

Roj: STS 1153/2022  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 991  
Nº de Recurso: 907/2021  
Nº de Resolución: 277/2022  
Fecha de Resolución: 31/03/2022  
Procedimiento: Recurso de casación  
Ponente: RAFAEL SARAZA JIMENA  
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Filiación de menor nacido de una gestación por sustitución. La gestación por sustitución comercial vulnera los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos. Protección del interés superior del menor nacido por gestación por sustitución. Posibilidad de adopción del menor por la comitente con la que convive y conforma una familia de facto.

Encabezamiento  
CASACIÓN núm.: 907/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 277/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

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

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Juan María Díaz Fraile

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 31 de marzo de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia de 1 de diciembre de 2020, dictada en grado de apelación por la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio verbal de filiación núm. 174/2018 del Juzgado de Primera Instancia núm. 77 de Madrid, sobre filiación.

Ha sido parte recurrente el Ministerio Fiscal

Son parte recurridas D.<sup>a</sup> Aurelia, representada por el procurador D. Jaime Biones Sanz y bajo la dirección letrada de D. Diego Calvo García; y D.<sup>a</sup> Carmen como sucesora mortis causa de D. Luis Miguel, representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Paloma Briones Torralba y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Ana María Miramontes Roel.

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

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia.

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Paloma Briones Torralba, en nombre y representación de D. Luis Miguel, interpuso demanda de declaración de paternidad con posesión de estado, contra su hija D.<sup>a</sup> Aurelia y el Ministerio Fiscal, en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] por la cual se declare que Doña Aurelia, de las circunstancias que obran en autos, hija del demandante, es la madre del menor Pedro Enrique, nacido el día NUM000 /2015, en DIRECCION000, Centro, Estado de Tabasco, México, ordenando la inscripción de dicha declaración en el Registro Civil correspondiente, respetando los apellidos que al menor le fueron impuestos al nacer y constan en la documentación registral extranjera que acompaña a esta demanda, condenándola a estar y pasar por dicha declaración con las obligaciones dimanantes de la condición de madre».

2.- La demanda fue presentada el 30 de enero de 2018 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 77 de Madrid, fue registrada con el núm. 174/2018. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El Ministerio Fiscal emitió un informe en el que contestó a la demanda.

El procurador D. Jaime Briones Sanz, en representación de D.<sup>a</sup> Aurelia, contestó a la demanda, reconoció los hechos alegados en la misma y solicitó la no imposición de las costas.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 77 de Madrid, dictó la sentencia 21/2019, de 19 de febrero , cuyo fallo dispone:

«Desestimo la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales doña Paloma Briones Torralba, en nombre y representación de don Luis Miguel, frente a doña Aurelia, representada por el Procurador de los Tribunales don Jaime Briones Sanz, autos en los que ha sido parte el Ministerio Fiscal, en ejercicio de acción de determinación legal de filiación materna de Doña Aurelia por posesión de estado respecto del menor Pedro Enrique.

» Doña Aurelia podrá instar ante la Dirección General de la Familia y el Menor de la Comunidad de Madrid la tramitación de expediente de guarda o acogimiento familiar previo a la adopción del menor Pedro Enrique y, declarada la filiación por adopción, inscribir al menor en el Registro Civil con los apellidos que fueron impuestos al menor al nacer, tal como interesa como petición subsiguiente.

» Todo ello sin imposición de las costas procesales causadas a ninguna de las partes habida cuenta de las especiales circunstancias fácticas y jurídicas concurrentes».

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia.

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Luis Miguel.

La representación procesal de D.<sup>a</sup> Aurelia se adhirió al recurso de apelación.

El Ministerio Fiscal se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 1274/2019 , y tras seguir los correspondientes trámites dictó la sentencia de 1 de diciembre de 2020 , cuyo fallo dispone:

«Que estimando el recurso de apelación formulado por don Luis Miguel y por lo tanto la adhesión al recurso formulada por doña Aurelia contra la sentencia dictada en fecha 19 de febrero de 2019, por el Juzgado de Primera Instancia nº 77 de los de Madrid, en autos de filiación seguidos, bajo el nº 174/18 , entre dichos litigantes, debemos revocar y revocamos la resolución impugnada, en el sentido de disponer y declarar que doña Aurelia es la madre del menor Pedro Enrique nacido el NUM000 de 2015 en México ordenando la inscripción de dicha declaración en el Registro Civil correspondiente respetando los apellidos que al menor le impusieron al nacer y constan en la documentación registral extranjera, condenándola a estar y pasar por dicha declaración con las obligaciones dimanantes de la condición de madre.

» No se hace especial pronunciamiento de las costas procesales causadas en el presente recurso.

» Firme que sea esta resolución, procédase por el Órgano a quo a devolver el depósito constituido para recurrir».

Con fecha 4 de diciembre de 2020 se dictó auto de aclaración, cuya parte

dispositiva es del tenor literal siguiente:

«La Sala acuerda: El Tribunal expresa en el fallo de la sentencia que los autos se han seguido entre los litigantes indicados y el Ministerio Fiscal.

» No se hace especial pronunciamiento de las costas procesales causadas en esta resolución.

»Contra la presente resolución no cabe recurso alguno».

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación

1.- El Ministerio Fiscal, interpuso un recurso de casación, cuyo único motivo es el siguiente:

«La norma sustantiva infringida es el art. 131 in fine del Código Civil en relación con el art. 10 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida .

» La sentencia 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 y en contravención directa del art. 10 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida .

» El recurso se interpone al amparo del art. 477.2.3 ° y 3 LEC por prestar el recurso interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación con la determinación de la filiación de los menores nacidos tras la celebración de un contrato de gestación por sustitución a favor de los padres intencionales establecida en la STS (Pleno) n° 835/2013 de 6 de febrero de 2014 ».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó un auto el 15 de septiembre de 2021, que admitió el recurso y acordó dar traslado a las partes recurridas personadas.

3.- La representación procesal de D. Luis Miguel comunico el fallecimiento de su mandante, y solicitó la personación como sucesora mortis causa de D. Luis Miguel a su esposa D.<sup>a</sup> Carmen, a lo que se accedió mediante diligencia de ordenación de 15 de octubre de 2021.

D.<sup>a</sup> Aurelia impugnó el recurso.

D.<sup>a</sup> Carmen solicitó la desestimación del recurso de casación.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el 15 de diciembre de 2021. Por providencia se acordó su suspensión y se señaló para votación y fallo de pleno el día 23 de febrero de 2022 en que ha tenido lugar por el sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Antecedentes del caso

1.- D. Luis Miguel presentó una demanda en la que ejercitó la acción de determinación legal de filiación materna de doña Aurelia por posesión de estado respecto del menor Pedro Enrique, nacido en Tabasco, Méjico, mediante gestación subrogada. Tras su nacimiento, Pedro Enrique viajó a España con su madre, la hija del demandante, y desde entonces ha residido bajo su tutela y cuidado en el domicilio familiar en Madrid, en donde había convivido también el demandante durante los dos años anteriores a la demanda.

En la demanda se alegaba que D.<sup>a</sup> Aurelia venía ejerciendo de modo real y efectivo como madre de Pedro Enrique desde su nacimiento, cuidándolo y atendiéndolo en todo, de acuerdo con sus necesidades presentes; se hallaba en situación de atenderlas en las futuras, dadas sus circunstancias personales y económicas; y tenía la consideración de madre legal para la legislación mexicana, país cuya nacionalidad ostenta Pedro Enrique, al no habersele concedido la española.

En la fundamentación jurídica de la demanda se citaban los artículos 131 del Código Civil en cuanto a la legitimación para interponer la demanda, el artículo 10 de la Ley 14/2016, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (que entiende que no es aplicable a los nacionales españoles que lleven a cabo técnicas de reproducción asistida en estados en los cuales estas sean legales), la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la posesión de estado y el interés superior del menor, y el artículo 154 del Código Civil.

El demandante terminaba solicitando que se dictara sentencia en la que se declarara que D.<sup>a</sup> Aurelia, hija del demandante, es la madre del menor Pedro Enrique; se ordenara la inscripción de dicha declaración en el Registro Civil correspondiente, respetando los apellidos que le fueron impuestos al menor al nacer; y se condenara a D.<sup>a</sup> Aurelia a estar y pasar por dicha declaración con las obligaciones dimanantes de la condición de madre.

2.- Con la demanda, entre otros documentos, se aportaba el contrato suscrito entre la comitente y la madre gestante, que contenía, entre otras, estas estipulaciones (suprimida la utilización de mayúsculas en todo el texto):

#### «Capítulo II.- Cláusulas

» Primera.- La gestante sustituta, gestará al niño resultante bajo todos los términos de este acuerdo, la denominación “niño” se referirá a todos los niños(as) nacidos bajo los términos de este acuerdo.

» Segunda.- La gestante sustituta renuncia a todos los derechos y reclamaciones sobre el niño nacido y acepta entregar la custodia física del niño inmediatamente después del parto sin ninguna interferencia a la futura madre. [...]

» Cuarta.- La transferencia de los embriones no es una donación de embriones a la gestante sustituta y deciden que la custodia y decisiones de todos los embriones u otro material genético creado es propiedad de la futura madre [...]

» Procedimiento. – [...]

» Quinta.- [...] D.- El niño nacerá en el estado de Tabasco bajo las leyes de este estado e inmediatamente después del parto la gestante sustituta entregará a la futura madre todos los derechos y custodias legales. La gestante sustituta deberá colaborar en todo momento con la futura madre para realizar todas las acciones y procedimientos elegidos por la futura madre para confirmarlo como la madre legal del niño, incluyendo sin limitación acciones judiciales, administrativas, permitir a la futura madre aparecer en el acto de fe del hospital, y cualquier otra acción civil. [...]

» Sexta.- Representación y coadyuvancia.

» A.- Las partes convienen que para efectos de coadyuvar de la mejor manera en la realización del objeto de este contrato, la futura madre se apoyará de una persona física o jurídica colectiva, quien será en todo momento el enlace entre los contratantes y estará al pendiente de los trámites y gestiones necesarias sin perjuicio de la comunicación que de manera directa las partes tendrán permanentemente hasta que concluya el presente contrato. En este sentido, desde este momento se establece que será la sociedad mercantil denominada “México Subrogacy” S. de R.L. de C.V., a través del señor Juan Pablo. [...]

» Octava.- A.- La gestante sustituta no tendrá, ni tratará de tener relación con el niño, incluyendo sin limitación: la relación padre-hijo, información de su crianza o intentar tener información de su localización.

» B.- La gestante sustituta renuncia a todos sus derechos como la madre legal del niño y ayudará en todos los actos legales necesarios para declarar a la futura madre como madre legal del niño.

» C.- La gestante sustituta declara y acepta que no es la madre legal, natural, jurídica o biológica del niño. [...]

» Décima.- Evaluaciones Físicas y Psicológicas. [...]

» A.- La gestante sustituta se someterá a exámenes médicos, análisis de sangre y otras pruebas psicológicas según lo determine la futura madre, antes de cualquier procedimiento de FIV (fertilización in vitro) para que el médico determine si la gestante sustituta es apta para este procedimiento. [...]

» E.- La gestante sustituta, mediante la firma del presente contrato, renuncia a todos los derechos de confidencialidad médica y psicológica, permitiendo a los especialistas que la evaluarán, compartir dichos resultados con la futura madre.

» Décima Primera.- Procedimiento de fertilización in vitro.

» Es la intención de las partes y por lo tanto se obligan:

» A.- Llevar a cabo tantas transferencias embrionarias sean necesarias, a la misma gestante sustituta, hasta terminar con todos los embriones salvo que el médico especialista determine que la gestante sustituta no está apta para continuar con más intentos.

» B.- Llevar a cabo hasta las transferencias de 3 (tres) embriones por cada

ciclo de reproducción asistida.

» C.- No existirá la posibilidad de reducción embrionaria.

» D.- La gestante sustituta se compromete y obliga a seguir todas las instrucciones del médico de fecundación in vitro hasta ser derivado con su obstetra, la gestante sustituta comprende que deberá tomar medicamentos para el ciclo de transferencia de embriones por vía oral, por inyección o intravaginal en horarios específicos durante periodos prolongados de tiempo según las instrucciones del médico de fecundación in vitro.

» E.- La gestante sustituta se deberá presentar a todas las pruebas médicas determinadas por el médico de fecundación in vitro incluyendo sin limitación: ultrasonidos y pruebas frecuentes de sangre. [...]

» G. La gestante sustituta deberá permanecer 3 (tres) días en cama después de la transferencia de embriones.

» Decima Tercera.- Conducta durante el tiempo del acuerdo y el embarazo.

» A.- Durante el embarazo y una vez en tratamiento con el médico obstetra, seleccionado por la futura madre, la gestante sustituta deberá informar semanalmente a la futura madre, a través de la persona coadyuvante, sobre toda la información, pruebas, resultados médicos, ecografías y citas médicas relativas al embarazo.

» B.- Las instrucciones médicas y recomendaciones dadas por el médico tratante a la gestante sustituta durante la vigencia del presente acuerdo, pueden incluir pero no están limitados a: mantener una dieta consistentemente nutricional, procedimientos de ultrasonidos frecuentes, prolongada abstinencia de relaciones sexuales, abstenerse de tatuajes, perforaciones en el cuerpo y efectos o cirugía estética, interrupción del ejercicio vigoroso, la prohibición de la auto administración de medicamentos por vía oral o por inyección.

» C.- Durante el embarazo la gestante sustituta no fumará tabaco o hierbas ilegales, no tomara ninguna bebida que contenga alcohol incluyendo el vino, bebidas energéticas, no tomará ninguna bebida que contenga cafeína, no tomará drogas ilegales, no se expondrá a humos de tabaco, no tomará libremente hierbas o medicamentos naturales sin el consentimiento del médico tratante.

» D- La gestante sustituta está de acuerdo en: no comer carne o pescado crudo, no deberá exponerse a excrementos de animales y no se someterá a esfuerzos físicos.

» E.- La gestante sustituta está de acuerdo a someterse a pruebas al azar sin aviso previo de detección de drogas, alcohol o tabaco según la petición de la futura madre o por recomendación del médico tratante.

» F.- La gestante sustituta según las instrucciones médicas se abstendrá de participar en cualquier actividad, ocupación o empleo alguno que pueda afectar negativamente al embarazo, incluyendo sin limitación levantar objetos pesados, radiografías no esenciales exposición a sustancias químicas nocivas, deportes o actividades peligrosas.

» G.- La gestante sustituta no podrá salir de México durante la vigencia del presente acuerdo, además a partir de la confirmación del embarazo de gestación no podrá salir de la ciudad donde reside, ni realizar un cambio de domicilio, salvo que tenga un permiso por escrito de la futura madre en caso de suma urgencia para un viaje a otra ciudad el cual en ningún caso podrá dilatarse más de 4 (cuatro) días. También deberá informar a la futura madre la dirección de hospedaje e itinerario de su viaje.

» H.- A partir de la semana 30 (treinta) de gestación la gestante sustituta no podrá alejarse a más de 50 (cincuenta) millas del hospital elegido para el nacimiento del niño, salvo que sus actividades habituales les obliguen a ello y previa autorización de la futura madre, a través de la persona coadyuvante en tal virtud la gestante sustituta se compromete a cambiar su domicilio a la ciudad de DIRECCION000 Tabasco en el sexto mes de gestación, donde se quedará hasta el parto, siendo la futura madre quien cubrirá los gastos que esto genere, a través de la persona coadyuvante.

» I.- La gestante sustituta acepta que la futura madre o un representante que la sociedad mercantil "México Subrogacy" S. de R.L. de C.V. designe, esté presente en todas las citas médicas relacionadas con el embarazo, así también autoriza a la futura madre para hablar directamente con el médico tratante cuestiones relacionadas con la salud del feto.

» J.- La gestante sustituta acepta someterse a pruebas de diagnóstico prenatal y pruebas de diagnóstico amniocentesis, muestras de vello crónico, ultrasonido de alta resolución para las pruebas de paternidad o para determinar la salud del feto cuando lo solicite el médico tratante o la futura madre.

» Décima Cuarta.- Emergencia médica o soporte de vida: [...]

» B.- En caso que la gestante sustituta sufriera cualquier enfermedad o lesión potencialmente mortal (como por ejemplo muerte cerebral) la futura madre tiene el derecho a mantenerla con vida con un soporte vital médico, con el objetivo de salvar al feto hasta que el médico tratante determine que está listo para el nacimiento. La firma de este acuerdo es la autorización de la gestante sustituta para permitir esas acciones médicas de soporte de vida por parte de la futura madre, los gastos médicos derivados de dicho soporte serán asumidos por la futura madre. [...]

» Décima Sexta.- Entrega del niño.

» A.- A menos que una emergencia médica obligue a lo contrario, la gestante sustituta se compromete a dar a luz al niño en el hospital seleccionado por la futura madre que deberá cumplir con los requisitos mínimos de atención y emergencia prenatal y de prematuros.

» B.- La gestante sustituta se compromete a informar de manera inmediata a la sociedad mercantil "México Subrogacy" S. de R.L. de C.V. y a la futura madre, cuando entre en trabajo de parto. A falta de estos, se contactará con el tutor designado en este contrato.

» C.- La futura madre puede estar presente en el momento del nacimiento del niño, salvo que el médico tratante determine que no puede ser posible. La gestante sustituta firmará todas las autorizaciones en el hospital para permitir a la futura madre estar presente en el nacimiento del niño.



» D.- La gestante sustituta está de acuerdo en someterse a una cesárea para el nacimiento del niño, salvo que el médico tratante recomiende que sea un parto vaginal.

» E.- La entrega del niño a la futura madre será inmediatamente después del parto, la gestante sustituta autorizará al hospital a colocar al menor el nombre y apellidos de la futura madre, a que la futura madre pueda poner el nombre de pila del niño y a que el hospital entregue al niño a la futura madre al momento de darle el alta médica.

» F.- La futura madre será responsable del niño que nazca por virtud de este contrato, ya sea sano o no. La gestante sustituta renuncia al derecho a tomar decisiones médicas por el niño después del nacimiento.

» G.- La futura madre será la madre legal de cualquier niño nacido bajo este acuerdo, ya sea que el niño tenga deficiencias físicas, psíquicas, neurológicas o cualquier otra deficiencia. [...]

» Décima Octava.- Interrupción del embarazo

A.- La futura madre no podrá cancelar el embarazo, excepto para preservar la vida de la gestante sustituta.

B - La futura madre y la gestante sustituta están de acuerdo en no seleccionar el número de fetos en el caso de un embarazo múltiple.

C.- La gestante sustituta está de acuerdo en que sólo se someterá a un aborto cuando un médico tratante o un especialista determine con un certificado por escrito que la vida o salud de la gestante está en peligro. La gestante sustituta se compromete a informar a la futura madre antes de un aborto.

» Décima Novena.- Renuncia y adopción.

» A.- La gestante sustituta, firmará el acuerdo de custodia física del niño a la futura madre inmediatamente después del parto. Asimismo, cooperará en todos los procedimientos para la filiación y registro civil del niño por la futura madre si llegase a ser necesario.

» B.- La gestante sustituta, entregará al niño a la futura madre inmediatamente después del parto.

» C.- La gestante sustituta nunca reclamará el derecho como madre sobre el niño nacido por virtud de este contrato, durante y después de la gestación, y renuncia a cualquier tipo de contacto en el futuro con el niño o la futura madre, salvo que la partes acuerden por escrito lo contrario. [...]

» Vigésimo Primera.- Contacto después del nacimiento.

» A.- El niño nacido bajo este procedimiento estará bajo el cuidado de la futura madre desde su nacimiento en adelante.

» B.- Después de que la futura madre se lleve al niño fuera del hospital, la

gestante sustituta estará de acuerdo en no tratar de ver o ponerse en contacto con el niño ni con la futura madre. [...]

» Vigésimo Tercera.- Compensación, reembolso, seguros y otros costos.

» A. Compensación a la gestante sustituta.

» 1.- En el caso de un embarazo múltiple, la futura madre se compromete a compensar a la gestante sustituta con una suma de US\$ 6.000,00 (seis mil dólares) pagaderos en 6 (seis) cuotas de igual valor, a razón de US\$ 1.000,00 (mil dólares) por mes, empezando a partir del tercer mes de confirmado el embarazo y así consecutivamente hasta el parto.

» 2.- La futura madre pagará todos los honorarios del procedimiento de fertilización in vitro.

» 3.- En caso de que la gestante sustituta se someta a 2 (dos) ciclos o más de fertilización in vitro y ésta no llegase a quedar embarazada, no habrá compensación.

» Vigésimo Cuarta.- Interrupción del embarazo.

» 1.- Si la gestante sustituta, por causas ajenas a la suya o recomendado por el médico que la atiende, se somete necesariamente a un aborto para salvar su vida, la futura madre se compromete a pagar todos los gastos médicos derivados del aborto. [...]

» Vigésima Octava. Honorarios de abogado.

» La futura madre es responsable de los honorarios de los abogados, para revisar el presente contrato. [...]

» Trigésima Segunda.- Asunción de riesgos durante el proceso. [...]

» B.- La gestante sustituta reconoce haberse informado médicamente y psicológicamente de todos los riesgos derivados al proceso de antes, durante y después de la entrega del niño, incluido, pero no limitando, la muerte, la pérdida de un órgano reproductor, depresión, problemas de fertilidad en el futuro, etc. La gestante sustituta libera a la futura madre de cualquier responsabilidad civil o penal que deriven de estos riesgos asociados al proceso de gestación sustituta y acepta que la futura madre sólo se hará cargo de los pagos determinados en el presente acuerdo. [...].»

3.- D.<sup>a</sup> Aurelia presentó un escrito de contestación en el que reconocía como ciertos los hechos de la demanda promovida por su padre sobre la declaración de la filiación del menor Pedro Enrique, manifestaba que no se oponía a la declaración de maternidad y solicitaba que se inscribiera dicha declaración y se hicieran constar como apellidos del menor Pedro Enrique que le fueron impuestos al nacer.

4.- El Ministerio Fiscal, al contestar la demanda, solicitó que se dictase sentencia «de conformidad con lo probado y acreditado en autos».

5.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Los argumentos de la sentencia fueron, en síntesis, que no puede utilizarse el principio de la consideración primordial del interés superior del menor para contrariar la ley,

sino para aplicarla y colmar sus lagunas, y que el artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en lo sucesivo, LTRHA) impide el reconocimiento de la filiación que se pretendía por el demandante, ya que determina que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será la determinada por el parto (en este caso la mujer gestante), y será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación. En el fallo de la demanda se añadía al pronunciamiento de desestimación de la demanda:

«Doña Aurelia podrá instar ante la Dirección General de la Familia y el Menor de la Comunidad de Madrid la tramitación de expediente de guarda o acogimiento familiar previo a la adopción del menor Pedro Enrique y, declarada la filiación por adopción, inscribir al menor en el Registro Civil con los apellidos que fueron impuestos al menor al nacer, tal como interesa como petición subsiguiente».

6.- El demandante, D. Luis Miguel, interpuso un recurso de apelación en el que alegó que, en el presente supuesto, conforme a la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, TEDH) cabe realizar una interpretación amplia de los apartados 2 y 3 del artículo 10 LTRHA. Invocó la posesión de estado como título de atribución de la maternidad sin necesidad de que exista una relación biológica, así como que, dado que en el presente caso no puede acudir a la adopción como remedio alternativo, ha de estimarse la demanda en virtud del interés superior del menor, pues lo contrario causa un grave perjuicio al niño, que carece de DNI y de NIE, y se le priva de los efectos derivados de la filiación.

D.<sup>a</sup> Aurelia se adhirió al recurso de apelación de D. Luis Miguel, y alegó que había efectuado un reconocimiento expreso de su maternidad ante las autoridades mexicanas y con las debidas garantías, y que siendo el menor ciudadano mejicano (ya que nació allí y tiene pasaporte mejicano) deben aplicarse las normas contenidas en los arts. 9.1 y 9.4 del Código Civil, por lo que su filiación ha de venir determinada por la que su ley personal determina, es decir, la maternidad de la demandada.

El Ministerio Fiscal se opuso al recurso interpuesto. Alegó que el artículo 10 LTRHA integra el orden público internacional español. Y que la demandada se desplazó a Méjico únicamente para concertar el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación, parto y entrega del menor por estar prohibido en España, y pretender el reconocimiento de la filiación conforme a la legislación mejicana supone una «huida» del ordenamiento jurídico español. Argumentó también que no puede acudir al principio del interés superior del menor para estimar la demanda pues tal principio debe emplearse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariarla, lo que también supondría un perjuicio para el menor.

7.- El tribunal de apelación estimó sustancialmente el recurso de apelación, revocó la sentencia apelada, y estimó sustancialmente la demanda, sin efectuar imposición de costas.

La sentencia de la Audiencia Provincial declaró que D.<sup>a</sup> Aurelia, que tiene un trabajo estable y bien remunerado, satisface las necesidades educativas y de atención médica del menor Pedro Enrique, que se encuentra matriculado en centro educativo en el correspondiente ciclo de educación infantil, y considera a D.<sup>a</sup> Aurelia como madre y al Sr. Luis Miguel y esposa como abuelos, quienes a su vez consideran al niño como hijo y nieto, respectivamente. Y razonó que, no siendo viables en este supuesto las soluciones consistentes en acudir a la figura jurídica de la adopción (por la diferencia de edad existente entre la demandada y el menor, art. 175.1 del Código Civil), ni

existiendo padre biológico identificado (al ser el material genético proveniente de donante desconocido) que permita instar la correspondiente acción de filiación respecto del mismo, no siendo tampoco posible acudir a la vía del acogimiento familiar ni a la del art. 176.2 del Código Civil y porque sería abocar al menor a lo que el TEDH considera «una incertidumbre inquietante», ha de protegerse el interés del menor reconociendo la filiación respecto de la demandada.

La Audiencia Provincial entendió acreditado que concurre en el presente supuesto un comportamiento de la demandada congruente con los deberes de madre, manifestado mediante actos continuados y reiterados, lo que entiende que es exigido por la jurisprudencia para poder valorar la posesión de estado de la relación de filiación, teniendo en cuenta el superior interés del menor. Concluye que el menor Pedro Enrique evoluciona en el proceso de formación de su personalidad concibiendo a la demandada como su madre y al demandante y su esposa como abuelos, siendo conforme a las exigencias del art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, CEDH) el no mudar la naturaleza del modelo familiar en el que vive.

Por tal razón, en el fallo acordó «declarar que doña Aurelia es la madre del menor Pedro Enrique nacido el NUM000 de 2015 en México ordenando la inscripción de dicha declaración en el Registro Civil correspondiente respetando los apellidos que al menor le impusieron al nacer y constan en la documentación registral extranjera, condenándola a estar y pasar por dicha declaración con las obligaciones dimanantes de la condición de madre.

8.- El Ministerio Fiscal ha interpuesto un recurso de casación contra esta sentencia, que basa en un motivo y ha sido admitido.

#### SEGUNDO.- Formulación del recurso

1.- El único motivo del recurso de casación, en su encabezamiento, denuncia la infracción del último inciso del artículo 131 del Código Civil en relación con el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA).

2.- En el desarrollo del motivo, el Ministerio Fiscal, alega que la sentencia recurrida, cuyos fundamentos fácticos no cuestiona, determina una filiación materna respecto de una persona que no es la madre biológica y que concertó un contrato de gestación por sustitución, sin aportar material genético propio y en contra del artículo 10 LTRHA y del art. 131 del Código Civil, pues el apartado segundo de este último precepto legal excluye de la declaración de la filiación manifestada por la constante posesión de estado el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada, en este caso por el apartado segundo del artículo 10 LTRHA. Al hacerlo, la sentencia se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación con la determinación de la filiación de los menores nacidos tras la celebración de un contrato de gestación por sustitución a favor de los padres intencionales establecida en la sentencia de pleno 835/2013, de 6 de febrero de 2014. El Ministerio Fiscal rechaza la aplicación del principio de respeto del interés superior del menor en los términos en los que lo hace la Audiencia Provincial. Invoca los bienes jurídicos tomados en consideración por la sentencia de esta sala 835/2013, de 6 de febrero de 2014, a saber, el respeto a la dignidad e integridad moral de mujer gestante y la salvaguarda de los intereses legítimos del menor en los términos previstos en nuestro ordenamiento jurídico. Alega que con la solución adoptada por la

Audiencia, se impediría la investigación de la paternidad y el derecho del menor a conocer su identidad biológica. Y por último, alega la posibilidad del acogimiento del menor por la madre de intención, así como que las limitaciones a la adopción por razón de edad son superables.

3.- La parte recurrida, al oponerse al recurso, alega que la previsión del art. 10 LTRHA es aplicable a la gestación por sustitución que se lleva a cabo en España, pero no en el extranjero. Que aunque no proceda reconocer efectos a la certificación del Registro Civil ni a la sentencia extranjera, sí que ha de reconocerse la filiación por posesión de estado. Y que la sentencia 835/2013, de 6 de febrero de 2014 y el auto posterior dictado en el incidente de nulidad de actuaciones, reconocen que ha de protegerse la familia de facto .

4.- El recurso de casación debe estimarse por las razones que se exponen a continuación.

TERCERO.- La gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos

1.- En nuestra anterior sentencia de pleno 835/2013, de 6 de febrero , y en el posterior auto de 2 de febrero de 2015 que desestimó la solicitud de nulidad de dicha sentencia, sostuvimos que la pretensión de reconocer la filiación determinada por una autoridad extranjera como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución era contraria (manifiestamente contraria, podemos precisar) al orden público español.

2.- Esta contrariedad manifiesta deriva no solamente de que el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida establezca la nulidad de pleno derecho de estos contratos y que la filiación materna del niño nacido por gestación por sustitución será determinada por el parto. Deriva también de que el contrato de gestación por sustitución vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte.

3.- El artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el que España es parte, se establece:

«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».

4.- La prohibición de la venta de niños aparece enunciada en el artículo 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, firmada y ratificada por España. En el artículo 2 a) del Protocolo Facultativo 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».

5.- Como pone de relieve 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, Asamblea

General de la ONU, 15 de enero de 2018, la expresión «para cualquier fin o en cualquier forma» que emplea el citado art. 35 de la Convención supone que la gestación por sustitución no supone una excepción a la prohibición de venta de niños establecida en dicha norma. Y que la gestación por sustitución comercial entra de lleno en la definición de «venta de niños» del artículo 2 a) del Protocolo Facultativo cuando concurren los tres elementos exigidos en dicha definición: a) «remuneración o cualquier otra retribución»; b) el traslado del niño (de la mujer que lo ha gestado y parido a los comitentes); y c) el intercambio de “a)” por “b)” (pago por la entrega del niño). La entrega a que se obliga la madre gestante no tiene que ser necesariamente actual (esto es, de un niño ya nacido), puede ser futura, como ocurre en el contrato de gestación por sustitución. Resulta gravemente lesivo para la dignidad e integridad moral del niño (y puede también serlo para su integridad física habida cuenta de la falta de control de la idoneidad de los comitentes) que se le considere como objeto de un contrato, y atenta también a su derecho a conocer su origen biológico.

6.- Las vulneraciones de los derechos de la madre gestante y del niño fruto de la gestación por sustitución que se describen en dicho informe de la Relatora Especial de la ONU concurren en el caso objeto de este recurso. El contrato de gestación por sustitución suscrito en el caso objeto del recurso tiene las características comunes a estos contratos, expuestas tanto en dicho Informe de la Relatora Especial como 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 cuestión.

7.- 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. La madre gestante se obliga desde el principio a entregar al niño que va a gestar y renuncia antes del parto, incluso antes de la concepción, a cualquier derecho derivado de su maternidad. Se obliga a someterse a tratamientos médicos que ponen en riesgo su salud y que entrañan riesgos adicionales a las gestaciones resultantes de una relación sexual («tantas transferencias embrionarias como sean necesarias», «llevar a cabo hasta las transferencias de 3 (tres) embriones por cada ciclo de reproducción asistida», «tomar medicamentos para el ciclo de transferencia de embriones por vía oral, por inyección o intravaginal en horarios específicos durante periodos prolongados de tiempo»). La madre gestante renuncia a su derecho a la intimidad y confidencialidad médica («la gestante sustituta, mediante la firma del presente contrato, renuncia a todos los derechos de confidencialidad médica y psicológica, permitiendo a los especialistas que la evaluarán, compartir dichos resultados con la futura madre», «la gestante sustituta acepta que la futura madre o un representante que la sociedad mercantil “México Subrogacy” S. de R.L. de C.V. designe, esté presente en todas las citas médicas relacionadas con el embarazo», «la futura madre puede estar presente en el momento del nacimiento del niño»). Se regulan por contrato cuestiones como la interrupción del embarazo o la reducción embrionaria, cómo será el parto (por cesárea, «salvo que el médico tratante recomiende que sea un parto vaginal»), qué puede comer o beber la gestante, se fijan sus hábitos de vida, se le prohíben las relaciones sexuales, se le restringe la libertad de movimiento y de residencia, de modo más intenso según avanza el embarazo, prohibiéndole salir de la ciudad donde reside o cambiar de domicilio salvo autorización expresa de la futura madre, hasta recluirla en una concreta localidad distinta de la de su residencia en la última fase del embarazo. La madre gestante se obliga «a someterse a pruebas al azar sin aviso previo de detección de drogas, alcohol o tabaco según la petición de la futura madre». Y,

finalmente, se atribuye a la comitente la decisión sobre si la madre gestante debe seguir o no con vida en caso de que sufriera alguna enfermedad o lesión potencialmente mortal.

8.- No es preciso un gran esfuerzo de imaginación para hacerse una cabal idea de la situación económica y social de vulnerabilidad en la que se encuentra una mujer que acepta someterse a ese trato inhumano y degradante que vulnera sus más elementales derechos a la intimidad, a la integridad física y moral, a ser tratada como una persona libre y autónoma dotada de la dignidad propia de todo ser humano. Y, como ocurre en estos casos, aparece en el contrato la agencia intermediadora cuyo negocio lo constituye este tipo de prácticas vulneradoras de los derechos fundamentales.

9.- En definitiva, el futuro niño, al que se priva del derecho a conocer sus orígenes, se «cosifica» pues se le concibe como el objeto del contrato, que la gestante se obliga a entregar a la comitente. Para que el contrato llegue a buen término, se imponen a la gestante unas limitaciones de su autonomía personal y de su integridad física y moral incompatibles con la dignidad de todo ser humano.

10.- Se entiende así que en el apartado 115 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto, se declarara:

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

11.- Además, como expresan tanto el Informe de la Relatora Especial como del Comité de Bioética de España, la lógica perversa de un mercado que tenga por objeto la gestación subrogada de niños favorece que estos contratos se celebren y ejecuten cada vez con más frecuencia en aquellos Estados en los que se otorgan mayores prerrogativas a los comitentes y, correlativamente, se acentúe la vulneración de la autonomía personal, la integridad física y moral y, en definitiva, la dignidad de la mujer gestante. En este sentido, el Informe de la Relatora Especial de la ONU 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 a que se ha hecho referencia, afirma sobre esta cuestión:

«La exigencia de que las órdenes nacionales de patria potestad se reconozcan a escala mundial sin restricciones debidas y haciendo caso omiso de las preocupaciones relativas a los derechos humanos plantea el riesgo conexo de que una minoría de jurisdicciones con enfoques permisivos en materia de gestación por sustitución de carácter comercial y con regulaciones que no protegen los derechos de las partes vulnerables frente a la explotación normalicen a escala mundial prácticas que violan los derechos humanos».

12.- Lo expuesto confirma lo que declaramos en nuestra sentencia 835/2013, de 6 de febrero de 2014 : los contratos de gestación por sustitución

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

CUARTO.- La protección del interés superior del menor nacido por gestación por sustitución

1.- En el litigio que dio lugar a la citada sentencia 835/2013 , la cuestión litigiosa consistía en el reconocimiento de un acto de una autoridad extranjera, concretamente la inscripción de la filiación en el Registro Civil de California. Por tanto, la cuestión de Derecho internacional privado no consistía en la determinación de la ley nacional aplicable sino en la aplicación de la excepción de orden público al reconocimiento del acto de una autoridad extranjera, excepción que consideramos aplicable por ser incompatible con nuestro sistema de derechos fundamentales la determinación de la filiación del niño como hijo de los comitentes con base en el contrato de gestación subrogada y en los actos de autoridades extranjeras que reconocían la filiación resultante de tal contrato, pues se vulneraban gravemente los derechos fundamentales tanto del menor como de la madre gestante.

2.- En el litigio que ha dado lugar al presente recurso, la cuestión se plantea desde otro punto de vista, pues lo que se pretende no es el reconocimiento de un acto de autoridad extranjero, sino la determinación de la filiación del menor conforme a la ley española, concretamente el art. 131 del Código Civil . Aunque la parte recurrida alega que no es aplicable cierta normativa española (en concreto, el art. 10 LTRHA) al haber nacido el niño en un Estado en el que se reconoce la posibilidad de determinar la filiación de la madre comitente en caso de gestación por sustitución, hemos de recordar que conforme al art. 9.4 del Código Civil , dada la naturaleza de la acción ejercitada, la normativa aplicable para resolver la pretensión formulada es la del Estado donde el hijo tenga la residencia habitual, España, no la del Estado en que haya nacido. Por otra parte, no puede aceptarse que se pretenda la aplicación del Derecho español en lo que interesa a la demandante y que no se aplique en lo que no conviene a su pretensión.

3.- Pese a lo expuesto en el fundamento de derecho anterior 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, la realidad es más compleja.

4.- Como se ha expuesto, la legislación española declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución y atribuye la titularidad de la relación de filiación materna a la madre gestante, sin que en la reforma de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida llevada a cabo por la Ley 19/2015, de 13 de julio, promulgada con posterioridad a nuestra sentencia de pleno 835/2013 , esta previsión legal fuera modificada. Conductas vinculadas con este tipo de contratos, en las que, mediando compensación económica, se entregue a otra persona un hijo o cualquier



menor, pueden quedar encuadradas en el art. 221.1 del Código Penal cuando se hayan eludido los procedimientos legales aplicables de guarda, acogimiento o adopción. Asimismo, el art. 26.2 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, exige para la validez en España de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras en defecto de normas internacionales, que «la adopción no vulnere el orden público». Y tras la modificación introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, establece que «[a] estos efectos se considerará que vulneran el orden público español aquellas adopciones en cuya constitución no se ha respetado el interés superior del menor, en particular cuando se ha prescindido de los consentimientos y audiencias necesarios, o cuando se constate que no fueron informados y libres o se obtuvieron mediante pago o compensación » (énfasis en cursiva añadido).

5.- Además de lo expuesto sobre los instrumentos internacionales que prohíben la venta de niños suscritos por España, conforme al art. 3 del citado 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, los Estados firmantes deben tipificar como delito la actuación consistente en «[i]nducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción», «tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras». España también es parte en la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, que en su art. 6 conmina a los Estados parte a adoptar las medidas precisas para suprimir todas las formas de trata de mujeres, en la que puede incluirse la situación que para la mujer gestante resulta de un contrato de gestación por sustitución comercial.

6.- Estas previsiones de las leyes y convenios internacionales contrastan radicalmente con lo que sucede en la práctica. Las agencias que intermedian en la gestación por sustitución actúan sin ninguna traba en nuestro país, hacen publicidad de su actividad (basta con usar como términos de búsqueda «gestación subrogada» u otros similares en un buscador de Internet para encontrar una amplia oferta de estas agencias dirigida al público español) pese a que el art. 3.1 de la Ley General de Publicidad considera ilícita «la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución Española». Estas agencias han organizado en España «ferias» presenciales de gestación subrogada en las que publicitan y promueven sus «servicios». Con frecuencia se publican noticias sobre personas famosas que anuncian la traída a España de un «hijo» fruto de una gestación por sustitución, sin que las administraciones competentes para la protección del menor adopten iniciativa alguna para hacer efectiva esa protección, siquiera sea para comprobar la idoneidad de los comitentes. El Informe del Comité de Bioética pone de relieve la incoherencia que supone el contraste entre esta regulación legal y que en la práctica no existan obstáculos a reconocer el resultado de una gestación por sustitución comercial en la que se han vulnerado los más elementales derechos fundamentales de la madre gestante y del niño, si ha tenido lugar en el extranjero.

7.- La consecuencia de lo expuesto es que el niño nacido en el extranjero fruto de una gestación por sustitución, pese a las normas legales y convencionales a que se ha hecho referencia, entra sin problemas en España y acaba integrado en un determinado núcleo familiar durante un tiempo prolongado.

8.- En nuestra anterior sentencia 835/2013, afirmamos que si tal núcleo familiar existe actualmente, si el menor tienen relaciones familiares de facto con quien pretende el reconocimiento de la relación paterno o materno-filial en su favor, la

solución que haya de buscarse tanto por el comitente como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos, de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha reconocido la existencia de una vida familiar de facto incluso en ausencia de lazos biológicos o de un lazo jurídicamente reconocido, siempre que existan determinados lazos personales afectivos y los mismos tengan una duración relevante (sentencia del TEDH de 24 de enero de 2017, Gran Sala, caso Paradiso y Campanelli, apartados 140 y 151 y siguientes, y de 18 de mayo de 2021, caso Valdís Fjölfnisdóttir y otros contra Islandia, apartado 62). Así lo exige el interés superior del menor (en los términos en que es reconocido por el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio) y su derecho a la vida privada reconocido en el art. 8 CEDH, que de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH incluye el derecho a la identidad, dentro de la cual tiene gran importancia la determinación de su filiación y su integración en un determinado núcleo familiar.

9.- En nuestro ordenamiento jurídico, el reconocimiento de esa relación puede realizarse, respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad, conforme prevé el art. 10.3 LTRHA.

10.- Cuando quien solicita el reconocimiento de la relación de filiación es la madre comitente, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación es la de la adopción. El Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019 acepta como uno de los mecanismos para satisfacer el interés superior del menor en estos casos «la adopción por parte de la madre comitente [...] en la medida en que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que puedan aplicarse con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño».

11.- El «estudio de circunstancias socio-familiares» o «las valoraciones sobre la idoneidad para la cobertura de las necesidades de todo orden del menor» (en definitiva, 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 objeto de la adopción, sino como actuaciones encaminadas a su satisfacción.

12.- En el presente caso, las pruebas ya aportadas y valoradas en este procedimiento pueden contribuir a cumplir el requisito de prontitud en la acreditación de dicha idoneidad (material, afectiva, etc.), junto con la aplicación, en su caso, de la previsión contenida en el art. 176.2.3.º del Código Civil.

13.- La cuestión de la diferencia de edad entre el menor y la madre comitente no se revela como un obstáculo excesivo, habida cuenta de que la diferencia máxima de 45 años entre adoptante y adoptado prevista en la normativa reguladora de la adopción no tiene un carácter absoluto (art. 176.2.3.º en relación al 237, ambos del Código Civil), tanto más cuando los hechos fijados por la Audiencia Provincial revelan la integración del menor en el núcleo familiar y los cuidados de que es objeto desde hace varios años.

14.- Esta solución satisface el interés superior del menor, valorado in concreto, como exige el citado Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales que el citado tribunal también ha considerado dignos de protección, como son los derechos de las madres

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

#### QUINTO .- Costas

No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación que ha sido estimado, y procede condenar al apelante al pago de las costas del recurso de apelación, que resulta desestimado, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

#### FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de 1 de diciembre de 2020, dictada por la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 1274/2019 .

2.º- Casar la expresada sentencia y, en su lugar, acordamos desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. Luis Miguel contra la sentencia 21/2019, de 19 de febrero del Juzgado de Primera Instancia núm. 77 de Madrid .

3.º- No imponer las costas del recurso de casación y condenar al apelante al pago de las costas del recurso de apelación.

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

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

Así se acuerda y firma.

