que, ya sea mediante la filiación natural o mediante la filiación adoptiva, se está reconociendo la filiación de los menores nacidos en el extranjero fruto de los contratos de gestación por sustitución. Por lo que, una modificación de la normativa en la materia sería apropiada, para que, de manera sistemática, no se tenga que aplicar por analogía la normativa existente o que estar incumpliendo las leyes sobre adopción.

Palabras clave: gestación por sustitución, maternidad subrogada, conflicto de Leyes, reconocimiento de decisiones, certificaciones registrales extranjeras, *Lex Fori*, filiación, Derecho internacional privado, *Forum Shopping*, fraude de Ley, orden público internacional, orden público europeo, interés superior del menor.

Abstract: The judgement of the Supreme Court of 31st March 2022, following the same line of interpretation of its Judgment of 6th February 2014, has rejected, on appeal, the recognition of natural filiation in favor of a Spanish woman in relation to a child born through a surrogacy contract entered into in Mexico.

The Chamber, however, establishes the adoptive affiliation of said minor born in Mexico to a woman, to whom male and female germ cells from anonymous donors were implanted, so that the child lacked a biological link with the plaintiff, a Spanish woman, single.

This sentence is especially relevant because, although the recognition of natural filiation is rejected, adoptive filiation is being allowed, as it is one of the modalities contemplated in our legal system, as the Supreme Court (TS) revealed in its previous sentence; but in addition, the guidelines that the European Court of Human Rights (ECHR) has been entrusting in relation to surrogacy contracts through its jurisprudence are being respected. When the most appropriate thing would have been that, if the conditions for the formalization of the adoption were not met, the Supreme Court had granted the request made by the plaintiffs, as the French judge finally did in the *Mennesson* case, and proceeded to recognize natural filiation in favor of the intending mother.

In any case, the reality is that, either through natural affiliation or through adoptive affiliation, the affiliation of minors born abroad as a result of surrogacy contracts is being recognized. Therefore, a modification of the regulations on the matter would be appropriate, so that, in a systematic way, the existing regulations do not have to be applied by analogy or that they are not complying with the laws on adoption.

Keywords: surrogacy, surrogate mothers, surrogate motherhood, conflict-of-laws, recognition and enforcement of foreign decisions, foreign birth certificates, *lex fori*, parentage, Private international law, Forum Shopping, evasion of the law, international public policy, European public policy, interests of the child.

Sumario: I. Antecedentes de la STS de 31 de marzo de 2022. II. Análisis de la STS de 31 de marzo de 2022. 1. Determinación de la filiación *ex novo* por posesión de estado. 2. Vulneración de los derechos fundamentales de la madre gestante y del niño. 3. Reconocimiento de la filiación adoptiva en interés superior del menor. III. Conclusiones.

I. Antecedentes de la STS de 31 de marzo de 2022

1. En Primera Instancia, en su Sentencia de 19 de febrero de 2019, el tribunal desestimó la demanda de declaración de paternidad por posesión de estado, presentada por el abuelo del menor contra su hija y el Ministerio Fiscal¹.

El menor había nacido en el Estado de Tabasco en México en el año 2015, mediante un contrato de gestación por sustitución celebrado entre la madre comitente española y la madre gestante mexicana. La veracidad de los hechos ocurridos se refleja en la documentación registral extranjera que acompaña la demanda. Se solicitaba, por tanto, la inscripción en el Registro Civil correspondiente, respetando los apellidos que se le pusieron al nacer; y que se condene a la madre a estar y pasar por dicha declaración de paternidad con las obligaciones asociadas a la condición de madre. En consecuencia, el Ministerio Fiscal emitió un informe en el que contestó a las pretensiones del abuelo del menor².

Sin embargo, el Juzgado de Primera Instancia tras desestimar la demanda del abuelo, propuso a la madre comitente que instara ante la Dirección General de la Familia y el Menor de la Comunidad de Madrid, la tramitación de expediente de guarda o acogimiento familiar con carácter previo a la adopción del menor; y una vez declarada la filiación adoptiva, se podría inscribir al menor en el Registro Civil con los apellidos que le fueron impuestos al menor al nacer, tal y como solicita el abuelo del menor.

2. El abuelo presentó recurso de apelación contra dicha sentencia, adhiriéndose al mismo la madre comitente³. La Audiencia Provincial de Madrid, en su Sentencia de 1 de diciembre de 2020, revocó la resolución impugnada, al reconocer la filiación natural del menor nacido en México a favor de la madre comitente. Por ello, ordenó la inscripción de dicha filiación en el Registro Civil correspondiente

¹ Antecedente de hecho II SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547).

² Antecedente de hecho I STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

³ Antecedente de hecho II STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

respetando los apellidos que le impusieron al nacer al menor y que constan en la documentación registral extranjera; de forma que como madre tiene que cumplir con sus obligaciones como progenitora⁴.

Así pues, en Segunda Instancia sí que se estimaron las pretensiones de los demandantes, el abuelo y la madre comitente. De la jurisprudencia existente, por adelantar alguna conclusión del presente trabajo, podría afirmarse que los tribunales en instancias inferiores son más propensos a reconocer la filiación de los menores nacidos mediante contratos de gestación por sustitución realizados en el extranjero, tal y como aparece en la certificación de nacimiento registral extranjera; es decir, que se les reconoce a los menores nacidos mediante dichas técnicas de reproducción asistida como hijos naturales⁵. Sobre este asunto, se volverá a incidir posteriormente.

3. Como no podía ser de otra manera, teniendo en cuenta que es la gestación por sustitución el tema sobre el que versa el asunto que se dirime en esta sentencia, el Ministerio Fiscal interpuso recurso de casación. Las razones en las que basó su recurso son las siguientes: a) Se infringe el art. 131 CC *in fine* —que establece que la filiación manifestada por la constante posesión de estado no se puede reclamar en el caso de que ésta contradiga otra legalmente determinada—, pues contraviene lo dispuesto en el art. 10.2 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida⁶; b) La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid recurrida determina una filiación materna respecto de una persona que no es madre biológica y que concertó un contrato de gestación por sustitución, sin aportar material genético propio, lo cual infringe el art. 10 de la Ley 14/2006; c) El recurso se interpone al amparo del art. 477.2.3º y 3 LEC al tratarse de un recurso de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación con la determinación de la filiación de los menores nacidos mediante un contrato de gestación por sustitución a favor de los padres comitentes, tal y como se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014⁷.

El Tribunal Supremo procedió entonces a resolver si efectivamente se le reconocía la filiación a la mujer española, como lo había hecho previamente la Audiencia Provincial de Madrid, o se le denegaba dicha filiación natural.

II. Análisis de la STS de 31 de marzo de 2022

4. El Tribunal Supremo en su Sentencia de 31 de marzo de 2022, siguiendo la misma línea interpretativa de su Sentencia de 6 de febrero de 2014, ha rechazado, en casación, el reconocimiento de la filiación natural a favor de una mujer española en relación con un niño nacido mediante un contrato de gestación por sustitución celebrado en México⁸.

La Sala, sin embargo, establece la filiación adoptiva de dicho menor nacido en México de una mujer, a la que le fueron implantadas células germinales femeninas y masculinas de donantes anónimos, de modo que el niño carecía de vínculo biológico con la demandante, mujer española, soltera.

Es especialmente relevante esta sentencia porque, aunque se rechace el reconocimiento de la filiación natural, se está permitiendo la filiación adoptiva, al tratarse de una de las modalidades contempladas en nuestro ordenamiento, tal y como puso de manifiesto el Tribunal Supremo (TS) en su sentencia anterior; pero además, se están respetando las directrices que viene encomendando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en relación con los contratos de gestación por sustitución a través de su jurisprudencia⁹. Cuando lo más adecuado hubiera sido que, si no se cumplen las condiciones para la for-

⁴ SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547).

⁵ En este sentido *vid.* SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

⁶ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE núm. 126, 27 mayo 2006. En adelante, se denominará Ley 14/2016.

⁷ Antecedente de hecho III STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153). *Vid.* STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

⁸ STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

⁹ STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247); STEDH 26 junio

malización de la adopción –como sucede en el presente asunto–, el Tribunal Supremo hubiera accedido a la solicitud realizada por los demandantes, como hizo finalmente el juez francés en el asunto *Menesson*, y proceder al reconocimiento de la filiación natural a favor de la madre comitente

En cualquier caso, la realidad es que, ya sea mediante la filiación natural o mediante la filiación adoptiva, se está reconociendo la filiación de los menores nacidos en el extranjero fruto de los contratos de gestación por sustitución. Por lo que, es necesario un debate en profundidad sobre la gestación por sustitución de los distintos grupos o colectivos implicados para el desarrollo de una regulación sobre la materia en España, si puede ser más pronto que tarde.

5. El contrato de gestación por sustitución entre la madre comitente y la madre gestante se formalizó en el Estado Mexicano de Tabasco, de acuerdo con la legislación mexicana. Dicha técnica de reproducción asistida se llevó a cabo a través de embriones creados por fertilización in vitro, donde tanto óvulos, como esperma procedían de donantes anónimos. En dicho contrato, las partes “*declaran estar de acuerdo y que es su libre y espontánea voluntad participar en este contrato libres de coacción y sin ningún vicio del consentimiento y se obligan en los términos de las ss...*”¹⁰. Dicho documento fue objeto de ratificación en el expediente número 00915/2015, relativo al procedimiento judicial no contencioso, seguido en el Juzgado Primero Familiar de Primera Instancia del Distrito Judicial del Centro del Estado de Tabasco de los Estados Unidos Mexicanos.

En este sentido la madre presentaba problemas médicos que la incapacitaban para el embarazo, por lo que dicha infertilidad motivó que la gestación por sustitución se efectuara con óvulos donados. La madre comitente decidió llevar a cabo este contrato de gestación por sustitución en solitario, es decir, que el niño carecía de material genético de la madre gestante, de la madre comitente y de una posible pareja de la misma. Cuando nace el menor en el año 2015, la madre comitente tenía 46 años.

En el Registro Civil del Centro del Estado de Tabasco, que es el Registro Civil de los Estados Unidos Mexicanos, se inscribió el nacimiento del menor, figurando como madre legal la madre comitente de nacionalidad española y como abuelos, los padres de la madre comitente, ambos de nacionalidad española. Sin embargo, el Registro Civil Central español denegó la inscripción de nacimiento “*sin perjuicio de que pueda la promotora solicitar la incoación de expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo previa obtención de la determinación de la filiación en el correspondiente procedimiento ante la jurisdicción ordinaria, o por adopción del menor*”¹¹.

No obstante, tras su nacimiento, el menor viajó a España con la madre comitente residiendo, desde entonces bajo su cuidado en el domicilio familiar, en el que convive junto al abuelo del niño, por lo que –según manifiesta en su demanda en Primera Instancia– la madre del menor viene ejerciendo de modo real y efectivo como tal, a quien atiende, en todo, de acuerdo a sus necesidades. Además, tiene la consideración de madre legal a todos los efectos para la legislación mexicana, país cuya nacionalidad ostenta el menor, pues no se le ha concedido la nacionalidad española. El abuelo, conviviente junto a la hija y el menor, colabora en su cuidado y atenciones¹².

6. En primer lugar, se debe aclarar que, tal y como señala el Tribunal Supremo, no se está solicitando el reconocimiento de la certificación registral mexicana de nacimiento del menor, puesto que esta solicitud ya fue desestimada por el Registro Civil español en el 2015, año de nacimiento del menor¹³.

2014, *Menesson c. Francia*, 65192/11 (JUR\2014\176908) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211); STEDH 26 junio 2014, *Labassee c. Francia*, 65941/11 (JUR\2014\176905) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111); *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère de l'intention*, de 10 de abril de 2019, solicitado por la *Cour de Cassation* francesa al TEDH (Demanda n° P16-2018-001).

¹⁰ FD III SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547). En relación a todas las cláusulas del contrato firmado entre ambas partes, *vid.* FD I STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

¹¹ FD III SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547).

¹² FD III SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547).

¹³ FD IV STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

En este sentido, para obtener el reconocimiento de la filiación de un menor nacido mediante un contrato de gestación por sustitución en el extranjero se deben cumplir los requisitos establecidos por la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010; siendo obligatorio la aportación de una sentencia judicial en la que se constaten los hechos con validez jurídica¹⁴. Esta exigencia resulta de imposible aplicación cuando en el Estado extranjero en cuestión no existen procedimientos judiciales para acreditar la filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución, como ocurre en Rusia o Ucrania¹⁵. Puede suceder incluso, que la filiación se acredite, exclusivamente, por actas del Registro Civil extranjero del lugar de nacimiento que se extienden a la vista del certificado médico de nacimiento, en el que, con frecuencia, no constan los datos de la mujer que da a luz para salvaguardar su privacidad¹⁶. Si bien, aunque en el caso objeto de estudio no se señala nada sobre la existencia de una sentencia judicial que pueda ser objeto de reconocimiento –pues de hecho no se está solicitando el reconocimiento de la certificación registral de nacimiento mexicana– los datos de la madre gestante figuran en el contrato de gestación por sustitución aportado junto con la demanda, en el que además puede constatarse que ésta ha dado su consentimiento para la realización de dicha técnica de reproducción asistida.

7. Así pues, el abuelo del menor, lo que hace en Primera Instancia, es iniciar una reclamación de filiación *ex novo*, por posesión de estado, en el año 2018, cuando el menor contaba con 3 años de edad¹⁷. Esta cuestión que no es baladí, pues el momento de interposición de la demanda es importante a efectos de fijar en el tiempo los puntos de conexión establecidos por la norma de conflicto aplicable a la filiación natural, como se podrá comprobar más adelante. Esta pretensión es distinta a la que ya inició ante el Encargado del Registro Civil Central español en 2015 y que fue desestimada, tal y como se ha señalado antes.

En cualquier caso, el abuelo estaba legitimado para reclamar la filiación de su nieto, tal y como establece el art. 131¹⁸. Así que solicitaba, por tanto, la inscripción en el Registro Civil correspondiente, respetando los apellidos que se le pusieron al nacer; y que se condene a la madre a estar y pasar por dicha declaración de paternidad con las obligaciones asociadas a la condición de madre. Sin embargo, también fue desestimada esta demanda y en la misma línea que el Encargado del Registro Civil español, se le instó a solicitar la tramitación de expediente de guarda o acogimiento familiar previo a la adopción del menor y, una vez declarada la filiación por adopción, poder inscribir al menor en el Registro Civil con los apellidos que se le pusieron al nacer¹⁹.

¹⁴ Para un análisis de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, *vid.* J.-M. DÍAZ FRAILE, “Gestación por sustitución: evolución de la doctrina de la dirección general de los registros y del notariado”, en A. LUCAS ESTEVE (ed.), *La gestación por sustitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 87-96; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1880-1885.

¹⁵ En relación con el reconocimiento de la filiación a favor de mujer española de una menor nacida en Rusia mediante un contrato de gestación por sustitución, *vid.* SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294). En este sentido, la madre comitente, vio desestimada su demanda ante los tribunales rusos, que no reconocieron la filiación de la menor a favor de la demandante, porque ya poseía una certificación de nacimiento en la que constaba como madre de la menor, que se había efectuado de acuerdo con la legislación rusa y que hacía innecesaria su intervención (FD III SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294)). En esta misma línea interpretativa, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid les denegó a los padres comitentes españoles el salvoconducto para el menor nacido mediante un contrato de gestación por sustitución en Rusia, pues era necesario que existiese una resolución judicial que declarase la filiación del menor; con el fin de acreditar que la solicitud formulada se hizo en el ejercicio de la patria potestad sobre el menor nacido en Rusia (FD VII STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 13 de marzo de 2017 (CENDOJ 28079330012017100034) (ECLI:ES:TSJM:2017:1247)).

¹⁶ Es lo que sucede en Ucrania, país en el que los jueces carecen de competencia objetiva para dictar una sentencia en la que se declare la paternidad de los nacidos en virtud de un contrato de gestación por sustitución (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1884).

¹⁷ Además de deducirse de los documentos aportados, la edad del menor en el momento de interposición de la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia la señala el abuelo en su demanda de reclamación de filiación, *vid.* FD I SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547).

¹⁸ El primer párrafo del art. 131 CC señala: “Cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado”.

¹⁹ Antecedente de hecho I STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

En definitiva, el demandante acierta al iniciar una acción de filiación *ex novo*, puesto que, si no existe una sentencia judicial extranjera que constata la validez jurídica de unos hechos, no es posible lograr en España el reconocimiento de la filiación de un menor nacido por gestación subrogada en el extranjero; tal y como establece la Instrucción de la DGRN del 5 de octubre de 2010²⁰.

1. Determinación de la filiación *ex novo* por posesión de estado

8. El abuelo del menor interpuso recurso de apelación en el que alegó que conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cabe realizar una interpretación amplia de los arts. 10.2 y 10.3 de la Ley 14/2006. Invocó la posesión de estado como título de atribución de la maternidad sin necesidad de que exista una relación biológica. Como debido a la edad de la madre no era posible adopción, debía estimarse la demanda en virtud del interés superior del menor, pues si no, en caso contrario se estaba causando un grave perjuicio al niño, que carecía de DNI y NIE, y se le privaba de los efectos derivados de la filiación

La madre del menor se adhirió al recurso de apelación del abuelo, y alegó que había efectuado un reconocimiento expreso de su maternidad ante las autoridades mexicanas, con las debidas garantías. Además, como el menor era ciudadano mejicano debían aplicarse las normas contenidas en los arts. 9.1 y 9.4 del Código Civil, por lo que su filiación debía venir determinada por la que su ley personal determina, es decir, la maternidad de la demandada²¹. Sobre la norma de conflicto que regula la filiación, que es art. 9.4 CC, no el art. 9.1 CC, se volverá más adelante, en los argumentos del fallo del Tribunal Supremo sobre este asunto. Pero, no tiene sentido la alusión al 9.1 CC, que es un precepto que establece la ley personal y que, en el caso del menor, efectivamente, es la ley mexicana porque éste es nacional mexicano; pero que, como se podrá comprobar, no es la ley mexicana la ley aplicable a la filiación

9. En cualquier caso, en Segunda Instancia, los tribunales le dieron la razón al abuelo y a la madre del menor. La Audiencia Provincial consideró que, según lo exigido por la jurisprudencia para valorar la posesión de estado, se había acreditado un comportamiento de la demandada congruente con los deberes de madre, manifestado mediante actos continuados y reiterados, teniendo en cuenta el superior interés del menor²².

Entre la diversa jurisprudencia expuesta, mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2018 sobre el concepto y características de la posesión de estado: “...b) *El concepto de posesión de estado es una quaestio iuris y también lo es por tanto la valoración y calificación jurídica de los concretos hechos probados en la instancia, es decir, la determinación de si los hechos acreditados son constitutivos o no del concepto de posesión de estado. La apreciación del concepto que establece la ley como presupuesto para la legitimación de cualquier interesado requiere la presencia de hechos concretos que integren los diversos elementos de la posesión de estado (nomen, tractatus, fama), de modo que conformen una apariencia de filiación creada por el ejercicio constante de sus potestades y deberes, una apariencia de una relación de filiación manifestada por la posesión del estado de filiación. Es preciso, por tanto, que consten hechos públicos repetidos y encadenados de los que resulte el goce público de una relación de filiación. Hay que admitir que resulta posible la acreditación de la posesión*

²⁰ Sin embargo, en el caso de la SAP Islas Baleares de 27 de abril de 2021, el Juzgado de Primera Instancia, –y luego la Audiencia Provincial de Islas Baleares apoyándose en argumentos similares– otorga la filiación a favor de la madre comitente de una niña nacida en Rusia utilizando un *totum revolutum* de argumentos de dos técnicas jurídicas perfectamente diferenciadas en Derecho internacional privado. Por un lado, en virtud de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, –en conjunción con el art. 96.2, d) de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil–, reconoce la filiación que aparece en el acta registral de nacimiento rusa, por la vía del reconocimiento de las resoluciones extranjeras. Mientras que, por otro lado, considera igualmente el juez de Primera Instancia que se ha acreditado la posesión de estado a través de la documentación facilitada, tratándose por tanto de la técnica jurídica del conflicto de leyes (FD II SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294)).

²¹ FD I STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

²² FD I STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

*de estado aun en ausencia de alguno de sus tres elementos clásicos. En particular, puesto que se trata de reclamar una filiación extramatrimonial no determinada, no sería exigible el nomen en el sentido estricto de que el supuesto hijo usara los apellidos del progenitor, pero sí resulta absolutamente imprescindible el tractatus*²³.

También se alude a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014, que basándose en el instituto de la posesión de estado, en relación con un supuesto próximo pero no idéntico al que se plantea en el presente análisis, señaló que en el curso de la acción de reclamación de filiación no matrimonial, derivado del empleo de las técnicas de reproducción asistida, el interés del menor representa un control o contrapeso para valorar el alcance del consentimiento prestado por la conviviente de la madre biológica²⁴.

Además, la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013, en un caso de filiación matrimonial de personas del mismo sexo en el que se debate la compatibilidad entre la figura de la posesión de estado y el art. 7.3 de la Ley 14/2006 señaló: “(...) sobre posesión de estado, que constituye una causa para otorgar la filiación jurídica, aunque no exista el nexo biológico, y que en la práctica queda superada por la prestación del consentimiento para llevar a cabo la técnica de reproducción asistida (...) hasta el punto dice la sentencia recurrida, que dicho consentimiento debe ser apreciado aunque la posesión de estado hubiera sido escaso o no suficientemente acreditado como de ordinario se exige (...) Es evidente que la posesión de estado integra y refuerza el consentimiento prestado al amparo de esta norma a partir de la cual se crea un título de atribución de la paternidad”²⁵.

En aras de reforzar el concepto de posesión de estado, recientemente el Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de enero de 2022, ha señalado, en relación a un asunto en el que la persona que reclama la paternidad no se ha implicado ni económicamente, ni personalmente con el niño, que los actos esporádicos no constituyen posesión de estado, sino que ésta requiere actos continuados y constantes de asistencia económica y personal, lo cual es exigido por la jurisprudencia y además conecta con el interés del menor. Sin embargo, matizando lo señalado en su Sentencia de 5 de diciembre de 2013, el Alto Tribunal recuerda que, si bien el consentimiento de la esposa de la madre es esencial en la determinación extrajudicial de una doble maternidad en el ámbito de la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, no es suficiente cuando lo que se ejercita es una acción de reclamación de filiación por posesión de estado. La Sala considera que el tiempo de convivencia transcurrido desde el nacimiento del niño hasta la separación de las dos mujeres no puede considerarse con entidad suficiente para conformar una relación de maternidad vivida, teniendo en cuenta las circunstancias de este caso concreto²⁶.

Pero esta situación no es la que acontece en el asunto que está siendo objeto de análisis, pues tal y como señala la Audiencia Provincial de Madrid, existe una relación de filiación “vivida”, haciendo alusión al Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019 sobre el asunto *Menesson* al referirse a que dicha relación de filiación entre padres comitentes e hijas constituye “una realidad práctica”²⁷. En definitiva, la madre comitente ha tenido un comportamiento congruente con los deberes de madre manifestado mediante actos continuados y reiterados, que es exigido por la jurisprudencia para poder valorar el goce público de una relación de filiación, tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2018²⁸. De hecho, en el interrogatorio practicado en la Primera Instancia, la madre comitente señala que se hizo cargo del menor desde su nacimiento, a su llegada a España, del ingreso en la guardería, donde no ha tenido problemas en esas gestiones porque la gente le ha ayudado. Así pues, todos reconocen al menor como su hijo y a su padre como el abuelo del menor²⁹.

²³ FD II STS (Sala de lo Civil) núm. 267/2018, de 9 de mayo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1617). Vid. FD V SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547).

²⁴ FD III STS (Sala de lo Civil) núm. 836/2013, de 15 de enero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:608). Vid. FD V SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547).

²⁵ FD III STS (Sala de lo Civil) núm. 740/2013, de 5 de diciembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5765). Vid. FD V SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547).

²⁶ FD V STS (Sala de lo Civil) núm. 45/2022, de 27 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:243).

²⁷ *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère de'intention*, de 10 de abril de 2019, solicitado por la *Cour de Cassation* francesa al TEDH (Demanda n° P16-2018-001).

²⁸ FD II STS (Sala de lo Civil) núm. 267/2018, de 9 de mayo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1617).

²⁹ FD VII SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547).

Todo ello, es trasladado y admitido –sin que se haya puesto en cuestión en el recurso de alzada– en la sentencia apelada, que, si bien comprende que tal situación fáctica es un hecho indudable, termina por estimar que ello no es suficiente para el reconocimiento de la maternidad que se dirime, al considerar que la posesión de estado requiere que “*el menor sea tenido por hijo*”³⁰. Efectivamente, el art. 131 CC entra en contradicción con lo señalado en los arts. 10.1 y 10.2 de la Ley 14/2006, que declara nulos los contratos de gestación por sustitución y que establece que la madre legal del menor es la madre gestante de quien el niño no tiene aportación genética alguna; pues si se concediese la filiación por posesión de estado, se estarían otorgando dos filiaciones contradictorias, una a la madre comitente y otra a la madre gestante.

Sin embargo, para la Audiencia Provincial lo importante es que queda probada la posesión de estado, que tampoco es discutida por el Ministerio Fiscal, constando debidamente acreditado para el Juzgado de Primera Instancia que: “*No es controvertido que Imanol es miembro de la familia formada por doña Rosaura y sus padres, el menor tiene por madre a aquélla y por abuelos a éstos, y el entorno social de doña Rosaura - sin cuestionarse si el menor tiene o no reconocida la filiación jurídica - considera al menor como miembro integrante de la familia; y también lo reconocen como perteneciente al núcleo familiar el centro educativo privado o la administración sanitaria (...)*”³¹.

Por lo tanto, la Audiencia Provincial considera que para el interés real del menor lo mejor es preservar las vinculaciones alcanzadas en esa unidad y estabilidad familiar que integran y refuerzan la posesión de estado, tanto en el plano de su función legitimadora del ejercicio de la acción (art. 131 del CC), como en su faceta de medio de prueba de la filiación reclamada (art. 767 de la LEC)

Además, no es posible acogerse a las soluciones planteadas por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de febrero de 2014, pues en este caso no se cumplen ni los requisitos que establece la Ley española en materia de acogimiento, ni los existentes en materia de adopción³². En consecuencia, la Audiencia Provincial considera lógico estimar la solicitud planteada, pues, presenta una íntima conexión con la fórmula que establece el TEDH en sus diferentes sentencias, más concretamente en el Dictamen de la Gran Sala de 10 de abril de 2019³³. Dicho Dictamen establece la exigencia de tener en cuenta el interés superior del niño y el reconocimiento de la relación legalmente establecida en el extranjero cuando ésta se haya convertido en una “realidad práctica”; lo cual enlaza perfectamente con los requisitos que deben cumplirse para que la posesión de estado pueda acreditarse y los hechos probados en relación a la misma³⁴.

10. Así pues, en Segunda Instancia sí se estimaron las pretensiones de los demandantes, el abuelo y la madre comitente. De la jurisprudencia existente, podría afirmarse que los tribunales en instancias inferiores son más propensos a reconocer la filiación de los menores nacidos mediante contratos de gestación por sustitución realizados en el extranjero, tal y como aparece en la certificación de nacimiento registral extranjera; es decir, que se les reconoce a los menores nacidos mediante dichas técnicas de reproducción asistida como hijos naturales³⁵. Para ello, los demandantes vienen reclamando la filiación natural en virtud de la posesión de estado, que es uno de los modos de establecimiento de la filiación que contempla el ordenamiento español.

Así en esta misma línea interpretativa, la Audiencia Provincial de Islas Baleares en su Sentencia de 27 de abril de 2021 –en relación a un contrato de gestación por sustitución llevado a cabo en Rusia entre la madre comitente española y la madre gestante rusa, del que nació una niña, no existiendo ningún vínculo biológico entre la madre comitente y la niña–, señaló que únicamente el mantenimiento de la menor en el entorno familiar en el que vive y que conoce, que es el de la madre comitente, y el establecimiento de la filiación pretendida, puede aportar a la niña la seguridad jurídica y estabilidad necesarias para que la menor pueda seguir desarrollándose con plena tranquilidad en todos los aspectos de su vida, físicos, intelectuales y emocionales. Por ello, acuerda proceder a la inscripción solicitada, atendiendo al

³⁰ FD IV SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547).

³¹ FD VII SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547).

³² FD VII SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547).

³³ FD V SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547).

³⁴ FD VII SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547).

³⁵ En este sentido *vid.* SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547); SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

principio de superior interés de la niña, que pasa por “*dar carta de naturaleza y preservar la situación familiar que vive desde su nacimiento*”, teniendo en cuenta también la posesión de estado, lo cual favorece a la demandante³⁶. Si bien en este asunto no sé alegó únicamente posesión de estado para el reconocimiento de la filiación, aunque esta cuestión no se pasará a explicar, pues excede la materia objeto de estudio en este apartado, la posesión de estado. De hecho, esta sentencia puede ser objeto de recurso de casación por el Ministerio Fiscal y que esté pendiente de dirimirse ante el Tribunal Supremo.

En relación precisamente a la posesión de estado, en el Auto de 2 de febrero de 2015, el Tribunal Supremo afirma que el reconocimiento o establecimiento de la filiación, puede derivar de la adopción, pero, también, en determinados casos, puede proceder de la posesión de estado civil, que son los criterios de determinación de la filiación que el ordenamiento jurídico español ha considerado idóneos para proteger el interés del menor³⁷.

Se debe decir en este punto que, la regulación del Reino Unido en materia de gestación por sustitución, obliga a los padres comitentes en la mayoría de los casos a solicitar una orden parental o *parental order*. Pues bien, esta orden parental proporciona al niño un certificado de nacimiento británico que confirma su paternidad y que refleja mejor su identidad como hijo nacido de técnicas de reproducción asistida, más que si fuera considerado un niño adoptado. Por lo que la orden parental cumple mejor con el bienestar de los niños nacidos mediante gestación por sustitución a lo largo de toda su vida, desde su nacimiento hasta su muerte³⁸. Por lo tanto, si en España se regulase en algún momento la gestación por sustitución, se podría reflejar en sus certificados de nacimiento que los niños han nacido mediante dichas técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, con la actual regulación, la solución ofrecida a los demandantes por el Tribunal Supremo es la del recurso a la adopción o incluso al acogimiento, tal y como se recoge en su Sentencia de 6 de febrero de 2014 y en su Sentencia de 31 de marzo de 2022, que está siendo objeto del presente análisis.

11. Por su parte, tras interponer el Ministerio Fiscal recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial, el Tribunal Supremo, procede a determinar la ley aplicable a la filiación internacional, y para ello señala que es de aplicación el art. 9.4.I CC. De forma que sólo en el caso de que dicha norma nos lleve a la aplicación de la ley mexicana dicha Ley regiría la filiación, tal y como señaló el abuelo del menor, en el recurso planteado ante el Juzgado de Primera Instancia³⁹. Pues bien, al respecto señala el Tribunal Supremo que la ley aplicable a la filiación es la ley española, dado que la residencia habitual del menor se encuentra en España, que es el primer punto de conexión que contempla el art. 9.4.I CC, con su actual redacción⁴⁰. La residencia habitual ha de valorarse en el momento de la interposición de la demanda ante tribunales españoles, en el año 2008, que es cuando se interpuso la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, fecha en que el menor tenía 3 años y residía en España⁴¹.

Ahora bien, siguiendo con los puntos de conexión jerárquicos que recoge la redacción del art. 9.4.I CC y teniendo en cuenta que es una norma materialmente orientada, si mediante la ley designada

³⁶ FD VIII SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

³⁷ FD IV SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294). *Vid.* Auto TS (Sala de lo Civil) de 2 febrero de 2015 (RJ\2015\141)

³⁸ *CC v. DD* (2014) EWHC 1307 (Fam). *Vid.* M. WELLS-GRECO, *Status of children arising from inter-country surrogacy arrangements: The Past, The Present, The Future*, Eleven International Publishing, La Haya, 2016, pp. 159-160.

³⁹ FD I STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

⁴⁰ La redacción actual del precepto conforme a la modificación realizada por el art. 2 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, 29 julio 2015). Si bien, la anterior redacción del art. 9.4 CC, tampoco era muy diferente a la actual, pues establecía los mismos puntos de conexión, tales como nacionalidad del hijo, residencia habitual del hijo y ley sustantiva española, que también son jerárquicos; pero una de las diferencias fundamentales de ambos preceptos se encuentra en que en la anterior redacción del 9.4 CC, la ley de la nacionalidad del hijo es el primer punto de conexión, no el segundo punto de conexión, que es como aparece en la redacción actual del 9.4 CC. *Vid.* FD IV STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

⁴¹ Sobre el conflicto móvil en relación con el 9.4 CC, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1817-1820.

por la ley española –ley de la residencia habitual del hijo– no es posible la acreditación de la filiación, se pasa al siguiente punto de conexión, la ley nacional del hijo. Como la redacción del precepto es excesivamente genérica, no se especifica la causa por la que la ley del país de la residencia habitual el hijo no permite la filiación, pues, no siempre la acreditación de la filiación de un hijo respecto de un padre concreto supone un beneficio para dicho hijo, como sucede en los casos de filiación incestuosa⁴².

Así que, siguiendo con el caso objeto de análisis, la ley española, como ley de la residencia habitual del hijo no permite establecer la filiación de éste con respecto a la madre comitente, en virtud del art. 10.2 de la Ley 14/2006, que señala que la filiación le corresponde a la mujer que ha dado a luz. Por lo que se pasaría al segundo punto de conexión, que es la ley nacional del hijo, como el hijo es mexicano, entonces será de aplicación la ley mexicana, que sí permite el establecimiento de la filiación del menor a favor de la madre comitente. Sin embargo, se activaría la cláusula de orden público internacional español (art. 12.3 CC), ya que la Ley imperativa española estima que es contrario a Derecho que se otorgue la filiación a los padres comitentes sobre un menor nacido mediante gestación sustitución. De modo, que se pasaría al tercer y último punto de conexión, que nos llevaría a la ley material española como ley aplicable a la filiación, que no permite acreditar la filiación

En definitiva, en casos como el planteado, tampoco la orientación material del art. 9.4.I CC garantiza que siempre pueda acreditarse la filiación del hijo. Así pues, tras la reacción contra la ley española al no permitir la acreditación de la filiación, ésta acaba aplicándose, porque, aunque la ley extranjera permite acreditar la filiación, ésta atenta contra el orden público internacional español.

En relación a la activación del orden público, en el caso de que la gestación por sustitución fuese legal en España, de forma que todas las leyes extranjeras que lo permiten no atentasen contra nuestro orden público; podría activarse dicha cláusula con respecto a determinadas leyes extranjeras que fuesen especialmente denigrante contra la madre gestante o contra el menor. Así, por ejemplo, la Ley mexicana no establece un período de revocación del consentimiento para la madre gestante después del nacimiento del menor, que quizá sería deseable que en la Leyes sobre gestación por sustitución de los Estados se contemplara, en aras de la protección de los derechos de la madre gestante⁴³. Pues bien, este sería un claro ejemplo de una ley extranjera que activaría la cláusula de orden público en el caso de que en España se legalizaran los contratos de gestación por sustitución. Pero, de todos modos, el problema sería el mismo que intenta resolver el Tribunal Supremo, el de ofrecer una solución legal en España a unos niños en lo que a la determinación de la filiación se refiere, que ya han nacido mediante dichas técnicas de reproducción asistida.

En cualquier caso, el Tribunal Supremo no se plantea la denominada “paradoja conflictual circular”, pero llega a la misma conclusión, que la ley que rige la determinación de la filiación es la ley española⁴⁴. Como bien señala el Tribunal Supremo no se puede pretender que se aplique la ley española en lo que interesa al demandante –cuando alega posesión de estado en virtud del art. 131 CC de la ley española– y en lo que no interesa no –en relación con la no aplicación del art. 10 de la Ley 14/2006 porque es la ley mexicana la que rige la filiación⁴⁵.

12. Aunque efectivamente la ley española no permite determinar la filiación del menor a favor de la madre comitente, el Tribunal Supremo procede a realizar un balance entre la vulneración de los derechos fundamentales de la madre gestante y del niño, y el interés superior del menor, para llegar a emitir el fallo de la sentencia.

⁴² Para un análisis en profundidad de la orientación material del art. 9.4 CC, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1821-1829.

⁴³ En relación a las cláusulas de los contratos de gestación por sustitución legales válidas bajo la ley mexicana, *vid.* FD I STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

⁴⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1823.

⁴⁵ FD IV STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

2. Vulneración de los derechos fundamentales de la madre gestante y del niño

13. Tal y como señala el Tribunal Supremo, tanto en esta sentencia como en su jurisprudencia anterior, la gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos⁴⁶. Por lo que, si en España se procediera a una regulación de la gestación por sustitución altruista, como la del Reino Unido, las parejas no se verían obligadas a recurrir a la gestación subrogada en Estados cuya legislación contempla la realización de este tipo de contratos de carácter comercial.

En relación al caso que nos ocupa, el art. 35 de la Convención sobre los derechos del niño establece que: “*Los Estados partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma*”⁴⁷.

Al respecto, también señala el Tribunal Supremo que la prohibición de la venta de niños también está recogida en el art. 1 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. En su art. 2.a) se define la venta de niños como “*todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución*”⁴⁸.

Así destaca el Tribunal Supremo, el Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, presentado en la Asamblea General de la ONU, de 15 de enero de 2018. En el mismo, aclara que la expresión “*para cualquier fin o en cualquier forma*” que emplea el art. 35 de la Convención, no implica que la gestación por sustitución constituya una excepción a la prohibición de venta de niños establecida en dicha norma. Así pues, la gestación por sustitución comercial encaja en la definición de “venta de niños” del art. 2.a) del Protocolo Facultativo, pues concurren los tres elementos exigidos en dicha definición: a) remuneración o cualquier otra retribución; b) el traslado del niño (de la mujer gestante a los padres comitentes); y c) el intercambio de a) por b) (pago por la entrega del niño). La entrega a que se obliga a la madre gestante puede ser futura, como ocurre en el contrato de gestación por sustitución. En definitiva, resulta gravemente lesivo para la dignidad e integridad moral del niño –y puede serlo también para su integridad física como consecuencia de la falta de control de la idoneidad de los padres comitentes– que se le considere como objeto de un contrato, a la vez que atenta contra su derecho a conocer su origen biológico⁴⁹.

14. Para el Tribunal Supremo, las vulneraciones de los derechos de la madre gestante y del niño que se describen en dicho informe de la Relatora Especial de la ONU concurren en el caso objeto del recurso. El contrato de gestación por sustitución firmado tiene las características comunes a estos contratos, expuestas no sólo en dicho Informe de la Relatora Especial, sino en el Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada de 2017, así como en otros informes encargados por instituciones públicas y en la mayoría de la literatura científica existente sobre esta cuestión⁵⁰. Aunque también existe mucha doctrina científica que aborda la necesidad de regular este tipo de contratos, que son una realidad, mediante legislaciones nacionales de los distintos

⁴⁶ FD III STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ28079119912022100001) (RJ2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

⁴⁷ Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, 31 diciembre 1990), en vigor para España desde el 5 de enero de 1991.

⁴⁸ Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000, BOE núm. 27, 31 enero 2002, pp. 3017-3021.

⁴⁹ FD III STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ28079119912022100001) (RJ2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

⁵⁰ *Id.* Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada del año 2017, pp. 1-92, disponible en línea en http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_apectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf (consultado el 24 de julio de 2022).

Estados⁵¹; de esta forma cada regulación se adaptaría a los principios fundamentales de cada sociedad, sin dañar su cohesión; puesto que la propuesta de legislar la gestación por sustitución mediante una Convención internacional no ha tenido mucho éxito⁵².

En definitiva, el Tribunal Supremo señala que “*Tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad*”⁵³.

Si bien se debe decir que la Ley mexicana en materia de gestación por sustitución es de la menos garantistas con la madre y con el niño, a la vista de las cláusulas recogidas en el contrato de gestación por sustitución que el Tribunal Supremo recoge en la sentencia que se está analizando. Por ello, si existiese una regulación sobre la materia en España, se podrían mitigar en parte los efectos negativos de dichos contratos, si se realizasen bajo una ley española de gestación por sustitución, que garantizase los derechos de las partes implicadas.

15. Pese a lo expuesto respecto de la vulneración de los derechos fundamentales de la gestante y del niño que suponen los contratos de gestación por sustitución como el concertado en este caso, el Tribunal Supremo señala de manera acertada que la realidad es más compleja⁵⁴. Por lo que procede a dar una solución a la demanda planteada por la madre comitente y el abuelo del menor.

3. Reconocimiento de la filiación adoptiva en interés superior del menor

16. El Tribunal Supremo, a pesar de lo señalado anteriormente, constata una realidad, que no es otra, que el niño nacido en el extranjero fruto de una gestación por sustitución —a pesar de las normas

⁵¹ A. QUINONES ESCÁMEZ, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *Indret*, n° 3, Editorial Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, julio 2009, pp. 1-42; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 1, n° 2, octubre 2009, pp. 294-319; *Id.*, “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 3, n° 1, marzo 2011, pp. 247-262; E. FARNÓS AMORÓS, “Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 49, mayo de 2011, pp. 153-181; E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, pp. 1-102; S. VILAR GONZÁLEZ, “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho UNED*, n° 14, 2014, pp. 897-934; L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 6, n° 2, octubre 2014, pp. 5-49; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 6, n° 2, octubre 2014, pp. 147-174; A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 7, n° 2, octubre 2015, pp. 45-113; A. AZNAR DOMINGO, “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”, *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, n° 9099, 14 diciembre 2017, pp. 1-24; E. FARNÓS AMORÓS, “Los acuerdos de gestación por sustitución: análisis a partir de una propuesta de regulación”, en A. LUCAS ESTEVE (dirs.), *La gestación por sustitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 119-141; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1865-1903.

⁵² Desde 2010, la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado está trabajando en el proyecto “Problemas de derecho internacional privado sobre el estatus de los menores, incluidas las cuestiones derivadas de acuerdos internacionales de gestación por sustitución”, que ha derivado en varios informes preliminares disponibles en la página de la Conferencia (HCCH), concretamente están accesibles en línea en <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy> (consultado el 24 de julio de 2022).

⁵³ FD III STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

⁵⁴ FD IV STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ\2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

legales y convencionales señaladas—, entra en España sin problemas y termina por integrarse en un determinado núcleo familiar durante un tiempo prolongado⁵⁵.

De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si tal núcleo familiar existe, es decir, si el menor tiene relaciones familiares de facto con quien pretende el reconocimiento de la relación paterno o materno-filial, en ese caso tiene que buscarse una solución tanto por el comitente como por las autoridades públicas que intervengan, partiendo de este dato, para permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos⁵⁶. Se ha reconocido la existencia de una vida familiar de facto, inclusive, en ausencia de lazos biológicos o de un lazo jurídicamente reconocido, siempre que existan determinados lazos personales afectivos y estos tengan una duración relevante⁵⁷. Así lo exige, por un lado, el interés superior del menor, en los términos en que es reconocido por el art. 2 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁵⁸; y por otro lado, su derecho a la vida privada reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que de conformidad con la jurisprudencia del TEDH incluye el derecho a la identidad, dentro del cual tiene especial relevancia la determinación de su filiación y su integración en un determinado núcleo familiar⁵⁹.

17. Pues bien, el Tribunal Supremo señala que el ordenamiento español permite el reconocimiento de esa relación respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad, en virtud del art. 10.3 de la Ley 14/2006. Ahora bien, cuando se trata de la madre comitente, la solicitud del reconocimiento de la relación de filiación a favor de ella debe obtenerse por la vía de la adopción⁶⁰.

Sin embargo, se le olvida al Tribunal Supremo mencionar que cierto sector doctrinal señala que también por razones de protección del menor sería conveniente una aplicación analógica de lo previsto en el art. 10.3 de la Ley 14/2006, en los términos antes expresados respecto de la filiación paterna, a efectos de poder reconocer e inscribir en el Registro Civil español la filiación materna a favor de la mujer cuyo material genético no haya sido empleado en la formación del preembrión transferido a la madre gestante⁶¹.

Precisamente la solución de la adopción es la que se viene ofreciendo al cónyuge o pareja del padre biológico del niño nacido mediante gestación por sustitución, tal y como se desprende de la jurisprudencia reciente, sobre todo, a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014⁶². De hecho, incluso antes de dicha sentencia, la doctrina consideraba posible que, también por medio de la adopción y de conformidad con la legislación, aun utilizando la técnica de la gestación por sustitución, se determinase la filiación a favor de los comitentes⁶³. Conforme al propio art. 10.3 de la Ley 14/2006, el varón que fuera el padre biológico del menor nacido puede ejercitar la acción de reclamación de la

⁵⁵ FD IV STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

⁵⁶ STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247); STEDH 26 junio 2014, *Mennesson c. Francia*, 65192/11 (JUR\2014\176908) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211); STEDH 26 junio 2014, *Labassee c. Francia*, 65941/11 (JUR\2014\176905) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111); *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère de l'intention*, de 10 de abril de 2019, solicitado por la *Cour de Cassation* francesa al TEDH (Demande n° P16-2018-001).

⁵⁷ STEDH Gran Sala 24 enero 2017, 25358/12, *Paradiso Campanelli* (ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812), apartados 140, 151 y ss.; STEDH 18 mayo 2021, *Valdis Fjölfnisdóttir y otros contra Islandia*, 71552/17 (ECLI:CE:ECHR:2021:0518JUD007155217), apartado 62.

⁵⁸ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE núm. 175, 23 julio 2015, pp. 61871-61889. En adelante Ley 8/2015.

⁵⁹ Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, (BOE núm. 243, 10 octubre 1979), en vigor para España desde el 4 de octubre de 1979.

⁶⁰ FD IV STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

⁶¹ FD VII SAP Madrid núm. 947/2020 de 1 de diciembre (JUR\2021\55934) (ECLI:ES:APM:2020:14547).

⁶² STS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

⁶³ C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil VI. Derecho de Familia*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 322-325; E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 76.

paternidad y, posteriormente, previa renuncia de la gestante, realizada transcurridos treinta días desde el parto (art. 177.2.3 CC), el hijo puede ser adoptado por la verdadera pareja, sin necesidad de mediar la declaración de idoneidad prevista en el art. 176 CC⁶⁴.

18. La adopción por parte de la madre comitente es la solución adecuada, en opinión del Tribunal Supremo, porque el Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019 sugiere la adopción como uno de los mecanismos para satisfacer el interés superior del menor en estos casos, siempre que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que pueda llevarse a cabo con prontitud y eficacia⁶⁵. Si bien, en el caso de España, los procedimientos de adopción no cumplen estas condiciones.

No obstante, el Tribunal Supremo añade que la idoneidad del adoptante o de los adoptantes para asumir la condición de progenitor respecto del menor adoptado no deben ser consideradas como un obstáculo para la satisfacción del interés superior del menor, sino como actuaciones encaminadas a protegerlo⁶⁶. Además, las pruebas ya aportadas y valoradas en este procedimiento pueden contribuir a cumplir el requisito celeridad en la acreditación de dicha idoneidad (material, afectiva, etc.), junto con la aplicación, en su caso, de la previsión que recoge el art. 176.2.3.º CC⁶⁷. Evidentemente si tuviera que iniciarse el procedimiento de adopción podría darse la paradoja de que la madre comitente no obtuviera el certificado de idoneidad, existiendo la posibilidad de que se diera en adopción a otra familia

Por último, –y aquí viene lo más sorprendente–, es que el Tribunal Supremo considera que el requisito de la diferencia de edad entre el menor y la madre comitente no debe ser un obstáculo, puesto que la diferencia máxima de cuarenta y cinco años entre adoptante y adoptado no tiene un carácter absoluto, si se tiene en cuenta el art. 176.2.3.º CC en relación con el art. 237 CC⁶⁸; sobre todo cuando los hechos fijados por la Audiencia Provincial revelan la integración del menor en el núcleo familiar y los cuidados del que es objeto desde hace bastante tiempo.

En mi opinión, el Tribunal Supremo ofrece la solución de la adopción, a pesar de que no se cumplen los requisitos legales para ello, porque no quiere proceder a los deseos de la madre comitente –que en el presente asunto sería la más adecuada–, cuando, en definitiva, se le está otorgando el reconocimiento de la filiación. Así pues, la respuesta que se les está dando a los padres comitentes que se trasladan a otros países para realizar contratos de gestación por sustitución y evitar la aplicación de la ley española en la materia, es el incumplimiento de otra norma, la de la adopción; con el añadido de que es el Tribunal Supremo quien lo propone.

19. Para el Tribunal Supremo, concluyendo, esta solución satisface el interés superior del menor, en este caso concreto, como exige el citado Dictamen del TEDH también viene a salvaguardar

⁶⁴ E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*; Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 76; A. MORENO SÁNCHEZ-MORALED, “La determinación legal de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el derecho internacional privado español”, *Revista Aranzadi*, núm. 9, 2014, p. 3; M.-J. CABEZUDO BAIJO, “Avances hacia una regulación de la gestación por sustitución en España en base al modelo regulado por el Estado de California”, *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, Dykinson, n.º 46, enero-junio 2017, p. 105.

⁶⁵ *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère de'intention*, de 10 de abril de 2019, solicitado por la *Cour de Cassation* francesa al TEDH (Demande n.º P16-2018-001).

⁶⁶ FD IV STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ2022\1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

⁶⁷ Este precepto señala que no se requerirá propuesta previa de adopción si el menor lleva más de un año en guarda con fines de adopción o ha estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo. Efectivamente, podría entenderse que esta circunstancia última se ha dado en el caso objeto de estudio, por lo que no sería necesario la propuesta de adopción.

⁶⁸ Se entiende que hace referencia concretamente al art. 237.1 CC: “Cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores. Igualmente se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores”.

los derechos fundamentales de las madres gestantes y de los niños en general⁶⁹. En su opinión –con la que no se puede estar de acuerdo– tales derechos resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación por sustitución comercial, ya que, con el reconocimiento casi automático en España de la filiación, se estaría facilitando la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución.

En este sentido, una de las soluciones sería perseguir legalmente a dichas agencias intermediarias de las que se puede encontrar fácilmente publicidad –y no a los padres–; empresas que, efectivamente, a través de sus anuncios sí que vienen a denigrar tanto a la madre gestante como al niño, lo cual también pone de manifiesto el Tribunal Supremo⁷⁰. No se facilita la actuación de las agencias de intermediación porque el reconocimiento de la filiación a favor de los padres comitentes, sea mediante filiación natural o mediante filiación adoptiva; el único modo de evitar su proliferación es que no puedan operar en España y que se regule la gestación por sustitución de manera que sea altruista, evitándose el negocio que los contratos de gestación por sustitución suponen para dichas agencias.

20. Debe observarse que la jurisprudencia que menciona el Tribunal Supremo para no proceder al reconocimiento de la filiación natural a favor de la madre comitente, sino de la filiación adoptiva son la Sentencia de la Gran Sala del TEDH, asunto *Paradiso y Campanelli*, de 24 de enero de 2017, y la Sentencia del TEDH, caso *Valdís Fjölfnisdóttir y otros contra Islandia*, de 18 de mayo de 2021⁷¹. En el caso *Paradiso y Campanelli*, la Gran Sala del TEDH fallaba a favor de las autoridades italianas que declararon en situación de desamparo a un menor que había pasado sus primeros ocho meses de vida con los padres comitentes, dos cónyuges italianos que habían accedido a la gestación por sustitución con gametos donados en Rusia. La Gran Sala se apartó así de la interpretación realizada por la Sección 2^a y consideró que la actuación de las autoridades italianas no vulneraba el art. 8 del CEDH. Así pues, no existía interferencia en la vida familiar de los comitentes porque no existía un núcleo familiar de facto, mientras que la injerencia en su vida privada se encontraba justificada⁷².

Mientras que en el asunto *Valdís Fjölfnisdóttir y otros contra Islandia*, el TEDH indicó que el Estado islandés respetó la vida familiar de las dos mujeres islandesas y del menor nacido mediante un contrato de gestación por sustitución en California. En efecto, el menor fue acogido legalmente por ambas mujeres y vivía con ellas todos los días. Del mismo modo, el TEDH subrayó que el Estado islandés posibilitó la adopción del menor por las dos mujeres islandesas en Islandia: “*de esta forma, el Estado demandado adoptó medidas para garantizar que los tres demandantes pudieran seguir disfrutando de una vida familiar, a pesar del no reconocimiento del vínculo parental*”. Y todo ello, a pesar del posterior divorcio de las dos mujeres islandesas. Por tanto, el TEDH concluyó que no es necesario “*el reconocimiento de un vínculo parental formal*”, es decir, la transcripción en el Registro Civil islandés de la filiación establecida en el Registro Civil de California, de forma que los miembros de la familia siguen llevando una vida familiar en Islandia y las mujeres islandesas pueden adoptar al menor en Islandia⁷³.

Los ejemplos mencionados son, por tanto, dos casos, en el que, en el primero, con argumentos bastante difusos el TEDH le dio la razón a Italia, que había separado a los padres comitentes del menor de ocho meses, al considerar que no existía un núcleo familiar de facto, algo que era lógico que no se hubiese generado todavía, pues el menor era un bebé que no llegaba al año de vida; y en el segundo, el

⁶⁹ STEDH Gran Sala 24 enero 2017, 25358/12, *Paradiso Campanelli* (ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812), apartados 197, 202 y 203; STEDH 18 mayo 2021, *Valdís Fjölfnisdóttir y otros contra Islandia*, 71552/17 (ECLI:CE:ECHR:2021:0518JUD007155217), apartado 65.

⁷⁰ FD IV STS (Sala de lo Civil) núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 (CENDOJ 28079119912022100001) (RJ/2022/1190) (ECLI:ES:TS:2022:1153).

⁷¹ STEDH Gran Sala 24 enero 2017, 25358/12, *Paradiso Campanelli* (ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812); STEDH 18 mayo 2021, *Valdís Fjölfnisdóttir y otros contra Islandia*, 71552/17 (ECLI:CE:ECHR:2021:0518JUD007155217).

⁷² E. FARNÓS-AMORÓS, “Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho(I)”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 20, 2017, disponible en línea en https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872017000200017 (consultado el 25 de junio de 2022).

⁷³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución en California: el caso islandés (STEDH 18 mayo 2021, Valdís Fjölfnisdóttir). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos siempre en favor del interés del menor”, *www.accursio.com*, 14 febrero 2022, disponible en línea en <http://accursio.com/blog/?p=1440> (consultado el 20 de julio de 2022).

TEDH consideró que se estaba respetando el derecho a la vida familiar por parte de Islandia, a pesar de no proceder a la inscripción en el Registro Civil islandés de la filiación, tal y como se reflejaba en la certificación registral extranjera. Pero no menciona, por ejemplo, el asunto *Mennesson*, en el que finalmente tras el Dictamen del TEDH, el juez francés consideró que, después de quince años de procedimiento judicial, el interés superior del menor requería un reconocimiento inmediato de la relación materno-filial, sin tener que recurrir a los trámites de la adopción⁷⁴.

21. Por otro lado, sorprende que el Tribunal Supremo adopte una solución diferente cuando los hechos son muy similares, a la que llegó la Audiencia Provincial de Islas Baleares en su Sentencia de 27 de abril de 2021, en relación a un contrato de gestación por sustitución llevado a cabo en Rusia entre la madre comitente española y la madre gestante rusa, del que nació una niña, no existiendo ningún vínculo biológico entre la madre comitente y la menor.

En este caso, tampoco era posible acogerse a las vías sugeridas por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de febrero de 2014 para establecer la filiación entre la demandante y la menor, puesto que no existía padre biológico de la menor que fuese pareja de la madre comitente y que, por tanto, pudiese reclamar la filiación. Tampoco podía acudir a la adopción, puesto que existía una diferencia de edad entre la menor y la madre comitente de casi cuarenta y siete años, que excedía la diferencia de edad máxima entre adoptante y adoptado establecida imperativamente por el art. 175.1 CC (cuarenta y cinco años). Por último, no podía acogerse a las excepciones recogidas en el art. 176.2 del CC, concretamente la tercera, porque la menor no se encontraba en situación de guarda con fines de adopción, ni la figura de la tutela era compatible con la realidad de la situación familiar existente, vivida por la niña junto con su madre comitente desde su nacimiento⁷⁵. Por ello, como se puede comprobar, en un asunto similar al planteado ante el Tribunal Supremo, la Audiencia Provincial de Islas Baleares procedió al reconocimiento de la filiación de la menor rusa a favor de la madre comitente española en los mismos términos en que constaba en la certificación registral de nacimiento rusa

22. No obstante, para finalizar, la solución ofrecida por el Tribunal Supremo sigue la misma interpretativa que en su anterior sentencia de 6 de febrero de 2014. Además, con su decisión, el Tribunal Supremo respeta el Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019, que no obliga a que el reconocimiento de la filiación se realice a través de la transcripción de la certificación de nacimiento extranjera, sino conforme a las normas del Estado de reconocimiento de la misma; aunque, si no se cumplen las condiciones para la formalización de la adopción, nada hubiera impedido al Tribunal Supremo que se decantara por la solicitud realizada por los demandantes, como hizo finalmente el juez francés en el asunto *Mennesson*. Pues, la opción del acogimiento o de la adopción era la solución que habían propuesto a los demandantes, tanto el encargado del Registro Civil español en el año 2015; como el Juzgado de Primera Instancia, cuando se planteó la demanda ante tribunales españoles en el 2018.

III. Conclusiones

23. Aunque en Primera Instancia son rechazadas, en Segunda Instancia sí se estimaron las pretensiones de los demandantes, el abuelo y la madre comitente. De la jurisprudencia existente, podría afirmarse que los tribunales en instancias inferiores son más propensos a reconocer la filiación de los menores nacidos mediante contratos de gestación por sustitución realizados en el extranjero, tal y como aparece en la certificación de nacimiento registral extranjera; es decir, que se procede a reconocer como hijos naturales a los menores nacidos mediante dichas técnicas de reproducción asistida.

⁷⁴ STEDH 26 junio 2014, *Mennesson c. Francia*, 65192/11 (JUR\2014\176908) (ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211); *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère de l'intention*, de 10 de abril de 2019, solicitado por la *Cour de Cassation* francesa al TEDH (Demanda n° P16-2018-001).

⁷⁵ FD VI SAP Islas Baleares núm. 207/2021 de 27 abril (JUR\2021\163294).

Para ello, los demandantes vienen reclamando la filiación natural en virtud de la posesión de estado, que es uno de los modos de establecimiento de la filiación que contempla el ordenamiento español; en vez de recurrir al reconocimiento de la certificación registral de nacimiento extranjera, que es lo que solicitaron los demandantes en el caso de los “niños de California” del que derivó la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014.

24. En cuanto a si se cumple o no la posesión de estado en el presente asunto, tal y como señala la Audiencia Provincial de Madrid, existe una relación de filiación “vívica”, haciendo alusión al Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019 sobre el asunto *Mennesson* al referirse a que dicha relación de filiación entre padres comitentes e hijas constituye “una realidad práctica”. En este sentido, la madre comitente ha tenido un comportamiento congruente con los deberes de madre manifestado mediante actos continuados y reiterados, que es exigido por la jurisprudencia para poder valorar el goce público de una relación de filiación, tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2018.

Todo ello, es trasladado y admitido –sin que se haya puesto en cuestión en el recurso de alzada– en la sentencia apelada, que, si bien comprende que tal situación fáctica es un hecho indudable, termina por estimar que ello no es suficiente para el reconocimiento de la maternidad que se dirime, al considerar que la posesión de estado requiere que “*el menor sea tenido por hijo*”. Efectivamente, el art. 131 CC entra en contradicción con lo señalado en los arts. 10.1 y 10.2 de la Ley 14/2006, que declara nulos los contratos de gestación por sustitución y que establece que la madre legal del menor es la madre gestante de quien el niño no tiene aportación genética alguna; pues si se concediese la filiación por posesión de estado, se estarían otorgando dos filiaciones contradictorias, una a la madre comitente y otra a la madre gestante.

25. La ley aplicable a la filiación internacional, tal y como señala el Tribunal Supremo viene determina por el art. 9.4.I CC. De forma que sólo en el caso de que dicha norma nos lleve a la aplicación de la ley mexicana dicha Ley regiría la filiación, tal y como señaló el abuelo del menor, en el recurso planteado ante el Juzgado de Primera Instancia. Pues bien, al respecto señala el Tribunal Supremo que la ley aplicable a la filiación es la ley española, dado que la residencia habitual del menor se encuentra en España, que es el primer punto de conexión que contempla el art. 9.4.I CC, con su actual redacción. La residencia habitual ha de valorarse en el momento de la interposición de la demanda ante tribunales españoles, en el año 2008, que es cuando se interpuso la demanda ante el Juzgado de Primera Instancia, fecha en que el menor tenía 3 años y residía en España.

En este sentido, la modificación introducida por la actual redacción del art. 9.4.I CC en lo relativo a la orientación material de dicha norma, en el caso planteado no se puede decir que se haya conseguido dicho objetivo, pues no contribuye en absoluto a la determinación de la filiación a favor de los padres comitentes. Pues tras la reacción contra la ley española al no permitir la acreditación de la filiación, ésta acaba aplicándose, porque, aunque la ley mexicana, que es la ley de la nacionalidad del hijo, permite acreditar la filiación, ésta atenta contra el orden público internacional español.

En relación a la activación del orden público, en el caso de que la gestación por sustitución fuese legal en España, de forma que todas las leyes extranjeras que lo permiten no atentasen contra nuestro orden público; podría activarse dicha cláusula con respecto a determinadas leyes extranjeras que fuesen especialmente denigrante contra la madre gestante o contra el menor. Así pues, la ley mexicana no establece un período de revocación del consentimiento para la madre gestante después del nacimiento del menor, que quizá sería deseable que en las Leyes sobre gestación por sustitución de los Estados se contemplara, en aras de la protección de los derechos de la madre gestante. Pues bien, este sería un claro ejemplo de una ley extranjera que activaría la cláusula de orden público en el caso de que en España se legalizaran los contratos de gestación por sustitución.

26. Finalmente, la Sala señala que, a pesar de la vulneración de los derechos fundamentales de la madre gestante y del niño, los niños nacidos en el extranjero fruto de los contratos de gestación por sustitución llegan a España y terminan por integrarse en un determinado núcleo familiar durante un tiempo prolongado. Así pues, se debe proceder a la determinación de la filiación del menor a favor de la madre comitente, teniendo en cuenta, por un lado, el interés superior del menor, en los términos en que

es reconocido por el art. 2 de la Ley 8/2015; y, por otro lado, su derecho a la vida privada reconocido en el art. 8 del CEDH, dentro del que se encuentra el derecho a la identidad.

Pues bien, el Tribunal Supremo añade que como el ordenamiento español permite el reconocimiento de esa relación respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad, en virtud del art. 10.3 de la Ley 14/2006; cuando se trata de la madre comitente, la solicitud del reconocimiento de la relación de filiación a favor de ella debe obtenerse por la vía de la adopción.

No obstante, cierto sector doctrinal señala que también por razones de protección del menor sería conveniente una aplicación analógica de lo previsto en el art. 10.3 de la Ley 14/2006, en los términos antes expresados respecto de la filiación paterna, a efectos de poder reconocer e inscribir en el Registro Civil español la filiación materna a favor de la mujer cuyo material genético no haya sido empleado en la formación del preembrión transferido a la madre gestante. Si bien esta no es la posición que ha adoptado el Tribunal Supremo.

La adopción por parte de la madre comitente es la solución adecuada, en opinión del Tribunal Supremo, porque el Dictamen del TEDH de 10 de abril de 2019 sugiere la adopción como uno de los mecanismos para satisfacer el interés superior del menor en estos casos, siempre que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que pueda llevarse a cabo con prontitud y eficacia. En este sentido, las pruebas ya aportadas y valoradas en este procedimiento pueden contribuir a cumplir el requisito celeridad en la acreditación de la idoneidad de la madre comitente (art. 176.2.3º. CC). Además, el Tribunal Supremo considera que el requisito de la diferencia de edad entre el menor y la madre comitente no debe ser un obstáculo, puesto que la diferencia máxima de cuarenta y cinco años entre adoptante y adoptado no tiene un carácter absoluto (art. 176.2.3º. CC en relación con el art. 237 CC).

27. Para el Tribunal Supremo, esta solución satisface el interés superior del menor, en este caso concreto, como exige el citado Dictamen del TEDH también viene a salvaguardar los derechos fundamentales de las madres gestantes y de los niños en general. En su opinión –con la que no se puede estar de acuerdo–, con el reconocimiento casi automático en España de la filiación, se estaría facilitando la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución, que lesionan gravemente los derechos mencionados.

Sin embargo, no se facilita la actuación de las agencias de intermediación porque el reconocimiento de la filiación a favor de los padres comitentes, sea mediante filiación natural o mediante filiación adoptiva; el único modo de evitar su proliferación es que no puedan operar en España y que se regule la gestación por sustitución de manera que sea altruista, evitándose el negocio que los contratos de gestación por sustitución suponen para dichas agencias.

28. En mi opinión, el Tribunal Supremo ofrece la solución de la adopción, a pesar de que no se cumplen los requisitos legales para ello, porque no quiere proceder a los deseos de la madre comitente –que en el presente asunto sería la más adecuada–, cuando, en definitiva, se le está otorgando el reconocimiento de la filiación. Así pues, la respuesta que se les está dando a los padres comitentes que se trasladan a otros países para realizar contratos de gestación por sustitución y evitar la aplicación de la ley española en la materia, es el incumplimiento de otra norma, la de la adopción; con el añadido de que es el Tribunal Supremo quien lo está poniendo de manifiesto

Por otro lado, sorprende que el Tribunal Supremo adopte una solución diferente cuando los hechos son muy similares, a la que llegó la Audiencia Provincial de Islas Baleares en su Sentencia de 27 de abril de 2021, en relación a un contrato de gestación por sustitución llevado a cabo en Rusia entre la madre comitente española y la madre gestante rusa, del que nació una niña; no existiendo ningún vínculo biológico entre la madre comitente y la menor; y en los que el recurso de la adopción tampoco era posible.

29. Por último, es importante señalar que la regulación del Reino Unido en materia de gestación por sustitución de manera altruista, obliga a los padres comitentes en la mayoría de los casos a solicitar una orden parental o *parental order*. Pues bien, esta orden parental proporciona al niño un certificado de nacimiento británico que confirma su paternidad y que refleja mejor su identidad como hijo nacido de técnicas de reproducción asistida, más que si fuera considerado un niño adoptado. Por lo que la orden

parental cumple mejor con el bienestar de los niños nacidos mediante gestación por sustitución a lo largo de toda su vida, desde su nacimiento hasta su muerte.

Por lo tanto, si en España se regulase en algún momento la gestación por sustitución, se podría reflejar en sus certificados de nacimiento que los niños han nacido mediante dichas técnicas de reproducción asistida. Sin embargo, con la actual regulación, la solución ofrecida a los demandantes por el Tribunal Supremo es la del recurso a la adopción o incluso al acogimiento, tal y como se recoge en su Sentencia de 6 de febrero de 2014 y en la que es objeto de análisis, la Sentencia de 31 de marzo de 2022. Cuando lo más adecuado hubiera sido que, si no se cumplen las condiciones para la formalización de la adopción, el Tribunal Supremo hubiera accedido a la solicitud realizada por los demandantes, como hizo finalmente el juez francés en el asunto *Mennesson*, y proceder al reconocimiento de la filiación natural a favor de la madre comitente.

En cualquier caso, la realidad es que ya sea, mediante la filiación natural o mediante la filiación adoptiva, se está reconociendo la filiación de los menores nacidos en el extranjero fruto de los contratos de gestación por sustitución. Así pues, una modificación de la normativa en la materia sería apropiada, para que, de manera sistemática, no se tenga que evitar aplicar por analogía la normativa existente o estar incumpliendo las leyes sobre la adopción. Por lo que, es necesario un debate en profundidad sobre la gestación por sustitución de los distintos grupos o colectivos implicados para el desarrollo de una regulación sobre la materia en España, si puede ser más pronto que tarde.