

# **SENTÈNCIA**

En nom del Poble Andorrà.-

A la vila d'Andorra la Vella, el 12 de setembre del 2017.

Reunida la Sala Civil del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra, sota la presidència del M I. Sr. Joan Manel ABRIL CAMPOY i els Magistrats M.I. Sr. Vincent ANIÈRE i M.I. Sr. Carles CRUZ MORATONES, ha adoptat la resolució següent:

## **ANTECEDENTS DE FET**

I.- Que mitjançant escrit presentat en data 3-11-2016, la representació processal de la Sra. X. formulà demanda d'exequàtur de la sentència dictada en data xx-xx-xxxx pel Tribunal Superior de Z., essent part el Mgfc. Ministeri Fiscal.

En data 29-11-2016 el Mgfc. Ministeri Fiscal manifesta que no s'oposa a la demanda presentada.

II.- Seguidament, per providència de data 9-02-2017 el Tribunal dictà providència requerint a la representació processal de la Sra. X. per que indiqués l'adreça actual de la Sra. J.

Per escrit de data 3-03-2017 la representació processal de la Sra. X. manifesta que desconeix l'adreça actual de la Sra. J.

Finalment, per providència de 23-03-2017 el Tribunal dóna trasllat al Mgfc. Ministeri Fiscal de l'escrit de 3-03-2017 pel que contestés el que estimés convenient al respecte.

En data 4-04-2017 El Mgfc. Ministeri Fiscal manifesta : *“Que com sigui que l'article 48.1 de la Llei transitòria de procediments judicials regula el procediment de l'exequàtur, en ser una norma processal és d'ordre públic i, en conseqüència, d'obligat compliment. Per tant, considera el Ministeri Públic que la pretensió de què es continuï el present procediment sense la compareixença de la senyora J., no pot prosperar, sense perjudici de què en virtut del principi del favor fillii es valori la necessitat de remetre una Comissió Rogatòria a Y. als efectes de poder-se donar una deguda resposta a l'acció exercitada per la part agent.”*

III.- Per Aute de data 31-05-2017 el Tribunal decidí es següent:

*“Procedeix continuar amb la tramitació del procediment d'exequàtur sense que procedeixi emplaçar a la Sra. J. ni lliurar comissió rogatòria internacional. No procedeix efectuar imposició de les costes processals.”*

Seguidament les parts evacuaren els corresponents escrit de rèplica, duplica, proposició de proves i Conclusions, en virtut dels quals la part demandant sol·licita que es declari executòria al Principat d'Andorra la Decisió de Z. de data xx-xx-xxxx, i el Mgfc. Ministeri Fiscal no s'oposa a que es doni lloc al present exequàtur.

Ha actuat com a magistrat ponent el M.I. Sr. Joan Manel ABRIL CAMPOY.

## FONAMENTS DE DRET

I.- Resta acreditat a les actuacions que per sentència, de data 11-07-2006, del Tribunal Superior de Z., es va declarar que la Sra. X. és la mare legal de les nenes nascudes en data xx-xx-xxxx d'una mare de lloguer i com a tal ostenta la custòdia única i total de les referides nenes L. i M.

L'article 49 de la Llei transitòria de procediments judicials exigeix per l'atorgament de l'exequàtur que la resolució compleixi amb els següents requisits:

- . la competència de la jurisdicció que l'ha dictat.
- . la regularitat del procediment seguit davant dita jurisdicció.
- . l'aplicació de la llei competent segons les regles nacionals de conflicte.
- . la conformitat a l'ordre públic nacional i internacional.
- . l'absència de tot frau a la llei nacional

La sentència ha estat dictada pel Tribunal Superior de Z., òrgan judicial competent, atès que les menors van néixer a Y. i són de nacionalitat v., i amb aplicació de la llei v., relativa a la demanda de maternitat interposada per la part agent i el procediment seguit davant la jurisdicció v. s'ha desenvolupat d'acord amb el principi de contradicció i audiència, sense que s'hagi referit l'existència de cap irregularitat.

Resta per analitzar si la sentència de la qual es sol·licita l'exequàtur contravé l'ordre públic nacional o internacional i l'absència de frau a la llei nacional.

II.- L'Estat Y. admet la maternitat subrogada, de manera que una resolució judicial, en el nostre cas la de xx-xx-xxxx, possibilita l'establiment de la maternitat d'una dona quan els nadons han estat gestats per una altra persona, la mare biològica, en virtut d'un contracte entre aquesta darrera i la part agent.

Front a la possible al·legació de l'ordre públic internacional que impedeix la inscripció en el Registre Civil de la filiació per gestació subrogada (com així succeeix a l'Estat espanyol, segons la sentència del Ple del Tribunal Suprem de data 6 de febrer de 2014 i com ha passat a França, obligant el TEDH a canviar la jurisprudència de la Cour de Cassation), aquesta Sala entén que el concepte d'ordre públic inclou aquells principis, entre altres, de caire social, econòmic i jurídic, que informen una concreta societat en un moment determinat, la qual cosa provoca que el concepte d'ordre públic no sigui fix o immutable sinó que varia d'un Estat a un altre i, fins i tot, dins del propi Estat evolucioni al llarg del temps.

Precisament, aquesta relativitat i mutabilitat del concepte d'ordre públic permet entendre com alguns països admeten la gestació subrogada i altres la prohibeixen, tot considerant que la mare només pot ser la biològica i declarant la nul·litat del contracte de gestació subrogada. Esdevé il·lustrativa al respecte la cita de la STEDH Cas Mennesson vs. França, en el que el Tribunal descriu la varietat de solucions dels 35 països signants del Conveni d'Europa:

**“78. La Cour observe en l'espèce qu'il n'y a consensus en Europe ni sur la légalité de la gestation pour autrui ni sur la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants ainsi légalement conçus à l'étranger. Il ressort en effet de la recherche de droit comparé à laquelle elle a procédé que la gestation pour autrui est expressément interdite dans quatorze des trente-cinq États membres du Conseil de l'Europe – autres que la France – étudiés ; dans dix d'entre**

**eux, soit elle est interdite en vertu de dispositions générales ou non tolérée, soit la question de sa légalité est incertaine ; elle est en revanche expressément autorisée dans sept pays et semble tolérée dans quatre autres. Dans treize de ces trente-cinq États, il est possible d'obtenir la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants issus d'une gestation pour autrui légalement pratiquée à l'étranger. Cela semble également possible dans onze autres de ces États (dont un dans lequel cette possibilité ne vaut peut-être que pour le lien de filiation paternel lorsque le père d'intention est le père biologique), mais exclu dans les onze restants (sauf peut-être la possibilité dans l'un d'eux d'obtenir la reconnaissance du lien de filiation paternelle lorsque le père d'intention est le père biologique) (paragraphes 40-42 ci-dessus)".**

Malgrat el que s'acaba d'afirmar, el concepte d'ordre públic d'un país s'ha d'entendre també integrat pel sistema o conjunt de drets i llibertats garantits per la Constitució Andorrana de 1993 i en els convenis internacionals de drets humans que han estat ratificats per Andorra. En aquest sentit, Andorra ha ratificat el Conveni fet a Roma l'any 1950 per a la protecció dels drets humans.

La qüestió que ara ens ocupa ha estat objecte d'estudi per recents resolucions del TEDH que han establert la interpretació que s'ha de donar a l'article 8 CEDH en relació a la protecció de l'infant respecte de les conseqüències de la gestació subrogada.

En efecte, en primer terme, no es pot desconèixer que en el cas present, malgrat l'absència de relació biològica entre la mare i les filles nascudes per maternitat subrogada, fa més de x. anys que la part agent exerceix la seva custòdia i té cura de tots els aspectes que afecten a les

menors, tant des de l'àmbit personal com patrimonial. S'ha de convenir, per tant, que en aquest supòsit concret no hi ha dubte que ens trobem front a una família de fet.

En segon terme, no es tracta d'examinar aquí el dret de la part agent, sinó els efectes que el no reconeixement de la sentència estrangera que reconeix la maternitat de la mare produiria en relació a les menors.

No hi ha dubte que la manca d'inscripció de les menors en el Registre civil del Principat d'Andorra podria generar una situació d'inseguretat jurídica, alhora que afectaria la seva identitat dins de la societat andorrana. I encara més, l'establiment del reconeixement de la resolució judicial estrangera afecta a l'eventual adquisició de la nacionalitat, a la filiació, als drets successoris i, fins i tot, a la legalitat de l'estància del menor al país després de l'assoliment de la majoria d'edat.

El Tribunal Europeu de Drets Humans ha tingut ocasió d'examinar en diferents casos el problema que ara ens afecta.

Els afers Mennesson i Labassée van ser resolts per les SSTEDH de 26 de juny de 2014, mentre que el cas Foulon i Bouvet varen ser objecte de la STEDH de 21 de juliol de 2016.

En els casos Mennesson i Labassée, el TEDH ha entès que no existeix violació de l'article 8 del Conveni Europeu de Drets humans en relació als pares, mentre que sí s'ha produït respecte dels fills per la vulneració del seu dret a la vida privada, tot tenint en compte l'interès superior del menor.

Assevera el TEDH que els Estats signants de la convenció disposen d'un marge d'apreciació important per a considerar allò que és necessari en

una societat democràtica, aquest marge es veu reduït quan es projecta sobre un extrem rellevant de la identitat dels menors, com és la seva filiació. En aquests supòsits, el marge que té l'Estat es veurà habitualment o ordinàriament restringit (STEDH Mennesson vs. France “77. *Elle rappelle que l'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les États varie selon les circonstances, les domaines et le contexte et que la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard (voir, par exemple, Wagner et J.M.W.L. et Negrepontis-Giannisis, précités, § 128 et § 69 respectivement). Ainsi, d'un côté, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation est large. De l'autre côté, lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu, la marge laissée à l'État est d'ordinaire restreinte (voir en particulier, S.H. et autres c. Autriche, précité, § 94”)*.

En canvi, el dret a respectar la vida privada dels menors, que comporta que cadascun d'ells pugui determinar la substància de la seva identitat, comprenent la seva filiació, sí es veu afectat pel no reconeixement de la gestació subrogada:

“99. *Il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire (paragraphe 62 ci-dessus). Il résulte toutefois de ce qui précède que les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la*

*vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant".*

L'any 2016, el Tribunal Europeu de Drets Humans ha analitzat els casos Foulon i Bouvet, resolts per la STEDH de 21 de juliol de 2016.

El TEDH va constatar que el present afer Foulon i Bouvet contra França era similar als casos Mennesson i Labassee i, aleshores, resolts amb el mateix aparell argumental: no s'ha produït la violació de l'art. 8 del CEDH en relació als pares però sí respecte dels fills menors a la seva vida privada.

Recentment, la Gran Sala del TEDH ha dictat una sentència, de data 24-01-2017, Paradiso e Campanelli vs. Itàlia, en el que es planteja la problemàtica de la gestació subrogada quan el material biològic de les parts litigants no ha estat emprat i en el que el propi menor no és recurrent, diferències ambdues substancials. En aquest cas, el menor només havia passat amb els recurrents sis mesos a Itàlia i dos mesos previs a Rússia.

En el present cas, ressurts de les actuacions que les menors L i M. han nascut el x. de xxxx i que la part agent s'ha ocupat de les seves necessitats personals i patrimonials, així com ha exercit la seva custòdia i n'ha tingut cura d'elles durant x. anys i ha establert una via familiar, no solament per l'estreïta dels contactes i la relació sinó perquè també l'agent com a única "progenitora" s'havia ocupat del seu desenvolupament integral des del seu naixement fins ara.

Això, significa que, malgrat l'absència de vincle biològic, a diferència dels casos Mennesson i Labassee, i Foulon i Bouvet, sí es pot tenir per



acreditada la via familiar o la constatació d'una família de fet, en atenció a la durada de la convivència i a la qualitat del llaços afectius establerts.

La jurisprudència del TEDH, recollida a la recent STEDH Cas Paradiso e Campanelli vs Itàlia, sosté que “149. *En dépit de l'absence de liens biologiques et d'un lien de parenté juridiquement reconnu par l'État défendeur, la Cour a estimé qu'il y avait vie familiale entre les parents d'accueil qui avaient pris soin temporairement d'un enfant et ce dernier, et ce en raison des forts liens personnels existants entre eux, du rôle assumé par les adultes vis-à-vis de l'enfant, et du temps vécu ensemble (Moretti et Benedetti c. Italie, no 16318/07, § 48, 27 avril 2010, et Kopf et Liberda c. Autriche, no 1598/06, § 37, 17 janvier 2012). Dans l'affaire Moretti et Benedetti, la Cour a attaché de l'importance au fait que l'enfant était arrivée à l'âge d'un mois dans la famille et que, pendant dix-neuf mois, les requérants avaient vécu avec l'enfant les premières étapes importantes de sa jeune vie. Elle avait constaté, en outre, que les expertises conduites sur la famille montraient que la mineure y était bien insérée et qu'elle était profondément attachée aux requérants et aux enfants de ces derniers. Les requérants avaient également assuré le développement social de l'enfant. Ces éléments ont suffi à la Cour pour dire qu'il existait entre les requérants et l'enfant un lien interpersonnel étroit et que les requérants se comportaient à tous égards comme ses parents de sorte que des « liens familiaux » existaient « de facto » entre eux (Moretti et Benedetti, précité, §§ 49-50). Dans l'affaire Kopf et Liberda, il s'agissait d'une famille d'accueil, qui s'était occupée pendant environ quarante-six mois d'un enfant arrivé à l'âge de deux ans. Là aussi, la Cour a conclu à l'existence d'une vie familiale, compte tenu de ce que les requérants avaient réellement à cœur le bien-être de l'enfant et compte tenu du lien affectif existant entre les intéressés (Kopf et Liberda, précité, § 37).*

150. En outre, dans l'affaire Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg (no 76240/01, § 117, 28 juin 2007) – où il était question de

*l'impossibilité d'obtenir la reconnaissance au Luxembourg d'une décision judiciaire péruvienne prononçant l'adoption plénière de la deuxième requérante au profit de la première requérante – la Cour a reconnu l'existence d'une vie familiale en l'absence d'une reconnaissance juridique de l'adoption. Elle a pris en compte la circonstance que des liens familiaux de facto existaient depuis plus de dix ans entre les requérantes et que Mme Wagner se comportait à tous égards comme la mère de la mineure”.*

En definitiva, es tracta d'efectuar una ponderació entre la negativa al reconeixement d'una sentència dictada a Y. que estableix la maternitat de la part agent per mitjà de la gestació subrogada o declarar l'executorietat de la referida resolució a l'Estat Andorrà.

Si a les consideracions anteriors, favorables a l'existència d'una via familiar àmplia, de qualitat i amb una durada superior als x. anys, malgrat l'absència de vincle biològic, hem d'afegir que l'article 3 de la Convenció de les Nacions Unides, feta a Nova York el 20-11-1989, sobre els drets de l'infant preveu que l'interès superior del menor ha de ser el criteri primordial a adoptar en totes aquelles decisions que afecten als menors. A més, a diferència d'Espanya (art. 10 de la Llei 14/2006, de 26 de maig, de tècniques de reproducció assistida), França (art. 16.7 CC) on es prohibeix la gestació per subrogació i es declara nul el contracte en virtut del qual es pacta aquesta actuació, i a Itàlia on solament s'admet la fecundació in vitro homòloga, a l'ordenament andorrà no existeix una prohibició expressa.

En efecte, l'ordenament andorrà no conté una norma expressa que es pugui invocar per a la defensa de l'ordre públic internacional o per l'al·legació del frau internacional.

Per tant, atès que l'article 13.2 CA ordena als poders públics la protecció de la família i davant l'absència de prohibició en consonància amb el principi prioritari de l'interès del menor recollit a la Convenció de drets de l'infant, i que la negativa al reconeixement en aquest cas, donada la via familiar acreditada durant x. anys, produiria una afectació o ingerència directa en la identitat dels menors i en la seva incardinació a la societat andorrana, al marge de deixar indeterminada la filiació, l'eventual adquisició de la nacionalitat, els drets successoris o el seu estat quan assolissin la majoria d'edat, aquesta Sala considera que, d'acord amb allò previst a l'article 8 de la CEDH i la jurisprudència esmentada, procedeix atorgar el reconeixement a la resolució judicial dictada pel Tribunal Superior de Z. en data xx-xx-xxxx, tota vegada que no s'aprecia, a criteri d'aquest Tribunal cap vulneració de l'ordre públic nacional o internacional ni del frau que obsti l'atorgament de l'exequàtur instat.

III.- No procedeix efectuar imposició de costes processals en el present procediment.

Vistos la legislació vigent i els Usos i Costums aplicables al present cas,

La Sala Civil del M.I. Tribunal Superior de Justícia d'Andorra,

## DECIDEIX

ESTIMEM la demanda d'exequàtur, promoguda per la representació processal de la Sra. X. i declarem executòria a Andorra la sentència del Tribunal Superior de Z., de data xx-xx-xxxx, en la que estableix la maternitat de la part agent respecte de les menors L. i M. No procedeix efectuar imposició de les costes processals.

Així per aquesta nostra resolució, de la qual en serà tramés testimoni a l'Hble. President de la Batllia, per al seu coneixement i als efectes escaients, definitivament jutjant, ho pronunciem, manem i signem.-