



Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2021/2022
Convocatoria: Marzo

INEFICACIA DE LA ADOPCIÓN, CAUSAS Y EFECTOS.

INEFFECTIVENESS OF ADOPTION, CAUSES AND EFFECTS

Realizado por el alumno/a D^a Andrea Padilla Herrera.

Tutorizado por el Profesor/a D. Juan Antonio García García.

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas.

Área de conocimiento: Derecho civil.

ABSTRACT

Adoption is a legal instrument whose purpose is to protect those people, usually minors, who for certain circumstances are abandoned. However, this act has certain characteristics that, if not fulfilled, will transform the bond created into null or ineffective, and although in principle the legislator has provided for the irrevocability of the adoption, this is not always the case.

Throughout this work we will try to expose those most relevant causes for which it is often impossible to constitute an adoption, or that being already constituted, it loses all validity. Although it is true that the legislator has made great efforts to preserve the effects of adoption, these disappear or do not even arise if certain requirements are missing.

From the detailed analysis of the different reasons that display inefficiency to its consequences, in addition to the study of tort liability on the part of the Administration when it is not possible to create the adoption due to its fault, we will try to explain legally how they work. these dysfunctions.

Key Words: adoption, inefficiency, irrevocability, best interest of the minor, declarations of will, tort liability, legal ruling.



RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

La adopción es un instrumento legal cuyo fin es proteger a aquellas personas, normalmente menores, que por determinadas circunstancias se encuentran desamparadas. Sin embargo, este acto presenta ciertas características que si no llegaran a cumplirse transformarían el vínculo creado en nulo o ineficaz, y aunque en principio el legislador ha previsto la irrevocabilidad de la adopción, no siempre es así.

A lo largo de este trabajo se intentarán exponer aquellas causas más relevantes por las cuales muchas veces resulta imposible constituir una adopción, o que, estando ya constituida, pierde toda validez. Aunque es cierto que el legislador ha hecho grandes esfuerzos para preservar los efectos de la adopción, estos desaparecen o ni siquiera surgen si faltan determinados requisitos.

Desde el análisis detallado de las diferentes razones que despliegan la ineficacia hasta las consecuencias de esta, además del estudio de la responsabilidad extracontractual por parte de la Administración cuando por culpa suya no es posible la creación de la adopción, se tratará de explicar jurídicamente cómo funcionan estas disfuncionalidades.

Palabras clave: adopción, ineficacia, irrevocabilidad, interés superior del menor, declaraciones de voluntad, responsabilidad extracontractual, resolución judicial.

ÍNDICE

1. Introducción.....	4
1.1. Concepto de adopción y régimen jurídico aplicable.....	5
1.1.1. Concepto de adopción.....	5
1.1.2. Régimen jurídico aplicable.....	6
2. Distintos tipos de causas de ineficacia en la adopción.....	8
2.1. Irrevocabilidad de la adopción.....	9
2.1.1. Principio de irrevocabilidad.....	10
2.2. Nulidad.....	11
2.2.1. La nulidad por infracción de normas imperativas.....	12
2.2.2. La nulidad por inexistencia de causa verdadera respecto del adoptante.....	13
3. Ineficacia de la adopción en relación a la capacidad para adoptar.....	15
3.1. En función del adoptante.....	15
3.1.1. La declaración de idoneidad.....	17
3.1.2. Ineficacia parcial de la adopción en relación a la exclusión de las funciones tutelares.....	20
3.2. En función del adoptado.....	22
3.2.1. El interés superior del menor.....	24
4. Ineficacia de la adopción fundada en el consentimiento, en el asentimiento y en la audiencia.....	26
4.1. Fundada en el consentimiento.....	27
4.2. Asentimiento.....	29
4.2.1. Necesidad del asentimiento de la madre biológica en la adopción del nasciturus.....	30
4.2.2. Ineficacia de la adopción por la falta de asentimiento de los padres biológicos.....	31
4.3. Audiencia.....	33
5. Análisis jurisprudencial sobre la ineficacia de la adopción.....	34
6. Efectos de la declaración de ineficacia de la adopción.....	45
6.1. Efectos generales de la ineficacia de la adopción.....	45
6.2. La responsabilidad extracontractual de la Administración de Justicia en la ineficacia de la adopción.....	47
7. Conclusiones.....	50
BIBLIOGRAFÍA.....	53

1. Introducción.

Resulta interesante observar cómo a lo largo del tiempo uno de los objetivos primordiales del ser humano es tener descendencia. Y no es para menos, ya que resulta evidente que, si los individuos no tuviesen este hecho como algo primordial, sería imposible preservar la vida tal y como la conocemos, pues nuestra existencia habría perecido hace ya mucho tiempo.

Esta necesidad imperiosa se resuelve normalmente con el alumbramiento de una hija o hijo, que posteriormente pasará a formar parte del núcleo familiar, logrando así salvaguardar la estirpe. Sin embargo, esta no es la única manera que tienen las personas de extender su linaje, porque, aunque sigue siendo hoy en día la más habitual (también la más sencilla) no resulta exclusiva, y es por esto por lo que entra en escena el fenómeno de la adopción.

La adopción es, como poco, una realidad social, y así queda demostrado cuando, en el momento de determinar la filiación, el Código civil establece que esta *“puede tener lugar por naturaleza y por adopción.”*¹ El reconocimiento jurídico que se le da a esta institución es más que notable, ya que no es solo este precepto legal el que la reconoce, sino también numerosas leyes, reiterada jurisprudencia, amplia doctrina e incluso organismos internacionales que implementan esta figura, siendo muy usuales las adopciones transfronterizas.

Sin embargo, aunque se entiende que en principio la adopción es irrevocable, existen una serie de supuestos en los que esta condición se ve alterada. El legislador ha previsto esta posibilidad, que se da con poca frecuencia, pero que aun así puede surgir a raíz de esta compleja práctica jurídica, en la que intervienen numerosos sujetos, y cuyo procedimiento en ocasiones puede resultar tedioso. Pese a ello hay que entender que normalmente están involucrados menores de edad, y que a estos el ordenamiento jurídico les otorga una especial protección, en la que siempre va a primar su interés superior.

Durante el desarrollo de este trabajo se expondrán diferentes nociones sobre la adopción, en las que se incluirán algunos conceptos generales sobre esta, además de indagaciones más profundas que llevarán al conocimiento de las razones por las cuales

¹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889 (en adelante Cc).

una adopción, en principio irreversible, puede terminar transformándose en lo contrario, constituyéndose así una “anomalía” jurídica.

1.1. Concepto de adopción y régimen jurídico aplicable.

1.1.1. Concepto de adopción.

Una de las notas características de la adopción es que, en primer lugar, se trata de un acto legal, siendo esto así porque su constitución se lleva a cabo mediante una resolución judicial, es decir, a través de una sentencia que constituye efectivamente un vínculo filial que previamente no existía. Aquí hay que matizar que el adoptando sí ha tenido previamente una filiación determinada, pues, aunque en ciertos casos sea desconocida, esta ha debido surgir en algún momento, pero la que se instituye ahora es otra distinta a la que antes había.

A grandes rasgos, puede definirse la adopción como el sistema creado para que un menor se inserte en una unidad familiar distinta a la suya, con el objetivo de una completa integración familiar, que se parezca lo más posible a la que hubiese tenido, en circunstancias normales, por naturaleza. Las razones que hay tras este hecho son variadas, pues, aunque hace unos años existían motivos más tradicionales, por ejemplo, prolongar la descendencia y poder asegurar de esta manera una especie de “legado”, a día de hoy priman intereses mucho más importantes, relacionados con el bienestar del futuro miembro de la familia. Sin embargo, a pesar de esto último, aún son muchas las personas que optan por este medio para hacer realidad sus deseos de convertirse en progenitores.

Actualmente es difícil imaginar que pueda existir diferencia alguna entre el descendiente que se ha constituido por adopción y entre el que lo ha sido por naturaleza, pues el legislador se ha ocupado de dejar muy claro que ambos tipos de filiación despliegan iguales resultados, lo que significa que ante la ley recibirán el mismo trato. Para constatar su voluntad de no otorgar trato de favor de uno sobre otro, el artículo 108 Cc establece que “la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.” De este modo no se genera ningún atisbo de duda respecto a ello, ya que “la integración familiar buscada sólo es posible si existe esa estabilidad propia de la filiación por naturaleza.”

Tratar de constreñir un concepto tan amplio en unos pocos párrafos supone una ardua tarea. Son muchas las nociones que engloban el fenómeno de la adopción, y es precisamente por ello por lo que es de vital importancia tratar de resumir los puntos más relevantes:

- Es, ante todo, un acto legal. El legislador ha previsto los mecanismos necesarios para que su formalización se realice con arreglo a la ley, dotándolo así de la seguridad jurídica necesaria.
- La adopción, como institución legal, consiste en crear una nueva determinación de la filiación entre sujetos que hasta antes del nacimiento de dicho vínculo no tenían ningún tipo de relación entre sí.
- Los efectos de la filiación por adopción no difieren en absoluto de aquellos que surgen de la filiación por naturaleza. Ambas formas otorgan a sus titulares los mismos derechos.

1.1.2. Régimen jurídico aplicable.

Teniendo en cuenta estas singularidades, el ordenamiento jurídico español ha dotado a esta institución de un notable reconocimiento, siendo numerosas leyes, reiterada jurisprudencia, amplia doctrina e incluso organismos internacionales los que reconocen e implementan esta figura. Pero para poder entender la importancia que tiene la adopción en nuestro país resulta necesario tener claro cómo opera la normativa que se aplica a este fenómeno y también, las reformas que lleva aparejadas, siendo estas últimas de gran relevancia al haber sentado las bases que constituyen hoy la adopción.

Esta institución fue regulada formalmente por primera vez en el Código civil de 1889, es decir, en su redacción original ya estaba contemplada la adopción, pero en esa época no poseía aún la importancia que casi un siglo después se le otorgó con la reforma practicada por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción², con la que “culminó el cambio de paradigma de la adopción y diseñó el régimen jurídico

² Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1987.

sobre el que se ha construido su actual regulación.”³, ya que en relación a esta regla se conforma el actual régimen jurídico del Código civil, que dedica los artículos 175 a 180 a la adopción y otras formas de protección de menores.

En suma, la adopción ha sido transformada, básicamente, por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor⁴ y por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia,⁵ y en cuanto al procedimiento, es importante la actuación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria⁶, que con su nueva redacción ha introducido los artículos 33 a 42, modificando así el expediente de jurisdicción voluntaria sobre adopción y a su vez, el artículo 781 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.⁷

Esta serie de leyes ponen de manifiesto, entre otras cosas, por un lado, que la regulación principal de la adopción se encuentra en el Código civil, y que, gracias a ellas, se han llevado a cabo reformas importantes relacionadas con la figura de la adopción. Si se hace un análisis minucioso del camino seguido por el legislador para regularizar este acto, puede observarse que “ha dejado de ser considerado un negocio jurídico de derecho de familia para concebirse como un acto de autoridad perteneciente al derecho público”⁸, ya que las conveniencias particulares que puedan tener las personas interesadas en constituir una adopción quedan en un segundo plano frente a la primacía del beneficio del adoptando.

Las autoridades legislativas se han esforzado en crear un procedimiento familiar con especialidades, cuya regulación incluida en el Libro IV de la LEC (de los procesos especiales) deja al descubierto la avidez del Estado de transformar la constitución de la adopción en un instrumento público, pues, en esencia, la normativa trata de acotar lo más posible la libre disposición de los individuos. También hay que resaltar que se reguló con mucha más profundidad la capacidad de los adoptantes, además de incorporar una

³ MAYOR DEL HOYO, M.^a. V.: *op. cit.*, pág. 19.

⁴ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

⁵ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

⁶ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015 (en adelante LJV).

⁷ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. BOE núm. 7, de 8 de enero del 2000 (en adelante LEC).

⁸ GESTO ALONSO, B.: *El procedimiento de adopción*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 16.

definición de la idoneidad para adoptar. Estos cambios tratan de concordar con la realidad social, la cual se transforma continuamente y precisa de constantes actualizaciones para estar al día.

Considero importante realizar aquí una breve referencia a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional⁹, pues “el aumento creciente de menores extranjeros adoptados por españoles o residentes en España son las razones aducidas por el legislador a los efectos de justificar esta ley.”¹⁰ Cada vez son más los progenitores que optan por recurrir a este método, que implica ir más allá de las fronteras nacionales para “amparar a niños desprotegidos facilitándoles la integración en otras familias distintas a las naturales, radicadas en países diferentes a los de origen.”¹¹ Resulta evidente la obligación que tiene el Estado de normativizar este tipo de procesos, que operan en el tráfico jurídico continuamente, pues cada vez son más las personas que deciden elegir la adopción internacional como medio para incorporar un nuevo integrante al núcleo familiar.

2. Distintos tipos de causas de ineficacia en la adopción.

Tanto el legislador, así como amplia doctrina y jurisprudencia han tratado de constituir una estructura jurídica que confiera a la adopción la máxima estabilidad posible. Tal y como establece GESTO ALONSO, “el carácter irrevocable de la adopción impide que el vínculo adoptivo pueda extinguirse”¹², lo que no impide que una adopción que se haya constituido previamente tenga la capacidad de ser impugnada, y, por lo tanto, devenir ineficaz.

Así pues, es importante tener en cuenta que, aunque la legislación y demás normativa referente a esta figura han intentado dotarla de inamovilidad, si concurriera causa para ello, no existiría rémora alguna para poner en marcha los mecanismos legales que convertirían a la adopción en infructuosa, si así lo exigiesen las circunstancias. Toda

⁹ Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional. BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007.

¹⁰ PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: “La adopción”, en AA.VV. (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., Dir.): *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, 5ª ed, Ed. Edisofer, S.L., Madrid, 2016, pág. 470.

¹¹ MÉNDEZ PÉREZ, J.: *La adopción. Comentarios a la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas con jurisprudencia*. Ed. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 27.

¹² GESTO ALONSO, B.: *op. cit.*, pág. 207.

regla tiene su excepción, o excepciones en este caso, y por supuesto la adopción no iba a ser menos, porque, aunque se han realizado muchos esfuerzos para blindar la adopción, ciertas peculiaridades han encontrado la manera de transgredir la norma general de su inalterabilidad.

2.1. Irrevocabilidad de la adopción.

“La irrevocabilidad manifestada por el artículo 180, 1.º CC significa que el estado civil creado por la adopción no puede quedar al arbitrio de un cambio de voluntad o resolución unilateral”¹³. Tal institución debe equipararse a la filiación por naturaleza para que en ningún momento se pueda dudar de que ambas son igualmente efectivas y que gozan de la misma categoría jurídica. Esto se ha conseguido, esencialmente, fomentando la estabilidad de la filiación adoptiva, impidiendo así que por motivos totalmente injustificados resulte desvirtuada. A día de hoy, siquiera pensar que un hijo adoptivo no tiene los mismos derechos que uno que no lo es resultaría inviable, lo que ha sido posible gracias a la labor legal y jurisprudencial aplicada a esta institución a lo largo de su historia.

La irrevocabilidad promueve la protección del vínculo adoptivo, y es esta tan intensa que, por ejemplo, incluso aunque se diese la circunstancia de que se lograra determinar la verdadera filiación del adoptando que tuviese la condición de ser hijo de padres desconocido, este hecho no provocaría la pérdida de su condición de hijo adoptivo del correspondiente adoptante. De este supuesto puede desprenderse claramente que la revocación de la adopción sólo operará en supuestos muy concretos tasados en la ley.

El carácter irreversible, en principio, que se desprende de la adopción tiene en parte su origen, además de en la equiparación a la filiación por naturaleza, en que históricamente esta institución pertenecía al Derecho privado y prácticamente se regulaba en su totalidad mediante esta normativa. Sin embargo, con el paso de los años comenzó a prevalecer sobre las voluntades particulares el interés superior del menor, lo que llevó a que este negocio jurídico adquiriese matices de Derecho público para proteger este estadio, en el sentido de que se hace necesaria la firmeza de una resolución judicial para que el adoptando efectivamente se constituya como tal.

¹³ VELA SÁNCHEZ, A.: "Irrevocabilidad, nulidad y extinción de la adopción". ADC, tomo LXX, 2017, fasc. III, p. 1204.

Siguiendo el sentido de las palabras de VELA SÁNCHEZ, “hay que señalar que esta irrevocabilidad de la adopción tiene lugar desde el mismo momento en que recae el auto firme constitutivo de la misma”¹⁴, ya que “constituida judicialmente la adopción no se puede revocar el consentimiento prestado por ninguno de los sujetos intervinientes en el expediente de la adopción.”¹⁵ Me parece importante resaltar que a raíz de las nociones que expresa el profesor, puede entenderse que la irrevocabilidad va de la mano con la seguridad jurídica otorgada por el veredicto judicial, y que no podríamos hablar de la primera sin el segundo.

2.1.1. Principio de irrevocabilidad.

El principio de irrevocabilidad en la adopción es un postulado que tiene como objetivo fijar la estabilidad y durabilidad de esta figura jurídica. Como se ha señalado anteriormente, aunque su normativa está ubicada en la esfera privada del derecho, posee la relevancia pública suficiente como para que el poder legislativo haya tomado la decisión de “acorazarla”. No se habla aquí de un negocio jurídico cualquiera, sino del surgimiento del “estado de familia, consecuencia lógica creada al amparo de la irrevocabilidad.”¹⁶

En el pasado la adopción de un niño normalmente constituía la materialización de una ambición personal. La imposibilidad de abundantes matrimonios de concebir naturalmente convirtieron la adopción en un potente recurso de prolongación del legado familiar, posibilitando a muchas familias continuar con su descendencia, pero, por otra parte, también es cierto que en muchos casos al hijo adoptado no se le otorgaban los mismos derechos y privilegios que a aquellos que lo eran naturales. Hoy en día esto devendría imposible, pues, por un lado, la adopción ya no tiene como fundamento hacer realidad intereses puramente individuales, y por otro, es inconcebible (e incluso ilegal) el favorecimiento de un descendiente sobre el otro por el simple hecho de haberse constituido como tal al haber habitado, o no, en el seno materno.

Una de las razones por la cual se otorgó especial protección a la adopción fue porque se quería garantizar la equiparación de ambos tipos de filiación (recordemos que el artículo 108 Cc resalta que tanto la una como la otra surten los mismos efectos). Los

¹⁴ VELA SÁNCHEZ, A.: *op. cit.*, pág. 1204.

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ *Idem.*, pág. 1203.

efectos de la que se crea mediante la adopción no difieren en absoluto de aquellos que surgen de la filiación por naturaleza, ya que ambas formas otorgan a sus titulares los mismos derechos. De este fundamento se deduce “la finalidad de asegurar al adoptando una estabilidad esencial para su desarrollo y formación.”¹⁷

Lo relativo al propósito de solidez que emana de la coraza normativa de este instituto tiene que ver con el hecho de que aquellos sujetos cuyo deseo es incorporar al núcleo familiar un nuevo miembro tienen que estar completamente seguros de su voluntad. La Administración de Justicia, consciente de la volatilidad de las aspiraciones de los seres humanos prefiere “cubrir las espaldas” al procedimiento, y por ello ha establecido una protección jurídica que se traduce en que “una vez constituida la adopción, nadie en absoluto puede dar marcha atrás, revocando su primera voluntad, sea cual sea la causa, incluido el arrepentimiento.”¹⁸

En suma, es por todas estas razones por las que deviene necesaria esa característica irrevocable de una institución como la adopción, porque sería inviable dejar al arbitrio de los particulares algo tan importante como el destino de un menor, sobre todo teniendo en cuenta la especial protección que a este se le brinda. Muy acertadamente VELA SÁNCHEZ dispone que “este postulado de la irrevocabilidad de la adopción es tan firme legalmente, que no habrá más excepción que la extinción de la adopción mediante el cumplimiento estricto de los presupuestos establecidos por el artículo 180. 2.º Cc.”¹⁹

2.2. Nulidad.

Aunque se ha venido reiterando constantemente el perfil no revocable de la adopción, ello no impide que esta pueda configurarse como nula cuando convergen distintas causas para ello. En Derecho civil un acto jurídico es considerado como nulo cuando carece de alguno de sus elementos esenciales, que son, causa, objeto y consentimiento, y aunque si bien es cierto que no se está aquí ante, por ejemplo, un contrato de compraventa o el otorgamiento de un testamento, en determinados aspectos la adopción guarda similitud con este tipo de negocios. Tal y como establece la STS de

¹⁷ Disponible en <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/> (fecha de última consulta 11 de febrero de 2022).

¹⁸ ALONSO CRESPO, E.: *Adopción nacional e internacional. Panorámica procesal y sustantiva, incluida la intervención de los padres biológicos*. Ed. La Ley, Madrid, 2004, pág. 248.

¹⁹ VELA SÁNCHEZ, A.: *op. cit.*, pág. 1205.

18 de enero de 2011, “la figura de la nulidad es plenamente aplicable a cualquier campo del derecho”²⁰, y es por esto mismo que puede entenderse que, aunque si bien es cierto que la adopción tiene una gran trascendencia pública, no deja de ser un acto legal mayoritariamente marcado por su categoría civilista.

La condición de nulidad de esta institución no se encuentra específicamente regulada en la legislación propia de esta materia, pero puede extraerse su aplicabilidad, primero, por lo dicho anteriormente respecto a la aplicación de la teoría general sobre ineficacia de los actos y negocios jurídicos, y por otro, porque el artículo 180 Cc, aunque se refiere principalmente a irrevocabilidad, “no excluye que pueda ser solicitada la invalidez de una adopción mediante el ejercicio de la correspondiente acción de nulidad”²¹. Debemos matizar aquí que lo que recoge este precepto es, esencialmente, la posibilidad de extinguir la adopción.

La resolución judicial que constituyó la adopción parte de unos presupuestos que están viciados, lo que ha producido un defecto insubsanable que transforma en nulo el trámite legítimamente constituido. Existen una serie de actos o causas llevadas a cabo por los sujetos involucrados en el proceso adoptivo que hacen que se produzca esta cualidad, y que revierten los resultados producidos hasta ese momento.

2.2.1. La nulidad por infracción de normas imperativas.

Para encarar aquella nulidad que es producida por la contravención de normas imperativas, es decir, normas cuyo cumplimiento es estrictamente necesario para que pueda llevarse a cabo correctamente el acto jurídico que se quiere producir es necesario citar el artículo 6.3 Cc, del que se deriva la nulidad de los actos contrarios a normas imperativas. Tal disposición está íntimamente ligada al artículo 175 Cc, el cual básicamente viene a enumerar una serie de condiciones que deben cumplirse para que el procedimiento de adopción pueda desarrollarse y, en su caso, culminar, desplegando todos sus efectos.

Amplia jurisprudencia señala muy concienzudamente el carácter nulo de esta figura si se diese el caso de que se está llevando a cabo con contrariedades de la ley. Por ejemplo, la STS de 21 de septiembre de 1999 expone que “el efecto de la contravención

²⁰ STS (Sala de lo Civil) de 18 de enero de 2011 (rec. núm. 228/2007).

²¹ GESTO ALONSO, B.: *op. cit.*, pág. 231.

a una norma imperativa no es otro que la nulidad de pleno derecho”²², declaración que recoge manifiestamente el mandamiento que ha venido prevaleciendo en los diferentes autos y sentencias que a lo largo de los años se han dictado por el poder judicial.

No obstante, aunque más adelante se analizarán en profundidad cuáles son estas reglas que, si de alguna manera tuvieran lugar, darían como resultado esa nulidad radical y absoluta, es importante realizar en este momento una breve referencia a ellas en términos más generales, sobre todo para aclarar que una de las formas mediante las cuales la adopción puede devenir completamente nula es cuando esta dimana incoherente respecto a la normativa actual.

2.2.2. La nulidad por inexistencia de causa verdadera respecto del adoptante.

A pesar de lo que pudiera pensarse en el pasado, esto es, que la adopción era el fruto de la voluntad de aquellos sujetos que por alguna razón no podían (o no querían) tener hijos propios, o ya teniéndolos, deseaban ampliar el núcleo familiar, a día de hoy no es posible que sea el único motivo para adoptar una niña o un niño, ya que este complejo trámite y sus consiguientes resultados van más allá de cualquier aspiración personal.

El adoptante o adoptantes que tengan el propósito de convertirse en progenitores mediante este modo tienen la obligación de comprender lo que conllevan sus acciones presentes y futuras y ser conscientes de que están comprometiéndose a hacerse cargo de un ser humano cuya situación no es habitual. La finalidad fundamental de la adopción es proporcionar al menor una nueva familia en la que integrarse y desarrollarse como persona, ya que por determinadas circunstancias no ha podido hacerlo en la suya propia.

Sin embargo, estas características especiales a las que se hace mención deben orientarse sobre todo a los futuros padres, y no tanto a los adoptados, aunque sea bien cierto que nadie puede negar que estos últimos también necesitan de unos cuidados y atenciones más específicas, si cabe, que aquellas que recibe un infante que ha nacido y que se ha criado en su propia unidad familiar.

A colación de todo esto debemos alegar aquella nulidad que aparece cuando los individuos que están dispuestos a introducirse en el procedimiento de adopción no

²² STS (Sala de lo Civil) de 21 de septiembre de 1999 (rec. núm. 2854/1994).

albergan el verdadero ideal de proporcionar a su futuro hijo el objetivo principal de este acto jurídico, que es, fundamentalmente, dotarlo de una base sólida en la que primen la seguridad, la tranquilidad y la certeza de podrá desarrollarse adecuadamente en todas sus facetas.

En palabras de VELA SÁNCHEZ, y de numerosa jurisprudencia del Alto Tribunal, esta institución es entendida “como un instrumento primordial para una verdadera integración familiar”²³, lo que viene a significar que no puede pretenderse una adopción que tenga otro fin que no sea este. Sería impensable que el Ordenamiento Jurídico permitiera que en un Ordenamiento como el nuestro se pudiesen crear vínculos filiales que ocultaran intenciones de otra índole que no sean aquellas encaminadas a salvaguardar el confort del menor.

Pese a que son los rasgos jurídicos los que sobre todo marcan la personalidad del proceso adoptivo, también es importante atender a su carácter ético, el cual traza el camino a seguir para garantizar el correcto funcionamiento de la maquinaria burocrática encargada de su desenvolvura. En relación a esto, cualquier hecho que consista en algo diferente al favorecimiento real del infante supondrá su completa invalidez, ya que tal y como asevera la SAP de Córdoba de 13 de febrero de 2014, la adopción “debe estar informada por el criterio del beneficio del adoptado, que ha de prevalecer siempre frente a los intereses del adoptante.”²⁴

En definitiva, la configuración de la relación entre adoptante y adoptado puede pasar de ser, en un principio, perfectamente posible a convertirse en prácticamente inexistente si se constata que las intenciones del primero no concuerdan con el verdadero propósito que aloja este instituto, ya que todas las personas que quieran formar parte de esta deberán traer consigo una causa verdadera que coincida con la intención de “crear un vínculo familiar, emocional y relacional que se prolongará más allá de la mayoría de edad del adoptando...”²⁵

²³ VELA SÁNCHEZ, A.: “La nulidad de la adopción por consentimiento viciado o por inexistencia de causa verdadera respecto del adoptante”. Diario LA LEY, nº 9881, de 29 de junio de 2021.

²⁴ SAP de Córdoba (Sección 2ª Civil) de 13 de febrero de 2014 (rec. núm. 340/2013).

²⁵ AAP de Madrid (Sección 24ª Civil) de 8 de julio de 2009 (rec. núm. 510/2009).

3. Ineficacia de la adopción en relación a la capacidad para adoptar.

En el proceso de adopción intervienen fundamentalmente dos sujetos: el adoptado y el adoptante. La relación entre ambos, en caso de que resulte satisfactorio el procedimiento, el culminará con la creación de un vínculo filial que dará lugar a “la incorporación de una persona a una familia que no es la suya”²⁶.

En el artículo 175 Cc se encuentran enumeradas unas condiciones personales que tendrán que reunirse por ambas partes, y consiguientemente, controlarse por el órgano judicial encargado de verificar que efectivamente se reúnen las exigencias requeridas por la ley para constituirla exitosamente.

Ambos sujetos (adoptante y adoptado) deben cumplir con una serie de condiciones legalmente estipuladas, que, en caso de no darse, impedirán la correcta constitución de la adopción, declarando esta ineficaz, y, en consecuencia, inexistente, por lo que ese nexo que había intención de crear en un principio ni siquiera podrá originarse. Teniendo esto en cuenta es conveniente conocer cuáles son esas singularidades que, en ocasiones, ni siquiera permiten el nacimiento de esa nueva filiación.

3.1. En función del adoptante.

El adoptante es aquel individuo que tiene como objetivo que la Administración le permita instituir una filiación diferente a la erigida biológicamente, esta es, la adoptiva. La finalidad principal que le motiva es, o al menos debería ser, la de proporcionar a un menor la posibilidad de crecer y desenvolverse en un entorno seguro y adecuado para él, cubriendo sus necesidades y dotándolo de todo aquello que pueda requerir para su completo y funcional desarrollo.

En primer término, algo que debe quedar claro es que el adoptante, para poder proponerse como tal, debe tener plena capacidad de obrar y no estar especialmente inhabilitado por resolución judicial, ni total ni parcialmente. Ello puede resultar obvio, pues toda persona que pretenda ejercer deberes y/o cumplir con obligaciones necesita tener las aptitudes suficientes para afrontar correctamente cualquier trámite en derecho

²⁶ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *GPS Derecho de Familia*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 289.

en el que pueda verse envuelta, e indudablemente, en la adopción no iba a ser menos, sobre todo si se atiende a su importancia jurídica.

Partiendo de estas consideraciones generales, las reglas en esta materia también recogen una serie de postulados especiales que deberá cumplir el adoptante que desee ser parte en el transcurso del procedimiento. Así pues, el atributo de la edad es uno de los más cruciales, solo pudiendo adoptar, por regla general, los mayores de veinticinco años, habiendo una diferencia mínima de edad entre ambas partes de dieciséis años y una máxima de cuarenta y cinco, salvo excepciones (cfr. artículo 175.1 Cc).

Cabe poner de relieve que cuando se pretende conformar una adopción conjunta o dual, es suficiente con que uno de los miembros de la pareja cumpla con la obligación de la edad mínima y máxima, y que en aquellos casos en los que no sea necesario el requisito de la idoneidad por incluirse en los postulados del artículo 176.2 Cc tampoco será preciso que se establezca la diferencia mínima de edad.

La infracción de este mandato puede suponer la nulidad de la adopción que se haya formado sin haber atendido a tal hecho, lo cual significa que se está ante una “nulidad *in radice*, no convalidable ni subsanable, conforme al aforismo *in vitiosum ab initio non potest*.”²⁷ A aquellos adoptantes que carezcan de esta capacidad no les será posible formar parte de este proceso válidamente, y, en consecuencia, no va a ser viable que se presenten como sujetos interesados en este.

Además de estas particularidades, el legislador ha impuesto una serie de prohibiciones que son de inexcusable observancia, distinguiendo entre relativas y absolutas. En palabras de MAYOR DEL HOYO, las de carácter relativo, sólo impiden el acceso a la adopción respecto de una persona concreta; mientras que las de carácter absoluto, imposibilitan adoptar en general, es decir, a cualquier persona.²⁸

Las interdicciones de carácter relativo aluden a la imposibilidad de instaurar filiación adoptiva con un descendiente, con un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad o con un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela (cfr. artículo 175.3 Cc).

²⁷ SAP de Barcelona (Sección 12ª Civil) de 14 de febrero de 2001 (rec. núm. 1045/2000).

²⁸ MAYOR DEL HOYO, M.ª. V.: *op. cit.*, pág. 77.

Estas clases de “vetos” están previstas, por un lado, por la incoherencia que se extrae de pretender adoptar a una persona que de alguna manera ya está determinada como pariente, ya sea por naturaleza o por adopción, en caso de los dos primeros supuestos, y porque existen otros mecanismos legales previstos para ello.

Por otro lado, la tercera disposición, que señala la inviabilidad de constituir al pupilo como adoptado, su fundamento no es otro que el que se basa en que cabe la posibilidad de que el tutor quiera evitar mediante esta vía el control del juez sobre los bienes de su tutorando. Sin embargo, tal y como establece el Código civil, una vez se haya verificado que no son estas sus intenciones, sí se podrá proceder a la adopción.

Las prohibiciones absolutas impiden la adopción en su totalidad a cualquier persona que pueda incluirse en ellas. Son básicamente dos: hallarse privado o suspendido en el ejercicio de la patria potestad y haber sido removido de un cargo tutelar. El Ordenamiento Jurídico es plenamente consciente del alcance que tiene la protección que se le debe otorgar a la niña o niño adoptado, y en aras de esta, resultaría contradictorio permitir que aquellos sujetos que han demostrado su ineptitud a la hora de hacerse cargo de menor sean posibles candidatos para adoptar a otro.

Todas estas circunstancias, relevantes para la adecuada constitución de una adopción, no son las únicas a tener en cuenta para valorar la suficiencia de los adoptantes. La Administración Pública y la autoridad judicial son responsables de examinar, además de los pormenores analizados anteriormente, todas las especialidades que rodean a los que podrían convertirse en futuros padres, así como su situación personal, familiar, económica, etc. Entra aquí en juego la conocida como “idoneidad”.

3.1.1. La declaración de idoneidad.

Tal y como reza el artículo 176.3 Cc, *“se entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción.”* Esta institución tiene como meta esencial garantizar la protección del adoptado, por lo que una de sus principales premisas es asegurar que las personas o persona que vayan a encargarse de él dispongan de unas características especiales.

Prácticamente toda la regulación en materia adoptiva manifiesta la gran envergadura que tiene la idoneidad o inidoneidad de aquellos que persiguen introducirse en el proceso. Aunado a esto, es indispensable citar aquí la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, que en su texto predica explícitamente esta tesis, expresando que “los Estados Parte [...] velarán porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán [...] que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales.”²⁹

El estudio de la idoneidad para adoptar tiene como fin principal la valoración social y psicológica de la familia, cuyo éxito se traducirá en la comprobación de que efectivamente esas personas son adecuadas para llevar a cabo su proyecto adoptivo y que podrán hacer frente a las necesidades específicas del menor de forma apropiada. Tal evaluación supone un proceso de detallada inspección en las distintas facetas de la vida de las personas que se ofrecen para adoptar.³⁰ Por medio de esta diligencia el legislador, una vez más, tiene la intención de fortificar el instituto de la adopción, asegurando de esta manera que el niño será introducido en un entorno seguro.

Fundamentalmente se trata de cerciorarse de que los futuros padres poseen aquellas cualidades sin las que sería inviable ejercer la patria potestad, los derechos y deberes que estos tienen sobre sus hijos. A fin de cuentas, la institución de la adopción pretende asemejarse lo más posible a la filiación por naturaleza, pues intenta edificar “una relación paterno-filial entre personas entre las que previamente dicha relación no existía.”³¹

Con relación a las causas de ineficacia de este hecho jurídico, es evidente que, si tras el correspondiente análisis, aquellos que solicitan su inicio no reúnen los requisitos estipulados, dicho acto no podrá ni siquiera originarse. De todas las reglas que son de inexcusable observancia, la idoneidad de los adoptantes es una de las más relevantes, porque, aunque indudablemente existen otras normas que asimismo deben tenerse en

²⁹ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

³⁰ Disponible en <https://serviciosociales.jcyl.es> (fecha de última consulta: 22 de febrero de 2022).

³¹ AAP de Guipúzcoa (Sección 1ª Civil) de 13 de noviembre de 1998 (núm. rec. 1231/1998).

cuenta para constituir una adopción ajustada a la legalidad, es esta la que determina en muchas ocasiones que finalmente sea factible.

La declaración de idoneidad, junto con el escrito de propuesta, es uno de los trámites previos que debe realizarse para dar comienzo al proceso adoptivo. De este modo, primero la Entidad Pública y después el órgano judicial corroboran que el candidato que aspira a convertirse en padre o madre adoptivo no solo es suficiente, sino que posee las capacidades indispensables para incluir a un niño adoptado en su núcleo o para crear desde cero una unión familiar.

Antes de que el juez entre a valorar si realmente concurren los caracteres necesarios en la parte adoptante, previamente ya se ha creado un expediente administrativo en el que distintos profesionales no vinculados al ámbito jurídico (psicólogos, trabajadores sociales, etc.) han dado el visto bueno. De lo anteriormente expuesto, puede extraerse el doble control diseñado por la legislación para verificar que los resultados de los informes sobre la situación de los adoptantes arrojan un resultado positivo.

En tal sentido, ya se ha podido advertir que lo común en el inicio del proceso de adopción es que la propuesta previa, al igual que la declaración de idoneidad, son incorporadas por el ente público responsable.

Aún así, el Código civil recoge excepciones a esta regla general, entendiéndose que no hará falta la propuesta previa, y consecuentemente, el requisito de idoneidad, cuando se den las siguientes circunstancias: ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad, ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo o ser mayor de edad o menor emancipado (cfr. artículo 176.2 Cc, segundo párrafo).

Se permite aquí prescindir de este trámite, ya sea, en palabras de GUTIÉRREZ SANTIAGO, “bien por la relación del adoptante con los padres del adoptado, bien por su relación familiar o legal con el adoptado, o bien en atención a las propias circunstancias personales de este último.”

En relación a estas implicaciones, podrían suscitarse dudas acerca de por qué aquellos que tienen la oportunidad de quedar incluidos en estos supuestos no son sometidos al minucioso examen psicosocial que sí deben soportar las personas que comienzan este viaje desde cero, y que no tiene conexión alguna con el menor. La explicación más lógica está basada en el hipotético nexo de confianza que supuestamente ya existía, y en la madurez emocional que se asume que tiene el menor emancipado y el mayor de edad.

Quizás para muchos estas razones no tienen base sólida sobre la que sostenerse, pero de momento al legislador le resultan más que suficientes, pues si fuera al contrario no se permitiría adoptar de esta manera. En estos casos la idoneidad se presume, es decir, se da por hecho que estos posibles adoptantes cuentan con ella, con la que se exige en la adopción.

En síntesis, aun cuando la inidoneidad no puede ser considerada oficialmente como una causa de ineficacia de la adopción, resulta interesante observar su notoriedad en el proceso adoptivo y como de cierta manera se infiere que su ausencia provoca que sea casi inalcanzable la constitución de este vínculo. Igualmente hay que tener en cuenta que ser idóneo no siempre se corresponde con el virtuoso ejercicio de la paternidad que debe llevarse a cabo posteriormente.

3.1.2. Ineficacia parcial de la adopción en relación a la exclusión de las funciones tutelares.

Eventualmente, a pesar de haberse tomado todas las precauciones posibles, surgen comportamientos en los adoptantes por los cuales deben tomarse medidas muy drásticas consistentes en privarlos de la patria potestad que les ha sido asignada, además de otros derechos que les corresponden por la filiación adoptiva que se ha creado.

Nuestro Derecho pone así de manifiesto una sanción contra la parte activa en el proceso, que se traduce en, por un lado, la exclusión de las funciones tutelares, quedando el progenitor adoptivo privado de potestades presentes y futuras, y, por otro, de la exclusión de otros derechos que le correspondan respecto del adoptado o de sus descendientes (cfr. artículo 179.1 Cc). Acogiendo el punto de vista de GESTO ALONSO, se trata de un “castigo” que cesa los efectos de la adopción a través de la impugnación de las acciones que vienen ejerciendo los ya declarados como padres.

Se trata de una previsión del legislador que, entre otros objetivos, tiene como fin aclarar una vez más que ambas filiaciones tienen los mismos efectos, y a pesar de que con carácter general, el Código recoge en el artículo 170 Cc la privación de la patria potestad en relación al vínculo biológico, no se ha dejado pasar la oportunidad de instaurar en el artículo 179, tal y como plasma la visión de MAYOR DEL HOYO, que cuando se trata de una situación familiar creada por la adopción, no solo habrá privación de la patria potestad, sino también de otros derechos.³²

Esta situación de exclusión se hará realidad si se comprueba que se han infringido los deberes recogidos en el artículo 154 Cc, postulado que viene a enumerar básicamente las facultades que la Ley considera innatas para el ejercicio de la patria potestad. Para poder contrastar que efectivamente se ha vulnerado la responsabilidad parental, se requieren “una imputación basada en datos contrastados y suficientemente significativos”³³, ya que como resulta obvio, el órgano judicial habrá de acreditar fehacientemente que la sanción que se pretende imponer a la parte adoptiva no se estriba sobre argumentos infundados.

Es de vital importancia subrayar que la concurrencia de este hecho no lleva aparejada la extinción de la adopción, salvo en el supuesto de que haya lugar a una nueva³⁴. El adoptante en principio sigue siendo madre o padre del adoptado, y ello significa que no podrá despojar a su hijo ni de la relación afectiva que se supone que ha nacido entre ambos, ni tampoco de los cuidados que le han de ser dispensados, es decir, no es correlativo que la parte adoptada pierda sus derechos sobre el adoptante por razón de que esta última ya no tenga los suyos.

Los efectos derivados de la exclusión se desplegarán a partir de la firmeza de la resolución judicial, y la solicitud que da inicio a este trámite podrá ser instada por el Ministerio Fiscal, el propio adoptado o su representante legal (cfr. artículo 179.1 Cc). Si se diera el caso de que el adoptado cuenta con plena capacidad de obrar, la petición sólo podrá ser rogada por él (cfr. artículo 179.2 Cc), pues se entiende que cuenta con la

³² MAYOR DEL HOYO, M.^a V.: *op. cit.*, pág. 403.

³³ STS (Sala de lo Civil) de 10 de noviembre de 2005 (núm. rec. 1540/1999).

³⁴ El artículo 175.4 del Código civil prevé esta posibilidad cuando manifiesta expone que “[...] cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, será posible una nueva adopción del adoptado.” En este caso, se extinguirá el vínculo que existía con el adoptante anterior.

autonomía suficiente como para no necesitar que nadie lo haga en su lugar, y porque jurídicamente tiene plenas competencias para ello.

Por último, para concluir con esta “especial” ineficacia, cabe la posibilidad de un restablecimiento de la situación anterior, pero cuando sea a tenor del propio hijo una vez éste haya alcanzado la plena capacidad (cfr. artículo 179.3 Cc). Por lo tanto, aunque ya no tenga razón de ser la restauración de la patria potestad por haber alcanzado el adoptado total independencia en ese aspecto, sí podrá el adoptante volver a gozar de los derechos de los que había sido privado (derechos sucesorios o prestaciones sociales surgidas de la relación familiar).

3.2. En función del adoptado.

El adoptado es aquella persona, normalmente un menor (porque, como se verá, también podrá serlo alguien mayor de edad) susceptible de integrarse en un núcleo familiar distinto al suyo, teniendo así la posibilidad de crecer en una familia, pues si no fuera de esta manera, esto último le resultaría muy costoso.

La Real Academia Española define al hijo o hija adoptivo como “una persona, que, como resultado de una adopción, adquiere la relación de parentesco que se expresa.”³⁵ Aunque pueda parecer poco relevante esta definición lingüística, lo cierto es que resume bastante bien lo que quiere expresar el Código civil, y esto es, la creación mediante el proceso adoptivo de un vínculo familiar que previamente no existía, pero que va a equipararse a uno que se hubiese desarrollado por naturaleza.

La adopción es un procedimiento que tiene como función primordial proteger a un niño que se encuentra en desamparo. Si bien no es la única forma que tiene el Ordenamiento Jurídico de darle seguridad y apoyo, sí que se prevé como la más eficaz para afrontar situaciones en las que el desvalimiento es mayor, pues cuando concurren otras circunstancias que hacen pensar que la situación no es tan grave, se ejecutan otros mecanismos tales como la guarda, la tutela o el acogimiento.

A diferencia del adoptante, no está contemplado para el adoptado el cumplimiento de determinados requisitos, ni tampoco la imposición de prohibiciones que si se vulneran darían lugar a la ineficacia o nulidad de la adopción. Aún así, el Código civil sí es muy

³⁵ Disponible en <https://dle.rae.es/> (fecha de última consulta 26 de febrero de 2022).

tajante cuando expresa que sólo pueden ser adoptados los menores de edad no emancipados (cfr. artículo 175.2 Cc), y esto es así porque la Administración de Justicia estima que son los aludidos los que verdaderamente precisan de este estadio.

Con todo, la legislación regula ciertos presupuestos en los que sí se admite la adopción de menores emancipados y de mayores de edad, pues, aunque se da por hecho que ya cuentan con la independencia y madurez suficiente como para no necesitar de la asistencia de figuras paternas, ocasionalmente surgen contextos en los que parece razonable que así sea.

La previsión de la adopción sólo para los menores no emancipados responde a la intención del ente público de dotar de protección a aquellas personas que se supone que son vulnerables, que no se han desarrollado física o psíquicamente por completo por no tener los medios para ello, y que, esencialmente, por sus circunstancias personales, son beneficiarias de un especial cuidado. No obstante, cuando existe durante un tiempo una situación de cercanía con los adoptantes, el legislador no considera perjudicial para esa persona que ha cohabitado con ellos tener la oportunidad de formar parte de su familia, independientemente de su edad o estatus.

El mismo precepto del código que apunta el proceso adoptivo solo para menores no emancipados, también introduce la particularidad de incluir en este acto a los que quedan fuera de este rango siempre y cuando cumplan dos condiciones: que inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año (artículo 176.2 Cc).

Son muchos autores los que consideran dañino para el tráfico jurídico que se consientan estas prerrogativas en materia adoptiva, por entrañar el riesgo de desencadenar irregularidades en el procedimiento, y porque se está ante una institución que está prevista principalmente para salvaguardar la integridad de personas vulnerables, estas son, los menores.

Pero, por otra parte, si bien es cierto que no se está a salvo de la aparición de anomalías procedimentales, por lo demás no tendría que haber inconveniente en que se pudiese adoptar a una persona con la que se han generado vínculos reales y verdaderos durante un lapso de tiempo. Al fin y al cabo, esa relación está marcada por la familiaridad,

que trae causa en haber compartido un hogar común, lo que se entiende que intensifica los lazos entre los individuos.

En otro orden de cosas, aunque se profundizará más adelante en este aspecto, también es importante tener en cuenta, en relación con el adoptado, la imposibilidad que menciona el legislador de adoptar al *nasciturus*, en otras palabras, al concebido no nacido. No se puede llevar a cabo la adopción de alguien que todavía no se ha desprendido del seno materno, y aún así, cuando ya lo haya hecho, es indispensable que la madre biológica asienta, pasado un tiempo, para poder dar comienzo al procedimiento.

Para terminar, queda patente que todas estas normas son de posible aplicación gracias a la notoriedad que alcanza la figura del menor, y aún más, la del menor adoptado en el Ordenamiento Jurídico español. Es labor imprescindible de la legislación de cada país ofrecer a la infancia un desarrollo normal dentro de su configuración.

3.2.1. El interés superior del menor.

Uno de los pilares en los que se sustenta la institución de la adopción es el interés superior del menor, y esto es así porque de lo que trata fundamentalmente este acto es de otorgar protección a aquellas personas que por determinadas circunstancias no gozan del resguardo que normalmente ofrece la unidad familiar, ya sea por carecer de ella, o porque aun teniéndola, no puede brindar a la niña o al niño el amparo suficiente. Cuando se hace referencia al interés superior del menor, se alude a garantías de los menores que consisten en que, antes de tomar una medida sobre ellos, se tomen otras tendentes a promover y proteger sus derechos.³⁶

En todo momento la Administración de Justicia, junto a otros entes públicos, tratan de construir alrededor de la minoría de edad una “fortificación jurídica” que prioriza la protección de esta. Tanto es así que la propia Constitución lo pone de relieve cuando manifiesta que los poderes públicos garantizarán que se proteja a los hijos completamente, y que estos son iguales ante la ley con independencia de su filiación (cfr. artículo 39.2 de la Constitución española³⁷).

³⁶ Disponible en <https://www.educo.org/> (fecha de última consulta 27 de febrero de 2022).

³⁷ Constitución española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978 (en adelante CE).

Son muchas reglas, tanto nacionales como internacionales, las que recogen declaraciones acerca de este principio tan relevante, pero hay un precepto en la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor que se ha encargado de hacer acopio en su artículo 2 de todas aquellas disposiciones que ponen de relieve el significado real del interés superior del menor y cómo se debe proceder en su aplicación. Tal y como señala, este interés debe ser considerado como primordial en todas las decisiones que le afecten, configurándose como relevante y preferente.

Es, esencialmente, el criterio rector de todo el Ordenamiento Jurídico, y específicamente de todas aquellas instituciones de protección del menor, entre las que se encuentra incluida la adopción. En ellas se pone de relieve constantemente su envergadura, siendo también los órganos jurisdiccionales, entre muchos otros, los que tienen que interceder por estar en juego el beneficio del menor.

Siguiendo la línea de ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, este fundamento viene marcado por dos vertientes: la consistente en la búsqueda del provecho del menor, y la de procurar evitarle un daño.³⁸ Los niños y niñas de ahora son el reflejo de los adultos que habrán en el futuro, y aunque pueda resultar obvia su necesidad de especial protección, tal y como dice BENÉITEZ PÉREZ, la humanidad en su imperfección, se equivoca, comete errores y a raíz de ello pone en riesgo la niñez, y esta sufre daños y secuelas, que deben ser evitados, limitados y en su caso reparados.³⁹

La sociedad tiene sus ojos puestos en todas aquellas personas que en este momento se están desarrollando para que en el futuro sean ellas las que procuren el bienestar general. Para ello, previamente se les deben haber facilitado todos los medios posibles para que su crecimiento físico e intelectual progrese sin impedimentos, tanto de manos de los entes públicos como de las de sus propias familias.

Por desgracia, son incontables los menores que están desprovistos de un entorno seguro que pueda suplir sus necesidades, y es aquí cuando el proceso adoptivo junto a la prevalencia del interés superior del menor se unen para configurar un instrumento flexible

³⁸ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *op. cit.*, pág. 80.

³⁹ BENÉITEZ PÉREZ, B.: “En familia por derecho, familia por acogimiento o adopción, mejor con mediación”, en AA.VV. (ORTEGA BURGOS, E y ECHEVARRÍA DE RADA, M.T., Dir.): *Derecho de Familia 2021*. Ed. Tirant lo Blanch Valencia, 2021, pág. 33.

que procura atender al contexto específico de cada niño, pues, aunque haya una regulación uniforme sobre este objeto, las personas a las que se dirige son muy diferentes entre ellas.

Como bien dice CASTRO MARTÍN, es realmente complicado definir un concepto con tantas acepciones a la par que indeterminado, que tiene que terminar de completarse con las características de cada caso en concreto.⁴⁰ Aún así, a pesar de que los preceptos imprecisos no suelen ser bienvenidos en el ámbito jurídico, que el interés superior del menor lo sea no tiene por qué significar algo negativo, sino todo lo contrario. Que pueda acomodarse sin dificultad a la situación personal de cada niño favorece su asiduidad en el ordenamiento, lo que se interpreta como algo beneficioso para este.

4. Ineficacia de la adopción fundada en el consentimiento, en el asentimiento y en la audiencia.

Para que el proceso adoptivo se constituya de forma eficaz, se deben dar en él una serie de declaraciones de voluntades de determinados sujetos sin las cuales no sería viable ejercer esta acción. A raíz de ello, tal y como observa GUTIÉRREZ SANTIAGO, se han fijado unos límites que exigen cumplir unos requisitos dirigidos a dotar de las debidas garantías a aquellas personas que tienen interés legítimo en el asunto.⁴¹

Si bien en todo momento no habrá que perder de vista que el objetivo principal es el mayor beneficio del menor, tampoco se puede dejar de lado el necesario respeto a los derechos del resto de individuos susceptibles de tomar parte en el expediente que finalmente admitirá (o no) la adopción. El Tribunal Constitucional se reafirma en estas declaraciones avalando en su jurisprudencia la relevancia de las potestades que tienen los intervinientes, tales como la defensa o la tutela judicial efectiva que atesora la norma suprema en su articulado.⁴²

⁴⁰ CASTRO MARTÍN, R. M^a.: “El interés superior del menor”, *Observatorio de la Infancia en Andalucía*, 2011. Disponible en <https://www.observatoriodelainfancia.es/> (fecha de última consulta 27 de febrero de 2022).

⁴¹ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *op. cit.*, pág. 94.

⁴² STC (Sala Primera) de 16 de junio de 1997 (recurso de amparo núm. 71/1995): “*Tanto los del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación, son intereses y derechos de la mayor importancia en el orden personal y familiar, que obligan a rodear de las mayores garantías los actos judiciales que les atañen.*”

El artículo 177 Cc describe cuáles son los mecanismos para hacer acopio de la voluntad de los interesados en el procedimiento. Así, el precepto viene a enunciar cómo se intervendrá en este, es decir, mediante el consentimiento, el asentimiento y la audiencia, ya sea obligatoria o facultativamente, y quiénes participarán en cada uno. Hay que tener en cuenta que será el juez el que definitivamente acepte dichas exposiciones, pues tal y como dice ARTERO FELIPE, el legislador le ha concedido un amplio margen para valorar su conveniencia.⁴³

Sin embargo, esta disposición normativa no hace referencia alguna a los resultados que se pueden desprender de “la falta, o el sentido favorable u opuesto a la adopción de dichas declaraciones.”⁴⁴ Lo ejemplar sería analizar caso por caso los efectos causados, pero al ser esto imposible por lo complejo que resultaría, se analizarán algunos supuestos en los que el desarrollo de la adopción devendrá ineficaz o incluso se extinguirá el acto ya constituido cuando haya irregularidades en la prestación de las voluntades.

4.1. Fundada en el consentimiento.

Como principio, invocando la definición dada por ALONSO CRESPO, el consentimiento no es otra cosa que una declaración de voluntad que contiene la manifestación de querer y obligarse a ser padres e hijos en las condiciones que la ley marca.⁴⁵ Dicho consentimiento tiene una serie de características: es personalísimo, incondicionado, formal y revocable.

En favor de las condiciones que se deben estudiar en el consentimiento, el artículo 177.4 Cc explica que este se otorgará “libremente, en la forma legal requerida y por escrito, previa información de sus consecuencias.” De ello se deriva la probable anulabilidad de esta voluntad, y, consecuentemente, de la adopción constituida judicialmente, cuando, en palabras de VELA SÁNCHEZ, no se ha contado con el preceptivo y puro consentimiento del adoptante.⁴⁶

⁴³ ARTERO FELIPE, J. L.: “El elemento volitivo en la adopción”, *Acciones e investigaciones sociales*, nº 12, 2001, pág. 55. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/> (fecha de última consulta 1 de marzo de 2022).

⁴⁴ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *op. cit.*, pág. 97.

⁴⁵ ALONSO CRESPO, E.: *op. cit.*, pág. 152.

⁴⁶ VELA SÁNCHEZ, A.: “La nulidad de la adopción por consentimiento viciado...”, *op. cit.*, pág. 7.

Por otra parte, aunque como se ha visto la irrevocabilidad de la adopción es un premisa que el Ordenamiento Jurídico ha querido asentar en el proceso adoptivo, en relación a su carácter revocable se ha de hacer hincapié en la revocación del consentimiento antes de la firmeza de la resolución judicial, la cual se consiente por razones basadas en el beneficio del menor, “al cual no le interesa una adopción que se le impone a él o a los adoptantes.”⁴⁷ Esto sumado a la libertad que debe regir en el consentimiento defienden la posibilidad de retractarse en este cuando aún no se ha constituido el vínculo filial.

El consentimiento en la adopción debe ser prestado frente al juez por el o los adoptantes y por el adoptado mayor de doce años (cfr. artículo 177.1 Cc). El código aclara así quiénes son los sujetos que forman parte de este hecho, y más en concreto, pone de relieve una capacidad de obrar especial que tiene lugar a partir de los doce años.

En principio, la aprobación que da el adoptante mediante este acto no presenta mayor problema, pues con ella muestra su conformidad de convertirse en padre o madre del adoptado. No se pone esta en duda, ya que previamente ha superado la idoneidad requerida o, en los supuestos en los que esta no es necesaria, se ha presumido que posee aquellos rasgos imprescindibles para configurarse como progenitor. En contraste, el adoptado, mediante una capacidad especial que se le atribuye, tiene la potestad de decidir si quiere ser adoptado por las personas que desean hacerlo.

Esta facultad se apoya, por un lado, en el interés superior del menor y en el empeño que pone el legislador en que este principio esté presente en todos los trámites en los que el niño se encuentre envuelto. En consecuencia, en los procedimientos judiciales las comparecencias de éste tendrán carácter preferente y se harán en adecuación de su situación y desarrollo evolutivo (cfr. artículo 9 Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor).

Por otra parte, se da por hecho que, al llegar a este periodo de su vida, el menor ya ha alcanzado una madurez suficiente que le posibilita decidir sobre sí mismo de manera autónoma, y aunque el legislador sitúa la efectividad de la capacidad de obrar en los

⁴⁷ ALONSO CRESPO, E.: *op. cit.*, pág. 153.

catorce años, en este caso la reduce en favor de constituir una adopción que auspicie la opinión del infante.

Cabe decir que al igual que es necesario el consentimiento del menor de doce años para poder refrendar el hecho adoptivo, cuando quiere revertirse la situación, es decir, extinguir la adopción, se exige que la persona mayor de edad consienta expresamente en ello (cfr. artículo 180.2 Cc).

El porqué de esta exigencia está fundado en evitar que se prive al adoptado de derechos que le puedan resultar beneficiosos (por ejemplo, derechos hereditarios, entre otros). Así, tanto para establecer la adopción como para dejarla sin efectos será imprescindible que el adoptado consienta.

Por último, asegurar el consentimiento de las partes, que es de carácter esencial e inexcusable, también trae causa en garantizar que el fin de todo este proceso, esto es, la creación del vínculo familiar no devenga nulo. Si faltare alguno de los elementos que la normativa ha impuesto como indispensable no será posible la efectiva creación de la filiación adoptiva. Consentir la adopción, tanto por la parte adoptante como por la adoptada, se estriba en hacerlo válidamente, con conocimiento de causa y sin coacciones ni propósitos ocultos.

4.2. Asentimiento.

Tomando prestado el concepto de GETE-ALONSO CALERA y SOLÉ RESINA, el asentimiento es el requisito de efectividad para la constitución de la adopción. Debe darse en todo proceso adoptivo, y, además, exige la citación de las personas que tienen la obligación de prestarlo, y solo cabe prescindir de él cuando estas últimas se encuentren imposibilitadas para ello.⁴⁸ Básicamente se trata de una declaración de conformidad con la adopción que se está tramitando.

El Código civil matiza que son dos los sujetos que tienen que asentir en la adopción que se pretende erigir: el cónyuge o persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal y los progenitores del adoptando que no se hallare

⁴⁸ GETE-ALONSO Y CALERA, M^a C y SOLÉ RESINA, J.: *Filiación y potestad parental*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 96.

emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación (cfr. artículo 177.2 Cc).

En primer término, el asentimiento del cónyuge no parece tener mayor controversia, pues simplemente se exige para avalar que la decisión está consensuada por la pareja, y que no es solo uno de sus integrantes el que está dispuesto a constituir el vínculo filial. De esta manera se asegura que la integración familiar que se persigue con la adopción va a tener una respuesta favorable en el seno de esa familia, pues si fuese al contrario peligraría el bienestar del menor que en ella se quiere incluir, y precisamente es el objetivo contrario el que se persigue.

Sin embargo, el apartado que hace referencia al asentimiento de los progenitores del adoptado sí entraña mayores complejidades. A pesar de que el Ordenamiento Jurídico subraya la importancia de la intervención de estos en el expediente adoptivo, solo si no están inmersos en causas que se lo impidan, existen supuestos en los que se contradice esta norma. En consecuencia, se vulnerará la validez de la adopción, lo cual puede llegar a desencadenar en la ineficacia de esta.

4.2.1. Necesidad del asentimiento de la madre biológica en la adopción del nasciturus.

Dentro de la necesidad de asentimiento de los padres biológicos cabe destacar aquel que debe ser prestado por la madre del *nasciturus*. Existe una notable diferencia entre aquella situación en la que el niño ya ha nacido y aquella en la que todavía no ha ocurrido el nacimiento. El código prevé en estos casos un régimen especial para el asentimiento de la madre en el expediente adoptivo.

Como ya se ha visto, la legislación española no permite adoptar a aquella persona que, a pesar de haber sido ya concebida, aún no ha llegado al mundo, es decir, se encuentra aún en el interior de la madre biológica. De ello también trae causa la prohibición de la gestación subrogada, pero no es el tema que ahora nos ocupa.

Es muy frecuente que muchas mujeres que quedan embarazadas decidan dar en adopción a su futuro hijo por considerar que no podrán hacer frente al cuidado de este, lo que sumado a diversas razones de distinta índole favorece aún más el convencimiento de numerosas madres de buscar otra familia para su bebé. La institución adoptiva puede dar

respuesta a sus deseos, pero siempre tomando una serie de precauciones que garanticen el bienestar del futuro adoptado, así como de la parte materna.

El artículo 177 Cc establece la imposibilidad de la madre de asentir en la adopción hasta que no hayan transcurrido como mínimo seis semanas desde el parto. El legislador es consciente de la conexión y de la implicación emocional que quizás surja entre la madre y su criatura en el momento del parto, lo que la puede llevar a retractarse de la futura adopción que previamente hubiese acordado.

Teniendo presente el carácter irrevocable que se le otorga al acto adoptivo, y para evitar futuras controversias jurídicas, lo más razonable es la imposición de un periodo de reflexión que brinde a la madre la posibilidad de meditar su decisión, sin estar de por medio los efectos que el alumbramiento produce en ella. De esta manera no tendría que haber duda alguna de su elección, ya que se supone que ha tenido la oportunidad de valorar con detenimiento su trascendencia.

Derivado de todo ello, no se cuestiona que, si la madre biológica asintiera durante el embarazo o en las seis primeras semanas posteriores a haber dado a luz, este asentimiento no tendrá ninguna validez, y, por lo tanto, la adopción que haya sido constituida sobre esta declaración de voluntad será totalmente ineficaz, lo que significa que o bien no se llegará ni siquiera a erigir, o si ya lo ha hecho, tendrá todo el derecho de ser impugnada y, en último término, declarada nula.

4.2.2. Ineficacia de la adopción por la falta de asentimiento de los padres biológicos.

El asentimiento de los padres biológicos en el expediente adoptivo responde a la relevancia que para ellos tiene la adopción que se va a constituir, ya sea por la pérdida de la patria potestad sobre su hijo, ya sea por la desaparición de todos los vínculos jurídicos que subsistían hasta ese momento.

Las afirmaciones anteriores sugieren que sólo se requerirá el asentimiento de los progenitores cuando no estén privados de la patria potestad por sentencia firme o involucrados en un proceso que tenga como causa tal privación (cfr. artículo 177.2 Cc). El legislador entiende que la valoración que puedan hacer los padres sobre la adopción de su propio hijo no tiene tanta estima cuando estos carecen de potestades sobre él. Si se

dieran estos supuestos, se prevén otro tipo de mecanismos para que los susodichos puedan estar presentes de alguna manera, si esa fuese su voluntad.

La opinión favorable o desfavorable que tengan los progenitores sobre la adopción de su hijo no es vinculable para el órgano enjuiciador que finalmente estime o no la resolución que la constituya. Si bien es cierto que el punto de vista de los padres biológicos puede instruir al juez a la hora de tomar una decisión, el criterio realmente relevante y sobre el que se asentará la voluntad judicial será, ante todo, el interés superior del menor.⁴⁹

Si se diese el supuesto de que los padres por naturaleza del adoptado no hubiesen podido comparecer en el expediente de adopción “debido a una causa no imputable a los mismos,”⁵⁰ estos tienen el derecho a ejercitar la acción de impugnación, que deberá interponerse en el plazo máximo de dos años a contar desde el momento en que devino firme la resolución judicial que confirmó la adopción, y siempre y cuando el órgano enjuiciador considere que no se producirá menoscabo alguno en el bienestar del menor, hecho que deberá valorarse a través de la ponderación que se realice, citando a GESTO ALONSO, con el “prudente arbitrio judicial.”⁵¹

Así, la STC 143/1990, de 26 de septiembre, señala que cuando se elude la intervención de los padres biológicos sin culpa de ellos “hay una infracción procesal que se produce por una falta u omisión de actividad que una mínima dinámica procesal exige al órgano judicial y esta falta de actividad produce el efecto de que una persona, interesada en el procedimiento no sea llamada para ser oída respecto a la adopción.”⁵² El juez tiene la responsabilidad de citar a todas aquellas personas que tengan interés legítimo en el proceso, y en mayor medida, a los padres biológicos, para que puedan interesarse en este y manifestar su voluntad.

La posible vulneración del artículo 24 CE, en relación a la lesión que se le puede provocar al derecho de la tutela judicial efectiva es el fundamento para exigir, como regla

⁴⁹ Auto del Tribunal Constitucional 319/1999, de 21 de diciembre de 1999 (rec. núm. 3388/1998): “*es posible constituir la adopción aun cuando la madre biológica se niegue a prestar su asentimiento, pues, dentro del amplísimo arbitrio que la Ley le concede, el juez puede aprobar la adopción en estos casos, siempre que entienda que la misma es beneficiosa para el niño.*”

⁵⁰ GETE-ALONSO Y CALERA, M^a C y SOLÉ RESINA, J.: *op. cit.*, pág. 98.

⁵¹ GESTO ALONSO, B.: *op. cit.*, pág. 219.

⁵² STC (Sala Primera) de 26 de septiembre de 1990 (recurso de amparo núm. 373/1988).

general, la asistencia de los padres de la niña o niño que va a instalarse en una nueva familia. Este menoscabo, además de vulnerar derechos fundamentales, produce la ineficacia del vínculo adoptivo, al no haberse creado en aras de un procedimiento apropiado.

Atendiendo a estas consideraciones, será inevitable la comparecencia de los progenitores dando su asentimiento para poder llegar finalmente a constituir un vínculo adoptivo en favor de la legalidad. A no ser que concurran los requisitos ya mencionados, nada debería impedir que se presenten ante el órgano judicial correspondiente.

4.3. Audiencia.

La audiencia es la última de las intervenciones que prevé el Código civil en relación a las declaraciones de voluntad de aquellos que tienen interés legítimo en el proceso de adopción. Podría considerarse una figura residual que intenta englobar los juicios de aquellas personas que por razones procedimentales no han tenido cabida en el consentimiento o en el asentimiento, al estar estos reservados para otros individuos que cumplen unas características determinadas.

Este acto se asienta en la necesidad de que ciertas personas “deben ser oídas para contribuir a un mejor conocimiento de lo que resulta más beneficioso para el adoptado.”⁵³ Al igual que en el asentimiento, el contenido de las intervenciones realizadas en la audiencia no son imperativas para el juez, pero sí pueden resultar ilustrativas para este.

Así, los progenitores que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no fuera necesario para la adopción, el tutor y, en su caso, la familia acogedora, y el guardador o guardadores, y el adoptando menor de doce años de acuerdo con su edad y madurez serán los que tomarán parte en el expediente de esta manera (cfr. artículo 177.3 Cc).

La actuación que vincula al tutor, a la familia acogedora y a los guardadores no lleva aparejada mayor complejidad, ni tampoco la del menor de doce años, que si cuenta con discernimiento suficiente podrá dar opinión sobre su propia adopción, en caso de que haya quedado excluido del trámite del consentimiento. Es la audiencia de los padres biológicos sin privación de patria potestad la que se considera relevante, por considerarse

⁵³ GETE-ALONSO Y CALERA, M^a C y SOLÉ RESINA, J.: *op. cit.*, pág. 97.

preceptiva, pues “su ausencia daría lugar a la nulidad de las actuaciones por vulnerar las normas esenciales del procedimiento, generando indefensión a las partes.”⁵⁴

Al igual que en el asentimiento, para la audiencia el órgano judicial deberá realizar las indagaciones correspondientes tendentes a averiguar el paradero de los padres biológicos si este fuera desconocido. “Por estar en juego intereses de la mayor importancia en el orden personal y familiar, resulta especialmente necesaria la comparecencia de los padres biológicos del menor adoptado”⁵⁵

Sin embargo, no existirá irregularidad del vínculo adoptivo si tras las respectivas investigaciones, estas no han sido fructíferas y no se ha podido localizar a los progenitores. En ese caso, si el interés superior del menor así lo requiriera, se constituirá la adopción en su favor a pesar de no haber escuchado a sus ascendientes, lo que en ningún caso podrá significar la ineficacia de la resolución judicial que la ha creado.

5. Análisis jurisprudencial sobre la ineficacia de la adopción.

Si bien es cierto que el Ordenamiento Jurídico ha hecho grandes esfuerzos para que la ineficacia de la adopción se dé lo menos posible, la realidad es que, como hemos visto, son muchas las causas que pueden conducir a ésta. El análisis de algunos casos relevantes, sobre ineficacia de la adopción, resueltos por la jurisprudencia creo que nos aportará una visión más completa sobre esta materia.

- **STS de 18 de enero de 2012.**⁵⁶

ANTECEDENTES DE HECHO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Requena se interpuso demanda por la adoptada, sus padres biológicos y sus hermanos, pidiendo la declaración de nulidad de pleno derecho de la adopción que se constituyó en 1981, y las consiguientes consecuencias que esta conlleva. Finalmente se desestimó íntegramente la pretensión de la parte actora por apreciarse la caducidad de la acción de nulidad del artículo 6.3 Cc.

⁵⁴ VELA SÁNCHEZ, A.: “Irrevocabilidad, nulidad y extinción de la adopción”, *op. cit.*, pág. 1229.

⁵⁵ *Idem*, pág. 1230.

⁵⁶ STS (Sala de lo Civil) de 18 de enero de 2012 (rec. núm. 1401/2008).

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la misma parte que inició el proceso. Sustanciada la apelación, la Audiencia Provincial de Valencia desestimó la apelación interpuesta por los demandantes y confirmó la sentencia recurrida. Tras haber pleiteado previamente en la primera y en la segunda instancia, y no haber obtenido pronunciamientos favorables en ninguna de ellas, deciden interponer ante el Tribunal Supremo recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, siendo ambos admitidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO. De los hechos probados puede extraerse que la madre biológica dio a luz con catorce años una niña (la adoptada) cuyos abuelos iniciaron expediente de adopción, el cual se resolvió positivamente. En el auto donde se acordó la adopción consta que su madre natural estaba de acuerdo con la adopción y que firmó la solicitud. Los padres biológicos contrajeron matrimonio tres años después del nacimiento de su hija, y al año siguiente su padre por naturaleza la reconoció.

Se interpone demanda contra los abuelos adoptantes para declarar la nulidad de la adopción, y estos contestaron la demanda, admitiendo todos los hechos. Se interpone demanda y posteriormente recurso, ambos desestimados, y, en consecuencia, los demandantes presentan recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. No figura el escrito de oposición de la parte demandada.

En cuanto al recurso extraordinario por infracción procesal, los recurrentes atribuyen a la sentencia dos defectos por contravención de las normas reguladoras: la falta de motivación y la incongruencia. El primero de estos vicios no puede admitirse, pero sí la imputación de la incongruencia, porque la sentencia recurrida no se ajusta a lo pedido en la demanda rectora del pleito y porque la Audiencia Provincial no se ocupa de la sentencia recurrida de la nulidad, que es la acción efectivamente ejercitada.

El recurso de casación se interpone alegando infracción de la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, referida a que la figura de la nulidad es plenamente aplicable a cualquier campo del derecho. La adopción que ahora se discute responde a un propósito habitual en la época de evitar problemas sociales y proporcionar protección al hijo. Se está aquí ante una adopción ficticia, porque no solo el consentimiento de la madre biológica menor de edad, sino también el de los abuelos

adoptantes venía afectado por los motivos sociales y personales que les impulsaron a celebrar un negocio jurídico familiar sin desear realmente los efectos de esta.

FALLO. Se estima el recurso extraordinario por infracción procesal presentado por los demandantes, con la consiguiente anulación de la sentencia recurrida, y, además, se estima la demanda y se declara nula la adopción.

ANÁLISIS. Lo curioso de esta resolución es que, en principio, la adopción que se trata en ella parece que en su momento sí cumplió con las disposiciones previstas para llevarla a cabo, por lo que se entiende que sí se constituyó eficazmente. Sin embargo, se pide su nulidad porque al parecer no tiene mucho fundamento, ya que la adoptada realmente estaba integrada en su familia biológica.

Hoy en día la ley no permite la adopción de un descendiente, pero en la época en la que esta se realizó sí estaba permitido, sobre todo para poder aminorar la repercusión social de tener un hijo sin estar casada y siendo tan joven. Sin embargo, esto conlleva, según el Tribunal Supremo, a la simulación del acto adoptivo, lo que significa que no había auténtica voluntad de adoptar a esa criatura, sino que más bien se hacía por obligación moral.

Sumado a esto, el hecho de que sus padres y hermanos biológicos alegaron tener relación cercana con la adoptada, como si realmente fuesen una familia, da pie a pensar (más aún) que esa adopción apenas tiene donde sostenerse, por lo que se declara nula.

- **STS de 6 de febrero de 2012.**⁵⁷

ANTECEDENTES DE HECHO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 80 de Madrid, el padre del adoptado interpuso demanda de reconocimiento de asentimiento de adopción de su hijo menor de edad, pidiendo que se declare el derecho del primero, en tanto que progenitor del menor, a asentir a la adopción. El órgano jurisdiccional desestimó la pretensión del padre biológico, considerando que este únicamente podrá ser oído.

Se interpuso recurso de apelación el cual la Audiencia Provincial de Madrid estimó parcialmente, revocando la anterior resolución y considerando el carácter necesario del asentimiento del apelante. En consecuencia, se interpuso casación por los

⁵⁷ STS (Sala de lo Civil) de 6 de febrero de 2012 (rec. núm. 2057/2010).

adoptantes propuestos por la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid y por la Comunidad de Madrid, por medio de su Letrada, basado en la vulneración del artículo 177.2. 2º Cc, del artículo 39 CE y del artículo 2 de la 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor y la jurisdicción concordante. Se admitió a trámite.

FUNDAMENTOS DE DERECHO. De los hechos probados puede extraerse que, en primer lugar, de las relaciones entre los padres biológicos nació un niño. No se inscribió la filiación paterna y la madre manifestó su voluntad de dejar al niño bajo la tutela de la Comunidad de Madrid para su posterior adopción, declarando esta el desamparo y asumiendo la tutela.

El padre biológico fue condenado como autor de un delito de maltrato con atenuante de drogadicción, cometido en la persona de la madre, al conocer el embarazo. Después del nacimiento del niño, este interpuso demanda de reclamación de paternidad, que fue resuelta de forma positiva, pero a pesar de ello, no llegó a tener contacto con él. La Comisión de tutela del menor de la Comunidad de Madrid dio al niño en acogimiento familiar preadoptivo e inició los trámites de adopción. El padre solicitó la suspensión del procedimiento para poder prestar su asentimiento para la adopción, A ello se opuso la Comisión de tutela del menor, considerando que el padre se hallaba incurso en causa de privación de la patria potestad.

Se desestima la demanda interpuesta por el progenitor porque el órgano jurisdiccional consideró que el niño ha estado desprotegido desde el nacimiento hasta la declaración de la filiación, porque el padre no había cumplido sus obligaciones de protección y por ello, estaba incurso en causa de privación de la potestad y no debía concurrir prestando el asentimiento para la adopción. Sin embargo, la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación formulado por el padre.

A raíz de esto último, interponen recurso de casación los adoptantes propuestos por la Comisión del Menor de la Comunidad de Madrid y la Comunidad de Madrid por medio del Instituto Madrileño del Menor y la Familia. Ambos recursos fueron admitidos.

En relación a la infracción del artículo 39 CE y del artículo 2 de la 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor y la jurisdicción concordante, la sentencia recurrida no justifica si la solución que propone es la forma más adecuada de proteger el interés superior del menor, pues el padre biológico es un completo desconocido para el

niño, y que este no quiera continuar con el procedimiento de adopción causaría grave perjuicio en el menor. Se ha declarado que la vulneración del interés del menor permite entrar a examinar el recurso de casación y que ello ocurre cuando la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta el principio para tomar la decisión más adecuada conforme a dicho interés.

La infracción del artículo 177.2. 2º Cc, se ha señalado que constituye causa legal para la privación de la patria potestad la omisión de los deberes contenidos en el artículo 154 Cc. La declaración de desamparo del menor se produce precisamente por el incumplimiento por su padre de sus deberes, y de aquí que cuando un menor esté protegido por medio de la declaración de desamparo, es porque se está produciendo un incumplimiento de los deberes inherentes a la potestad. Por lo tanto, resulta probada la desatención al niño, lo que procede concluir que el progenitor estaba incurso en causa de privación de la patria potestad y por tanto no se requiere su asentimiento a la adopción proyectada.

FALLO. Se estiman ambos recursos de casación y se anula la sentencia recurrida. Además, en su lugar se repone la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª instancia nº 80 de Madrid.

ANÁLISIS. En esta sentencia se pone de relieve la importancia que tiene el interés superior del menor sobre los requisitos que deben cumplirse durante la tramitación del expediente de adopción. El artículo 177.2 Cc manifiesta la necesidad de asentimiento de los padres biológicos, siempre y cuando estos no estén privados de patria potestad.

El caso que se acaba de examinar presenta a un padre biológico que obviamente ha ignorado por completo sus obligaciones como progenitor, y no solo eso, además ha sido condenado por violencia de género, por lo que permitirle a esta persona el cuidado de su hijo podría perjudicar gravemente el beneficio del menor que predica continuamente nuestro sistema de justicia.

El Tribunal Supremo en este caso no aprecia ineficacia en la adopción por falta de asentimiento del padre biológico, porque tal y como previene la normativa en esta materia, no es obligatorio contar con él cuando apenas se ha involucrado en la vida del infante. Lo más conveniente para este último es que continúe el proceso de adopción en

el que está envuelto para poder acabar con su situación de desamparo y así finalmente integrarlo en una familia.

- **SAP de Murcia de 7 de febrero de 2019.**⁵⁸

ANTECEDENTES DE HECHO. El Juzgado de Primera Instancia número Nueve de Murcia dictó sentencia desestimando la demanda interpuesta por la madre biológica contra la Dirección General de Familia y Políticas Sociales y en su virtud se declaró que simplemente tiene derecho a ser oída por encontrarse incurso en casa de privación de patria potestad.

Contra la anterior sentencia la progenitora interpuso recurso de apelación solicitando su revocación. Se dio traslado a las otras partes, las cuales se opusieron al mismo, pidiendo la confirmación de la sentencia. El recurso fue admitido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO. La madre de la menor plantea demanda contra la Consejería de Sanidad y Política Social de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para que se declare que es necesario su asentimiento a fin de que se autorice la adopción de la menor por terceras personas, alegando que ha desaparecido la causa que motivó la intervención de la Administración, asumiendo la tutela de la menor al estar en situación de desamparo, a raíz de que se haya dictado sentencia por la que a la madre se le reintegraba la capacidad, y por ello interesa que se le restituya la patria potestad y la custodia de su hija.

La Comunidad Autónoma se opone a la demanda y defiende la grave situación de desamparo en la que se encontraba la menor cuando se asumió su tutela por la Administración, suspendiendo la patria potestad de la madre, resolución que no fue recurrida por ésta. Posteriormente, ante la imposibilidad de regreso de la menor con la madre, y descartado el acogimiento por otros miembros de su familia, para evitar la institucionalización de la menor, se opta por el acogimiento preadoptivo. Tras los informes favorables, se propone la adopción a favor de la familia acogedora, sin que hayan variado las circunstancias que permitan el regreso de la menor con su madre biológica.

⁵⁸ SAP de Murcia (Sección 4ª Civil) de 7 de febrero de 2019 (rec. núm. 1326/2018).

Se dicta sentencia que desestima la demanda y se declara que basta que la madre sea oída, sin necesidad de que preste su asentimiento, con fundamento en el desamparo, en la edad de la niña y en la inexistencia de visitas durante el acogimiento preadoptivo. Contra dicha resolución interpone recurso de apelación la actora inicial, quien pide la revocación de la sentencia dictada por haber valorado erróneamente las pruebas practicadas.

Del recurso se dio traslado a las otras partes, que se han opuesto al mismo, defendiendo el acierto de la sentencia y la existencia de pruebas concluyentes acerca de que la madre sigue incurso en causas de privación de la patria potestad, así como a los graves perjuicios que para la menor podría tener la reintegración a la potestad materna.

Invoca la apelante que la declaración de desamparo estuvo motivada exclusivamente por la incapacitación de la madre acordada judicialmente (no se le imputa ninguna conducta de dejación de funciones de la patria potestad), y que se le ha reintegrado la capacidad.

Debe tenerse en cuenta que la intervención de la Administración fue incluso previa al nacimiento de la menor, por los graves indicadores de desprotección que existían en el entorno en el que iba a nacer, por lo que su situación de desamparo no fue debida a conductas de abandono de obligaciones parentales respecto a una hija ya nacida, sino una medida de protección preventiva. De todos esos indicadores la única variación que se ha dado es la relativa a que la discapacidad de la madre ha sido modificada, pero no de forma total.

La situación de riesgo para la menor sigue existiendo, por lo que, su reintegración no procedería y no es exigible el consentimiento de la madre para la adopción, por estar incurso en causa legal para la privación de la patria potestad.

La hija no ha llegado nunca a convivir con ella, y, en consecuencia, la menor no ha conocido otra familia que la que insta su adopción, y está plenamente integrada en la misma, siendo muy favorables los informes de seguimiento que se han realizado. Como establece el art. 176.1 Cc, “la adopción se constituirá por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptado y la idoneidad del adoptante o adoptantes, para el ejercicio de la patria potestad”.

No será necesario el asentimiento de los progenitores que tuvieren suspendida la patria potestad cuando hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la situación de desamparo en los términos previstos en el artículo 172.2, sin oposición a la misma o cuando, interpuesta en plazo, hubiera sido desestimada (cfr. artículo 177. 2 Cc).

Lo que ha de examinarse es si los progenitores están o no incurso en causa de privación de la patria potestad, pues, si es así, bastará con oírlos el Juez, en el correspondiente expediente. No se plantea aquí, si lo más conveniente para la menor es ser o no adoptada. Eso ha de resolverse en el otro procedimiento, en tanto aquí debe decidirse sobre la trascendencia que ha de darse a la voluntad de la progenitora biológica en tal expediente.

No cabe duda de que la madre nunca ha ejercido correctamente sus obligaciones derivadas de la patria potestad, lo que dio lugar a que la Administración asumiera su tutela, por apreciar una grave situación de desamparo y existir claros indicios de riesgo para la menor. Son datos más que sobrados para concluir que se han incumplido por la madre los deberes esenciales de asistencia y protección que tiene para con su hija establecidos, y que por ello estaba incurso en causa legal de privación de la patria potestad. Esa situación no ha variado sustancialmente, persistiendo los indicadores de grave riesgo. No se valora moralmente la situación, sino jurídicamente.

El interés de la menor es el principio esencial en esta clase de procedimientos, lo que implica que las medidas a adoptar han de ser las más favorables para el desarrollo de los menores y, si es posible, hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés de los menores.

FALLO. Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la madre biológica contra la sentencia dictada en el juicio de necesidad de asentimiento para la adopción seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número Nueve de Murcia, confirmando dicha sentencia.

ANÁLISIS. La progenitora alega la necesidad de su asentimiento en el expediente adoptivo que se pretende constituir sobre su hija, pero, además, también pretende que la custodia de la niña se le restituya. Por un lado, una cosa es asentir en la adopción de su

hija biológica, y otra muy diferente, la devolución de esta a la madre. La Audiencia señala que en este caso el pronunciamiento versa sobre la declaración de voluntad.

Dicha declaración no será preceptiva al estar privada la apelante de patria potestad, fundada ésta en su discapacidad, pues esa circunstancia le impidió ejercer adecuadamente las funciones de responsabilidad parental que se recogen en el artículo 154 Cc, lo que evidenció el desamparo de la menor desde su nacimiento, que ha implicado la ausencia casi total de relación entre madre e hija.

También entra aquí en juego el interés superior de la niña, que se traduce en que de ninguna manera será favorable para ella volver con su madre, primero porque esta aún no cuenta con los medios suficientes para hacerse cargo de su hija, y porque el acogimiento preadoptivo ha resultado muy fructífero, estando totalmente integrada en la familia. Sería contraproducente para su bienestar sacarla del ambiente que conoce para llevarla a otro que ignora por completo.

- **SAP de Valladolid de 31 de marzo de 2021.**⁵⁹

ANTECEDENTES DE HECHO. Ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Valladolid se interpone demanda que dictó sentencia desestimando la demanda presentada por los pretendidos adoptantes, confirmando la resolución dictada por la Gerencia de los Servicios Sociales de Valladolid en el expediente de adopción nacional que declara la no idoneidad de estos para adoptar.

Notificada a las partes la referida sentencia, se interpuso recurso de apelación por los demandantes. Por la parte contraria y por el Ministerio Fiscal se presentó escrito de oposición al recurso. Se admite el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO. Los pretendidos adoptantes interponen recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Tres de Valladolid, interesando la revocación del pronunciamiento por el que, desestimando la demanda de oposición por ellos formulada, se confirma la Resolución de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León, que declara la no idoneidad de los ahora apelantes para ser padres adoptivos.

⁵⁹ SAP de Valladolid (Sección 1ª Civil) de 31 de marzo de 2021 (rec. núm. 440/2020).

Esta decisión es la que resulta objeto de impugnación en el recurso interpuesto, pretendiendo los apelantes la revocación de dicha resolución y el dictado de otra nueva que deje sin efecto la anterior y que reconozca y declare su idoneidad para ser padres adoptivos. Se denuncia en el recurso la errónea valoración por la Juez de Instancia de la prueba practicada, así como la deficiente aplicación de la normativa reguladora de esta materia y doctrina jurisprudencial que la desarrolla, señalando igualmente, la incongruencia "extra petita"

El Ministerio Fiscal se opone al recurso interpuesto, interesando la confirmación de la resolución recurrida, al igual que el Sr. Letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en la representación y defensa que ejerce de la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León (GTSS).

Por aplicación de reiterada jurisprudencia en relación a la valoración de la prueba, la Audiencia llega a la misma conclusión que la obtenida por la Juez de Instancia, cuyos acertados razonamientos expresamente se aceptan, asumen y hacen enteramente propios, dándose íntegramente por reproducidos, pues se lleva a cabo en la resolución recurrida un más que detallado y suficiente examen de la cuestión objeto de controversia que llevan a dicha Juzgadora a una conclusión que Tribunal de Apelación comparte plenamente.

No puede apreciarse por este Tribunal que incurre la Juzgadora de Instancia en infracción legal alguna que justifique la pretendida revocación de la decisión que ha sido adoptada en la resolución que se impugna. En términos generales, y así lo refleja el artículo 176.3 Cc, la idoneidad se viene concibiendo como “la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la patria potestad, atendiendo a las necesidades de los niños adoptados, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción”.

A la hora de garantizar una adecuada valoración de esta idoneidad debe contarse con “una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar y relacional de los adoptantes, y su capacidad para establecer vínculos estables y seguros, sus habilidades educativas y su aptitud para atender a un menor en función de sus singulares circunstancias”.

En la Resolución Administrativa de la GTSS se incide en los apartados e) y h) del artículo 28.2 del Decreto 37/2005 de 12 de mayo, señalando los criterios que se tendrán

en cuenta para la valoración de la idoneidad, puestos en relación con las características y circunstancias que los solicitantes hayan manifestado aceptar en el menor. La Resolución Administrativa indicada cuestiona la concurrencia de los presupuestos de ambos preceptos señalados, y la Juzgadora de Instancia llega a la misma

La Juzgadora “a quo” valorando conjuntamente la prueba practicada llega a la conclusión de que debe ratificarse la decisión de la Resolución Administrativa que niega en el momento presente la declaración de idoneidad, dando mayor valor probatorio al expediente tramitado por la Trabajadora Social del Equipo Técnico del Juzgado de Familia con preferencia sobre el elaborado por la Psicóloga del mismo Equipo y la perito que informa a instancia de la parte apelante.

Señalan los apelantes que incurre la Juez de Instancia en incongruencia por “extra petita” al incluirse una tercera causa o motivo para la declaración de idoneidad. No se considera que haya estado mal apreciada. Sin embargo, en todo caso, debe indicarse que el verdadero objeto del recurso es el de dilucidar la legalidad y corrección de la Resolución Administrativa.

FALLO. Se desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que ha sido dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Tres de Valladolid, confirmando la referida resolución.

ANÁLISIS. En esta resolución se examina la imposibilidad de los adoptantes para involucrarse en un proceso de adopción, por no ser idóneos. El informe psicosocial que debe elaborarse para averiguar si efectivamente los interesados cumplen con el requisito de idoneidad deberá tener un resultado favorable, pues la entidad pública debe asegurarse de que el menor que va a ser adoptado se va a integrar en un núcleo familiar seguro.

No es de extrañar que sean muchos los sujetos que ven frustradas sus pretensiones porque se ha considerado que no son aptos para ejercer la paternidad. Hay que valorar numerosos factores previamente, y aunque estas personas crean que cumplen con los requisitos estipulados, la última palabra la tendrá el dictamen referido, siendo este el que decida o no la idoneidad.

La Audiencia Provincial decide dar la razón al Juzgado de Primera Instancia, considerando que efectivamente la valoración de las condiciones de los adoptantes se ha

realizado de forma adecuada, y que, además, el rechazo de estas tiene suficiente motivación y fundamento, por lo que no tiene soporte alguno los argumentos en los que se basa el recurso de apelación interpuesto.

6. Efectos de la declaración de ineficacia de la adopción.

El hecho de que por las razones que se han observado, el vínculo jurídico finalmente no subsista y devenga ineficaz comporta una serie de consecuencias que deben ser tenidas en cuenta. Básicamente, tal y como establece GESTO ALONSO, el efecto primordial es la desaparición de la adopción constituida.⁶⁰

Pero de este acto nace un complejo entramado de efectos o vínculos, que, como veremos, y a pesar de que deja de existir el vínculo familiar inicialmente creado, siguen conservando su eficacia jurídica.

6.1. Efectos generales de la ineficacia de la adopción.

Normalmente, cuando en el proceso adoptivo intervienen causas que dificultan o impiden el normal desarrollo de éste, lo más habitual es que la adopción que se pretende erigir no pueda surtir efectos porque ni siquiera tiene posibilidad de originarse. La falta de los requisitos que la ley exige para que esta tenga lugar se traducen en la imposibilidad de su creación.

Sin embargo, existen supuestos en los que a pesar de haberse manifestado razones que evidencian que dicha adopción no es acorde con la legalidad, aquélla igualmente tiene lugar, ya porque se han ignorado tales impedimentos o porque no se han advertido los mismos. La constitución de un vínculo de adopción bajo tales circunstancias legitimará a determinados sujetos para ejercitar la correspondiente acción de impugnación cuyo objetivo principal y directo será el de la desaparición del vínculo filial adoptivo.

Así, siguiendo la línea de las declaraciones de GÓMEZ BENGOCHEA, la adopción supone que entre el adoptante y el adoptado se funde una relación de filiación igual a la que existe entre los padres por naturaleza y su respectivo hijo.⁶¹ Pero dicha

⁶⁰ GESTO ALONSO, B.: *op cit.*, pág. 222.

⁶¹ GÓMEZ BENGOCHEA, B.: *Derecho a la identidad y filiación*. Ed. Dykinson, Madrid, 2007, pág. 202.

filiación expira en el momento en el que el acto legal se vuelve ineficaz o se extingue, por lo que se puede suponer que uno de los efectos más inmediatos de su ineptitud es el desvanecimiento del nexo paternofilial.

En primer lugar, “la extinción de la adopción produce la desaparición del vínculo de filiación con la familia adoptiva y el consiguiente restablecimiento del vínculo de filiación con la familia anterior”⁶², lo que implica que, en principio, si no hubiese argumentos que lo impidieran, el adoptado retornará a su familia biológica y sus progenitores volverían a ejercer sobre él los derechos y deberes que implican la patria potestad.

A pesar de que, citando al profesor VELA SÁNCHEZ, cuando cesa el vínculo de la adopción también termina todo derecho y toda relación jurídica entre el adoptado y su familia adoptiva, sea del tipo que sea (derecho de alimentos, derecho a llevar los apellidos, derechos sucesorios o legitimarios, etc.)⁶³, si que hay ciertas cualidades jurídicas que aún subsisten: la nacionalidad, la vecindad civil adquirida y los efectos patrimoniales anteriormente producidos (cfr. artículo 180.3 Cc).

El código, en este sentido, viene a expresar que, aunque la adopción ya no existe, sí que se conservan, a pesar de ello, algunas consecuencias jurídicas que del mismo se derivaron para el adoptado, los cuales tuvieron lugar a lo largo de la duración de esta. Es decir, “no afectará, por ejemplo, a los derechos sucesorios o de alimentos producidos, tanto si se han hecho efectivos ya, como si solo se han devengado”, pero sí que afectará a la mera expectativa de derechos aún no generados.

Todo ello conduce a pensar que, aunque si bien es cierto que el legislador ha hecho hincapié en que el enlace familiar previamente constituido solo despliegue efectos positivos, estos son, los que se desprenden de una adopción amparada en la ley, también cabe la posibilidad de que tales efectos estén basados justamente en todo lo contrario.

⁶² MAYOR DEL HOYO, M.^a V.: *op. cit.*, pág. 397.

⁶³ VELA SÁNCHEZ, A.: “Irrevocabilidad, nulidad y extinción de la adopción”, *op. cit.*, pág. 1232.

6.2. La responsabilidad extracontractual de la Administración de Justicia en la ineficacia de la adopción.

A pesar de que la adopción está constituida como un negocio jurídico emplazado en el ámbito del Derecho civil (derecho privado), se ha reconocido su enorme trascendencia pública, por lo que no es de extrañar que la Administración sea parte relevante en todo este proceso. No obstante, “lo intrincado a veces de las formalidades administrativas, su excesiva duración, e incluso la falta de información pueden derivar en irregularidades o defectos que son luego objeto de reclamación patrimonial.”⁶⁴

La obligación de los entes públicos de indemnizar a los afectados por su deficiente gestión es un deber que está previsto por la ley. Así, los particulares tendrán derecho a que se les compense por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (cfr. artículo 32.1 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público⁶⁵). Además, se trata también de un deber constitucional, pues el artículo 106.2 CE viene a señalar exactamente lo mismo.

El interés público de la adopción hace necesaria la intervención de la Administración de Justicia para que este acto se desarrolle correctamente y pueda culminar con un resultado favorable y conforme a la legalidad, pero esta actuación no siempre está marcada por la adecuada diligencia que debería regir la actuación de estos entes. Son muchos los casos planteados ante los tribunales por aquellas personas que consideran haber sufrido un perjuicio por parte de la Administración, al devenir el proceso adoptivo ineficaz por causa imputable a su negligente proceder.

Existen supuestos en los que esta conducta inadecuada se traduce en daños que se han derivado por la larga espera que han tenido que soportar los adoptantes. Aunque por todos es conocida la complejidad de los trámites burocráticos y el tiempo que estos tardan en resolverse, hay ocasiones en las que se extienden más de lo estrictamente necesario, no pudiendo considerarse razonable ni justificado dichos retrasos.

⁶⁴ Disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/> (fecha de última consulta: 9 de marzo de 2022).

⁶⁵ Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

Por ejemplo, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía resolvió un caso en el que los demandantes habían estado esperando por una adopción unos diez años. A pesar de cumplir con los requisitos de idoneidad y ser ampliamente flexibles respecto a los perfiles de los niños que estaban dispuestos a adoptar, la entidad encargada no resolvía su petición, llegando a revocar incluso el carácter idóneo de los solicitantes.⁶⁶ El órgano jurisdiccional estima finalmente su pretensión y condena a la Administración a indemnizar a la pareja perjudicada.

En la misma coyuntura se vieron involucrados los adoptantes que pidieron ser indemnizados por el retraso de la inscripción de la adopción de sus hijas, lo que les provocó daños morales y económicos que tuvieron que ser compensados por el Ministerio de Justicia. El juzgado de lo Contencioso-Administrativo número cinco de Madrid consideró que “no puede considerarse razonable ni justificado un retraso de más de tres años en la inscripción de la adopción en el Registro Civil.”⁶⁷

Otra de las razones que puede dar lugar a la responsabilidad contractual de la Administración es la que emana de los problemas de salud desconocidos de aquellos menores que van a ser adoptados. Aquí los tribunales siguen diferentes criterios, pues en ocasiones sí estiman que la Administración ha actuado de forma incorrecta al no tener en cuenta las peticiones de los adoptantes, pero también se dan contextos en los que el riesgo asumido por los interesados en la adopción lleva aparejada la posibilidad de recibir una niña o niño con características especiales.

Una sentencia muy ilustrativa dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha da la razón a los padres que exigen que se les compense económicamente por irregularidades en el proceso de adopción al no haberse tenido en cuenta las preferencias recogidas en la solicitud de adopción, en la cual constaba la voluntad de los solicitantes de no ofrecerse como adoptantes de un menor con

⁶⁶ STSJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de febrero de 2014 (rec. núm. 421/2012): “*la sentencia de la Audiencia Provincial considera que desde las fechas de las declaraciones de idoneidad de 23 de mayo de 19 de diciembre de 2003, no se acredita en la resolución de 21 de febrero de 2008, "la modificación por el transcurso del tiempo o por cambio de las circunstancias concurrentes que justifiquen una la extinción por caducidad de la declaración de idoneidad" y, "por el contrario", queda desmentida "la alegada falta de habilidades personales y educativas" y probado que "a pesar de las dificultades y el tiempo transcurrido siguen manifestando el deseo de ser padres [...]"*”.

⁶⁷ Disponible en <https://noticias.juridicas.com/> (fecha de última consulta: 12 de marzo de 2022).

características especiales.⁶⁸ Tal y como recoge la fundamentación jurídica del órgano, no se les puede obligar a soportar la carga que supone encargarse de una persona con estas características, sobre todo porque expresamente manifestaron su resistencia a ello.

En contraposición a esta estimación, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León no considera oportuna la indemnización pedida por la pareja a la que, por las irregularidades cometidas por la Administración en el proceso adoptivo (según ellos), se les entregó una niña que padecía una complicada enfermedad. Esta razón reclamación no tiene razón de ser por entender los juzgadores que los interesados contaron con la suficiente información respecto a las características de la infante, y porque eran conscientes de la existencia de sus problemas de salud.⁶⁹

El fracaso en el curso de la adopción también puede ser causa por la cual los entes públicos incurren en responsabilidad patrimonial. Sí que es cierto que, en ocasiones, a consecuencia de una labor defectuosa, impiden el correcto desarrollo de los trámites adoptivos, pero muchas otras veces no tiene nada que ver con la gestión de estos. Los tribunales analizan las características de cada caso concreto para decidir si procede o no el resarcimiento por parte de las administraciones.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia examinó un supuesto en que los presuntos adoptantes vieron frustrada su pretensión indemnizatoria por no apreciarse mal funcionamiento en los organismos intervinientes en el procedimiento. Al tratarse de una adopción internacional es inevitable que puedan surgir trabas que obstaculicen su progreso, pero ello no tiene por qué ser culpa de las entidades responsables.⁷⁰

⁶⁸ STSJ de Castilla-La Mancha (Albacete) de 9 de febrero de 2015 (rec. núm. 82/2012): “*Si la niña de paternidad obtenida por adopción con la intervención ineludible de la Administración regional [...] tiene "característica especial" tan significativa como lo es, obviamente, padecer síndrome de Down, el resultado dañoso no se produce ante un "riesgo normal" asumido por los hoy padres adoptivos, daño que no tenían jurídicamente el deber de soportar y, por consiguiente, indemnizable [...]*”.

⁶⁹ STSJ de Castilla y León (Burgos) de 30 de julio de 2018 (rec. núm. 56/2017): “*coincidimos con la resolución impugnada, en considerar que no hubo incumplimiento de las obligaciones de información y control que legalmente corresponden a la Entidad Pública en el proceso de adopción internacional, por lo que no concurren los requisitos precisos para la prosperabilidad de la acción ejercitada [...]*”.

⁷⁰ STSJ de Galicia (La Coruña) de 10 de febrero de 2021 (rec. núm. 31/2018): “*Que se ha producido un resultado lesivo o dañoso, no puede negarse; pero lo que no es aceptable es que se sostenga que ese resultado traiga causa de un normal o anormal funcionamiento de la Administración; el perjuicio de cuyo resarcimiento se trata no es, en modo alguno, imputable a ella, sino que obedece a causas ajenas sobrevenidas, sobre las que ni la Administración central ni la autonómica tienen capacidad de disposición, como son las nuevas políticas sociales que, en materia de adopción, quiere implementar el país de origen del menor a adoptar, Etiopía, que condujeron al Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad español [...] a paralizar, las adopciones en Etiopía [...]*”.

De vez en cuando igualmente sucede que la frustración del avance de la adopción trae causa en la injerencia del país de origen del adoptado, por lo que, independientemente del proceder de los organismos nacionales, resulta difícil, e incluso imposible, la constitución de este acto. En esta línea se proclama el Tribunal Superior de Justicia de Madrid al desestimar el recurso interpuesto por una solicitante que exige una compensación económica que no tiene lugar al tener ésta el deber jurídico de soportar las consecuencias de los riesgos normales y lógicos que entraña cualquier adopción.⁷¹

Como se ha visto, son muchos los pronunciamientos jurisprudenciales, además de precisa legislación, que apuntan al deber de la Entidad Pública de reparar el daño que pueda causar su actuación descuidada, aunque no siempre le corresponde hacer frente a las consecuencias resultantes de esta, principalmente porque no le atañen o porque no ha sido culpa suya el gravamen que han sufrido los particulares.

7. Conclusiones.

Primero. La adopción tiene como objetivo la protección de aquel menor que se encuentra en situación de desamparo. Se trata de una herramienta prevista por el legislador que consiste en garantizar la integración familiar del infante en una familia que no es la suya, pero con la cual va a crear una unión que legalmente es igual al que se constituye por naturaleza.

Aunque si bien es cierto que en un principio esta institución se creó con la finalidad de posibilitar la constitución de un vínculo filial, sobre todo para aquellas personas que no podían generarlo biológicamente, a día de hoy es un instrumento que trata de asegurar el resguardo de la niña o niño que va a ser adoptado, y por ello se rige por el principio del interés superior del menor. No obedece a las conveniencias que puedan tener los particulares, sino al propósito de garantizar un entorno seguro a los sujetos más indefensos de la sociedad.

Segundo. La adopción, a pesar de ser considerada por muchos autores un negocio jurídico encuadrado en el ámbito del Derecho civil, posee una gran trascendencia pública, en lo que se refiere a la necesaria intervención de los órganos de la Administración de Justicia,

⁷¹ STSJ de Madrid (Madrid) de 25 de junio de 2007 (rec. núm. 726/2004).

entre otros, para asegurar que el procedimiento se desarrolla siguiendo el criterio de la ley, y que culmina con éxito.

Es tarea de los entes públicos cerciorarse de que aquellas personas que desean convertirse en padres mediante este acto están suficientemente capacitadas para ello, y que cumplen con las cualidades que se requieren para afrontar la carga que supone adoptar a un niño. Si se diera el caso de que la Administración responsable actúa con negligencia y finalmente no se crea la adopción, los perjudicados tendrán derecho a recibir de ella una compensación por los perjuicios sufridos, si fuera por culpa suya que dicho acto devenga ineficaz.

Tercero. La importancia de este acto se traduce en la intención que tiene el legislador de que el nexo que se crea a partir del hecho adoptivo sea indestructible, y por ello establece su irrevocabilidad (cfr. artículo 180 Cc). Sin embargo, hemos podido comprobar que este precepto no se da siempre, y que, aunque se ha intentado blindar, normalmente con resultados satisfactorios, son muchas las ocasiones en las que la adopción se extingue o incluso ni siquiera surge.

Como hemos estudiado, una adopción puede considerarse revocable o nula por muchas razones: el incumplimiento de normas imperativas, la inobservancia de los requisitos que rigen la capacidad para adoptar de los individuos, la falta de causa verdadera para adoptar, o de las declaraciones de voluntad de los interesados en el trámite, la ausencia de idoneidad, entre otras. Algunas de ellas son inexcusables, y si no se diesen sería totalmente irrealizable constituir una adopción (el requisito de la edad, ciertos tipos de relaciones entre adoptante y adoptado), pero hay otras que pueden subsanarse si se advierten con la suficiente antelación (el asentimiento de los padres biológicos).

Cuarto. El órgano jurisdiccional que esté a cargo del progreso del expediente debe también proceder adecuadamente y encargarse de que la resolución que finalmente de lugar al vínculo adoptivo se haya llevado a cabo cumpliendo las formalidades exigidas. A parte de eso, al juez se le ha concedido un amplio arbitrio mediante el cual puede decidir si es beneficioso para el menor la adopción que sobre él se va a erigir.

Como se ha dicho antes, es imprescindible encajar al niño en un contexto favorable, por lo que involucrarlo en un proceso que tiene la apariencia de no poder instaurar la integración familiar antes referida comporta una contradicción hacia el interés

superior del menor. No tiene sentido inmiscuir al infante con personas que no reúnen los mínimos exigidos para hacerse cargo de él.

Quinto. Amplia jurisprudencia trata a diario supuestos en los que la adopción es impugnada por no tener buena apariencia jurídica, al haber pasado por alto los requisitos establecidos por la ley. Ninguno de los sujetos intervinientes está exento de cometer una irregularidad que provoque la ineficacia de la adopción, por eso es tan importante que todos ellos participen en la tramitación de esta con la diligencia debida, y que, si no lo hacen así, existan mecanismos fiables y efectivos que solventen los inconvenientes que puedan surgir.

Sexto. El propósito del legislador de proteger la adopción tiene gran trascendencia legal, y es por esto por lo que dicha materia ha sufrido tantas reformas, porque se ha hecho hincapié en que con el transcurso de los años se mejore la técnica empleada para que esta esté encaminada a que la filiación que finalmente se genere sea lo más invulnerable posible, y que opere en el tráfico jurídico con fluidez.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO CRESPO, E.: *Adopción nacional e internacional. Panorámica procesal y sustantiva, incluida la intervención de los padres biológicos*. Ed. La Ley, Madrid, 2004.

ARTERO FELIPE, J. L.: “El elemento volitivo en la adopción”, *Acciones e investigaciones sociales*, nº 12, 2001. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/> (fecha de última consulta 1 de marzo de 2022).

BENÍTEZ PÉREZ, B.: “En familia por derecho, familia por acogimiento o adopción, mejor con mediación”, en AA.VV. (ORTEGA BURGOS, E y ECHEVARRÍA DE RADA, M.T., Dir.): *Derecho de Familia 2021*. Ed. Tirant lo Blanch Valencia, 2021.

CASTRO MARTÍN, R. M^a.: “El interés superior del menor”, *Observatorio de la Infancia en Andalucía*, 2011. Disponible en <https://www.observatoriodelainfancia.es/> (fecha de última consulta 27 de febrero de 2022).

GESTO ALONSO, B.: *El procedimiento de adopción*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2013.

GETE-ALONSO, M^a C y SOLÉ RESINA, J.: *Filiación y potestad parental*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

GÓMEZ BENGOCHEA, B.: *Derecho a la identidad y filiación*. Ed. Dykinson, Madrid, 2007.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: *Constitución de la adopción: declaraciones relevantes*. Ed. Aranzadi, Navarra, 2000.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: “La adopción”, en AA.VV. (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., Dir.): *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, 5^a ed, Ed. Edisofer, S.L., Madrid, 2016.

MAYOR DEL HOYO, M.^a V.: *La adopción en el Derecho común español*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MÉNDEZ PÉREZ, J.: *La adopción. Comentarios a la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas con jurisprudencia*. Ed. Bosch, Barcelona, 2000.

VELA SÁNCHEZ, A. J.:

- "Irrevocabilidad, nulidad y extinción de la adopción", ADC, 2017.
- "La nulidad de la adopción por consentimiento viciado o por inexistencia de causa verdadera respecto del adoptante". Diario LA LEY, nº 9881, de 29 de junio de 2021.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L.: *GPS Derecho de Familia*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.