

RECIENTES REFORMAS LEGISLATIVAS EN MATERIA DE
CAPACIDAD PARA ADOPTAR Y SER ADOPTADO

RECENT LEGISLATIVE REFORMS ON ABILITY TO ADOPT AND
BE ADOPTED

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 ter, diciembre 2015, pp. 207 - 228.

Fecha entrega: 30/11/2015
Fecha aceptación: 03/12/2015

CARMEN CALLEJO RODRÍGUEZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid
ccallejo@ucm.es

RESUMEN: La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia introduce importantes reformas en la legislación española de protección de la infancia y la adolescencia. Entre estas reformas cabe destacar las relativas a la adopción, siendo objeto de este trabajo el estudio de una materia de especial calado como es la relativa a la capacidad para adoptar y ser adoptado.

PALABRAS CLAVE: adopción; adoptante; adoptado; idoneidad; matrimonio; parejas de hecho.

ABSTRACT: Law 26/2015, of July 28, modifying the system of protection of children and adolescents introduced major reforms in the Spanish legislation on the protection of childhood and adolescence. These reforms included those related to the adoption, being the point of this work to study a matter of special importance as the related to the ability to adopt and be adopted.

KEY WORDS: adoption; adoptive; adopted; suitability; marriage; unmarried couples.

SUMARIO: 1. Visión general de las reformas en materia de adopción introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.- 2. Requisitos para ser adoptante.- 3. Edad.- 4. Diferencia de edad mínima entre adoptante y adoptado.- 5. Diferencia de edad máxima entre adoptante y adoptado.- 6. Prohibiciones para adoptar.- 7. Idoneidad.- 8. Adopción póstuma.- 9. Adopción conjunta. Efectos de la separación o divorcio del matrimonio o ruptura de la pareja de hecho sobre el expediente de adopción en tramitación.- 10. Requisitos para ser adoptado.

1. La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, como se señala en su Preámbulo, tiene por objeto introducir los cambios necesarios en la legislación española de protección de la infancia y de la adolescencia que permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado, mediante una normativa que constituya un referente para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia. Además, de modo recíproco, se incorporan algunas novedades que ya habían sido introducidas por algunas normas autonómicas. Asimismo, se persigue la acomodación de la legislación a los diferentes acuerdos e instrumentos internacionales relativos a los derechos de los menores ratificados por España.

En su artículo segundo se acometen importantes reformas del Código Civil, algunas de ellas relativas a la adopción, en cuestiones, en muchos casos, de especial trascendencia. Además de las novedades en materia de capacidad para adoptar y ser adoptado, que serán objeto de un detenido estudio, cabe destacar las siguientes:

a) Se modifican los supuestos en que no es preceptiva la propuesta previa de la Entidad Pública de protección de menores para iniciar el expediente judicial de adopción, añadiéndose a los supuestos que ya se contemplaban dos más: en primer lugar, cuando el adoptando sea hijo de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal (art. 176.2.2. 2º CC)-aunque, como veremos, este supuesto ya se admitía con diferente alcance por la Disp. Adic. Tercera de la Ley 11/1987-, y en segundo lugar, llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo la tutela del adoptante por el mismo tiempo (art. 176.2.2.3º CC).

b) Se introduce la guarda del menor con fines de adopción (art. 176 bis CC), que viene a sustituir al acogimiento preadoptivo, que desaparece, al ser

considerado como una fase de la adopción. Coherente con esta supresión del acogimiento preadoptivo, la Disposición Adicional Segunda de la Ley 26/2015 dispone: “Todas las referencias que en las leyes y demás disposiciones se realizasen al acogimiento preadoptivo deberán entenderse hechas a la delegación de guarda para la convivencia preadoptiva prevista en el artículo 176 bis del código Civil (...)”.

De acuerdo con la nueva regulación, la Entidad Pública, con anterioridad a la propuesta de adopción, podrá delegar -hasta que se dicte la resolución judicial de adopción- la guarda del menor en desamparo a los adoptantes que, habiendo prestado su consentimiento, reúnan los requisitos de capacidad previstos en el artículo 175 CC, y hayan sido preparados, declarados idóneos y asignados para su adopción. A tal efecto, la Entidad Pública dictará la oportuna resolución administrativa, previa audiencia de los afectados y del menor si tuviera suficiente madurez, y en todo caso si fuera mayor de doce años. Esta resolución se notificará a los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o tutela. Salvo que convenga otra cosa al interés del menor, se suspenderá el régimen de visitas con la familia de origen, excepto en los casos previstos en el artículo 178.4 CC. Los guardadores tendrán los mismos derechos y obligaciones que los acogedores familiares. La propuesta de adopción deberá realizarse en el plazo más breve posible, que no podrá superar los tres meses desde que se hubiere acordado la delegación de la guarda del menor. El plazo máximo de tres meses de esta guarda podrá prorrogarse hasta un año si la Entidad Pública lo considera necesario en función de las circunstancias del menor. Según se recoge en el Preámbulo de la Ley 26/2015, “[E]sta previsión legal permitirá que, con anterioridad a que la Entidad Pública formule la correspondiente propuesta al Juez para la constitución de la adopción, pueda iniciarse la convivencia provisional entre el menor y las personas consideradas idóneas para tal adopción hasta que se dicte la oportuna resolución judicial, con el fin de evitar que el menor tenga que permanecer durante ese tiempo en un centro de protección o con otra familia. Esto podrá tener lugar mediante la correspondiente delegación de guarda de la Entidad Pública”.

c) Respecto al procedimiento de adopción, se mantiene el consentimiento a la adopción por el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años (art. 177.1 CC). En el Anteproyecto de Ley de protección a la infancia se introducía la necesidad de consentimiento del propio adoptando, no sólo cuando tuviese doce años, sino también, “si tuviera suficiente juicio”. Sin embargo, esta última previsión fue suprimida del texto del Proyecto, y como venía dispuesto hasta entonces (art. 177.1 CC) y se mantiene ahora, éstos sólo deberán ser oídos, de acuerdo a su edad y madurez (art. 177.3.3º CC).

Como novedad se exige que debe asentir la adopción, no sólo el cónyuge del adoptante, sino ahora también, la persona unida a él por análoga relación de afectividad a la conyugal, salvo que medie separación o divorcio legal o ruptura de la pareja que conste fehacientemente. Por supuesto no es necesario este asentimiento en los supuestos de adopción conjunta (art. 177.2.1º CC). Por otra parte, se ha suprimido como excepción a la necesidad de asentimiento del cónyuge del adoptante la separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente

También han de asentir a la adopción los padres del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación, lo que sólo podrá apreciarse en el procedimiento judicial contradictorio que se tramitará conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 177.2.2º CC). En el art. 177.2.3 CC se introduce un nuevo supuesto en que es innecesario el asentimiento a la adopción de los progenitores: cuando tuviesen suspendida la patria potestad si hubieran transcurrido dos años desde la notificación de la declaración de situación de desamparo, en los términos previstos en el art. 172.2 CC, sin oposición a la misma o cuando hubiese sido desestimada dicha oposición, lo que, como dice el Preámbulo de la ley, dota de coherencia al sistema.

De especial importancia es la ampliación del tiempo que ha de transcurrir desde el parto para que la madre asienta la adopción: de treinta días, se amplía a seis semanas desde el parto (art. 177.2.4 CC). Esta previsión, que ya se había recogido en el art. 235-41.2 del Código Civil de Cataluña, da cumplimiento a lo establecido en el Convenio europeo en materia de adopción de menores (revisado) hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, y ratificado por España el 16 de julio de 2010 [vid. GARCÍA ABURUZA, M. P.: “La adopción tras el Convenio de Estrasburgo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11/2013, versión electrónica, BIB 2013/467]. Con ello se pretende dotar de mayor sosiego y libertad a la madre, pero, como ha destacado la doctrina, esta reforma también está relacionada con el intento de evitar gestaciones de sustitución [ÁLVAREZ OLALLA, P.: “Modificaciones de Derecho Civil en el Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4/2014, versión electrónica, BIB 2014/2141, p. 8].

Por otra parte, y como novedad, se prevé que también será oída por el juez la familia acogedora (art. 177.3.2º CC), pero se ha suprimido la necesidad de que sea oída la Entidad Pública, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante, cuando el adoptando lleve más de una año acogido legalmente por aquél [Respecto a esta supresión, el Consejo de Estado en su Dictamen del Anteproyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia

y a la adolescencia señala que si bien es cierto que se innova el régimen de la adopción al regular la declaración de idoneidad que elabora la Entidad Pública (art. 176,1 y 2 CC), siempre con carácter previo a la propuesta, a su vez necesaria para iniciar el expediente de adopción, salvo que en el adoptando concorra alguna de las circunstancias que contiene el art. 176.2, párr. 2, se adhiere a la opinión de varios organismos que entendían que era preciso mantener esa audiencia de la Entidad Pública, al menos para los casos en que no sea necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública para la incoación del expediente de adopción [Dictamen del Consejo de Estado del Anteproyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (VII.I), versión electrónica disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-1093>, p. 24] . En el mismo sentido se pronuncia el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto [p. 84]: “entendemos que tal audiencia –la de la Entidad Pública- resulta necesaria cuando no sea necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública para la incoación del expediente de adopción por concurrir alguna de las circunstancias del art. 176.2 CC. En consecuencia se propone el mantenimiento del número 4 del art. 177 CC vigente”. Sin embargo, el texto definitivo mantiene la supresión de la necesidad de que sea oída la Entidad Pública a fin de apreciar la idoneidad del adoptante, cuando el adoptando lleve más de una año acogido legalmente por aquel, en los términos que se recogen en el Anteproyecto].

d) Respecto a los efectos de la adopción sobre la relación del adoptado con su familia biológica, dos son las novedades.

En primer lugar, se añade un supuesto más a los casos excepcionales de mantenimiento de los vínculos familiares con la familia de origen, frente a la regla general que, como se prevé en el art. 178.1 CC, es la extinción de los vínculos jurídicos con la anterior familia. Además de los casos en que el adoptado sea hijo del cónyuge del adoptante, se añade aquel en que fuese hijo de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal [vid. *ut infra* 9]; y en ambos casos, como ya se prevenía anteriormente respecto al cónyuge, aunque éste o la pareja hubiera fallecido (art. 178.2.a CC).

Permanece en sus mismos términos el supuesto excepcional de mantenimiento de vínculos jurídicos del adoptado con su familia de origen recogido en el art. 178.2.b CC (“Cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiera sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir”).

De mayor trascendencia es la incorporación a nuestro ordenamiento de la llamada adopción abierta, en que se mantiene la relación, no los vínculos jurídicos —que se extinguen—, entre el adoptado y su familia de origen. En el Preámbulo de la Ley se señala que “[L]a oportunidad de introducir esta figura en nuestro ordenamiento jurídico obedece a la búsqueda de alternativas consensuadas, familiares y permanentes que permitan dotar de estabilidad familiar a algunos menores, especialmente los más mayores, cuya adopción presenta más dificultades. A través de la adopción abierta, se flexibiliza la institución de la adopción, posibilitando que la familia de origen acepte mejor la «pérdida», y que el menor pueda beneficiarse de una vida estable en su familia adoptante, manteniendo vínculos con la familia de la que proviene, en especial con sus hermanos, y con la que, en muchos casos, ha mantenido relación durante el acogimiento, relación que aunque no estuviera formalizada continúa por la vía de hecho”. Igualmente se indica que “se trata de una figura establecida con diferente amplitud y contenido en la legislación de diversos países, tales como los Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Austria, Canadá o Nueva Zelanda. En unos casos está configurada como «un acuerdo privado entre las partes», con supervisión y apoyo de las Entidades Públicas, y en otros debe ser confirmado por un Juez, a quien correspondería la decisión sobre su posible modificación o finalización, como es el modelo que se incluye en esta ley” [el Consejo de Estado, en su Dictamen al Anteproyecto de Ley de protección a la infancia, considera pertinente la regulación de la adopción abierta, destacando, como ha señalado la Comisión general de Codificación, el carácter excepcional de la medida y la atribución de competencias sobre esta situación a la autoridad judicial (p. 24). Sin embargo el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto se muestra más cauteloso, y señala que “no existe consenso sobre la idoneidad de esta clase de adopción, que cuenta con defensores y detractores. La posibilidad de la misma se propuso por algunos de los expertos que comparecieron ante la Comisión especial del Senado del estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines (...) se trata de una opción que pudiera ser considerada, en principio y para determinados casos, una solución adecuada para el menor, en particular en el caso de adolescentes” (p. 85)].

Se regula en el art. 178.4 CC, que dispone que se podrá acordar por el Juez en la resolución de constitución de la adopción, a propuesta de la Entidad Pública, previa valoración positiva en interés del menor, y en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa, y consentido por la familia adoptiva y por el menor que tenga suficiente madurez y, en todo caso, si tuviera más de doce años. En estos casos el Juez acordará, si lo estima oportuno, el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto entre el menor y los miembros de la familia de origen, favoreciéndose especialmente la relación entre los hermanos biológicos. En

estos casos se llevará a cabo un seguimiento postadoptivo por la Entidad Pública, que ha de remitir al Juez informes periódicos al menos durante los dos primeros años, y transcurridos éstos, a petición del Juez. En dichos informes podrá realizar propuestas de mantenimiento o modificación del régimen de visitas y comunicaciones con la familia de origen. Además, cabe la suspensión o supresión de este régimen abierto a instancia de la Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia de origen e incluso el propio menor si tuviese suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años.

El Código Civil de Cataluña en su art. 235-47.4 ya regula un supuesto similar cuando dispone que “[L]a autoridad judicial, excepcionalmente, a propuesta de la entidad pública competente o del ministerio fiscal, puede disponer que se mantengan las relaciones personales del adoptado con la familia de origen en los supuestos a que se refiere el artículo 235-44.4 o si existen vínculos afectivos cuya ruptura sea gravemente perjudicial para el interés del menor”.

e) Si el adoptado es mayor de edad, la extinción de la adopción en los términos señalados en el art. 180.2.1 CC, requiere su consentimiento expreso (art. 180.2.2 CC).

f) Se refuerza el ejercicio del derecho del adoptado a conocer sus orígenes, pues a la regulación que ya existía en el art. 180 CC, se le añaden ahora los párrafos 5 y 6 que contemplan la obligación de las Entidades Públicas de conservar la información de que dispongan relativa a los orígenes del menor, en particular la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del menor y de su familia, que se conservarán durante al menos cincuenta años con posterioridad al momento en que la adopción se haya hecho definitiva, plazo previsto en el art. 22.5 del Convenio Europeo de Estrasburgo de adopción de menores. Esta conservación sólo se llevará a cabo para que el adoptado pueda conocer sus orígenes biológicos. También se impone, tanto a las entidades públicas como a las privadas que dispongan de esos datos, la obligación de entregarlos a la Entidad Pública o al Ministerio Fiscal, cuando les sean requeridos. Con esta previsión se pretende evitar la negativa a entregar esos datos por parte de instituciones y hospitales, lo que obligaba al interesado a acudir a un procedimiento judicial [ÁLVAREZ OLALLA, P.: “Modificaciones de Derecho Civil”, cit., p. 8. En este sentido, SAP Navarra, Secc. 1ª, 13 septiembre 2011 (AC 2012, 362)].

En su Informe al Anteproyecto de Ley de protección a la infancia, el Consejo General del Poder Judicial lamentó que no se regulase la cuestión de la colisión del derecho de las personas adoptadas a conocer sus orígenes con el derecho de la madre biológica a permanecer en el anonimato, cuestión a la que se refiere la STEDH de 13 de febrero de 2003, asunto Odiviere contra Francia, pues “si bien el Tribunal Supremo, en la sentencia 773/1999, de 21

de septiembre de 1999, determinó que la reserva de la maternidad de la madre soltera era inconstitucional y que debía preferirse el interés del hijo a conocer su progenitura; en sentido justamente inverso, el Tribunal Constitucional, por sentencia de 17 de junio de 1999, rechazó la inconstitucionalidad planteada sobre la ley de técnicas de reproducción asistida y entendió que el anonimato del progenitor biológico, donante de semen, no era contrario a la Constitución y prevalecía sobre el derecho a la identidad y a la verdad biológica del hijo” [Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de protección a la infancia, p. 87].

g) En materia de nacionalidad, se regula en el art. 19 CC la posibilidad de que, sin perjuicio de que el extranjero menor de dieciocho años adoptado por un español adquiriera, desde la adopción la nacionalidad española de origen, mantenga la nacionalidad de nacimiento, siendo reconocida por España, si de acuerdo con el sistema jurídico del país de origen el menor adoptado mantiene su nacionalidad.

2. Las modificaciones introducidas por la Ley 26/2015 en el art. 175 CC relativas a la capacidad para ser adoptante se refieren a las siguientes cuestiones: (i) aumenta la diferencia de edad entre adoptante y adoptando que será de, al menos, dieciséis años, frente a los catorce exigidos anteriormente; (ii) se establece una diferencia de edad máxima para adoptar, de cuarenta y cinco años, salvo en los casos previstos en el art. 176.2 CC; (iii) se incorpora la prohibición de ser adoptante para quienes no puedan ser tutores de acuerdo con lo previsto en el Código civil; (iv) y se prevé en el propio texto del art. 175 CC la adopción por parejas de hecho.

3. Se mantiene el requisito de que el adoptante sea mayor veinticinco años, como se dispuso ya con la redacción dada al art. 175 CC por la LO 1/1996, de 1 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Por su parte, el Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado) hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 recomienda que, para poder adoptar se ha de haber alcanzado la edad mínima señalada al efecto por la ley, que no puede ser inferior a 18 años ni superior a 30. Además, exige una diferencia de edad mínima entre adoptante y adoptado de 16 años. No obstante, prevé que se prescinda de la edad mínima y de la diferencia de edad por razones de atender al interés del menor cuando el adoptante sea cónyuge o pareja de hecho registrada del padre o de la madre o en razón de la concurrencia de circunstancias excepcionales (art. 9).

Como ha señalado la doctrina, al exigir veinticinco años “el legislador se mantiene fiel a dos características omnipresentes en el Derecho español

sobre capacidad para ser adoptante; una, exigencia de una capacidad objetiva reforzada, más allá de la general capacidad de obrar plena consiguiente a la mayoría de edad; y dos, paulatina disminución en la edad legalmente fijada, desde los cuarenta y cinco años cumplidos que exigía la redacción originaria del Código” [BARBER CÁRCAMO, R.: “La filiación adoptiva”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de la familia*, vol. V, (dir. por YZQUIERDO TOLSADA, M. y CUENA CASAS, M.), vol. V, Aranzadi Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 556]. Con el señalamiento de una edad mínima de veinticinco años se busca una madurez en el adoptante que no se adquiere generalmente con la mayoría de edad. Es cierto que tampoco garantizan esa madurez el hecho de tener veinticinco años, pero al menos exige un plus de edad que permite entender, en principio, que existe esa madurez; y si a pesar de ello falta, a través de la idoneidad se podrá valorar este dato y su trascendencia a efectos de ser declarado o no idóneo para adoptar [ALBERRUCHE DÍAZ-FLOREZ, M.: “Novedades introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en materia de adopción”, *La Ley. Derecho de Familia*, 2015, Especial Reforma del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, versión electrónica].

En el caso de ser dos los adoptantes, ya sean cónyuges o pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, será suficiente con que uno de los dos haya alcanzado dicha edad, tanto si se trata de una adopción conjunta simultánea como sucesiva. Y en caso de adopción del hijo biológico del cónyuge o pareja de hecho (art. 176.2.2.º CC), la doctrina ha entendido que habría que mantener la misma respuesta, de forma que si el progenitor biológico tiene al menos veinticinco años, no será preciso que lo tenga el adoptante. Pero si el progenitor biológico no ha alcanzado esa edad y el adoptante tampoco, no podrá adoptar todavía y deberán esperar a que cualquiera de ellos alcance dicha edad [SERRANO GARCÍA, I.: en AA.VV.: *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 588; BARBER CÁRCAMO, R.: “La filiación”, cit., p. 556].

4. Desde la redacción originaria del Código, que la fijó en quince años, nuestro Código Civil ha exigido siempre una diferencia de edad mínima entre adoptante y adoptado. Lo que ha ido variando ha sido la cuantía: la Ley de 24 de abril de 1958 la elevó a dieciocho, la Ley 7/1970, de 4 de julio la bajó a dieciséis, y con la LO 1/1996, de 15 de enero la redujo a catorce. Ahora se vuelve a los dieciséis años, siendo ésta la diferencia mínima de edad que fija el Convenio europeo en materia de adopción de menores (revisado) hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008. Al fijar esta diferencia de edad mínima se pretende hacer semejante la adopción a la filiación biológica.

El art. 175.1 CC en su redacción anterior que procede de la LO 1/1996, disponía: “La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. En la adopción por ambos cónyuges basta que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, el adoptante habrá de tener, por lo menos, catorce años mas que el adoptado”. La doctrina estimaba que de la expresión “en todo caso” se derivaba que la diferencia mínima de 14 años entre adoptante y adoptado también se debía aplicar en los supuestos de adopción por ambos cónyuges, de manera que la diferencia mínima de edad debía concurrir respecto de los dos adoptantes [BARBER CÁRCAMO, R.: “La filiación”, p. 557; DÍEZ GARCÍA, H.: en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, (dir. por R. BERCOVITZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1885].

El tenor literal del primer párrafo del art. 175.1 CC en su nueva redacción dada por la Ley 26/2015 es el siguiente: “La adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años. Si son dos los adoptantes bastará con que uno de ellos haya alcanzado dicha edad. En todo caso, la diferencia de edad entre adoptante y adoptando será de, al menos, dieciséis años y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, salvo en los casos previstos en el artículo 176.2. Cuando fueran dos los adoptantes, será suficiente con que uno de ellos no tenga esa diferencia máxima de edad con el adoptando. Si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, la diferencia máxima de edad podrá ser superior”. A mi juicio, igual que sucedía en la redacción anterior, de los términos “en todo caso” se deriva que la diferencia de edad mínima debe concurrir incluso, en caso de adopción conjunta, respecto de ambos cónyuges o de los miembros de la pareja de hecho. Sin embargo, ahora no es precisa esa diferencia mínima de edad entre adoptante y adoptado en los casos previstos en el art. 176.2 CC en que no se requiere la propuesta previa de adopción de la Entidad Pública: adopción del pariente huérfano del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad, adopción del hijo del cónyuge o de la pareja de hecho, cuando el menor lleva más de un año en guarda con fines de adopción o ha estado bajo la tutela del adoptante por el mismo tiempo y cuando el adoptado es mayor de edad o menor emancipado. Con esta nueva regulación se acoge la previsión del Convenio de Estrasburgo de permitir prescindir de la edad mínima para adoptar en los casos de adopción del hijo del cónyuge o de la pareja de hecho y en otras circunstancias excepcionales, que en nuestra legislación se han concretado en las del art. 176.2 CC.

5. Rompiendo una tradición existente en nuestro Derecho que no había establecido en ningún momento un tope máximo en la diferencia de edad entre adoptante y adoptando [como recoge BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (“Comentario”, cit., pp. 298 y 299) frente a las enmiendas presentadas en este

sentido al Proyecto de 1970, la ponencia argumentó en su Informe con las siguientes palabras: “Sin dejar de valorar la trascendencia que en el orden de las relaciones paterno-filiales puede tener una excesiva diferencia de edad entre adoptante y adoptado, la ponencia se inclina a rechazar la enmienda en base a la conveniencia de mantenerse fiel, en lo posible, a nuestra tradición positiva, aun alejándola de algún ejemplo excepcional en contrario extraído del Derecho comparado, como el aducido en la enmienda”], se ha introducido en nuestro art. 175.1 CC una diferencia de edad máxima entre adoptante y adoptando de cuarenta y cinco años. Su objetivo, dice el Preámbulo de la Ley 26/2015, es evitar que las discrepancias que existen en la normativa autonómica sobre edades máximas en la idoneidad, provoquen distorsiones no deseables.

Se recogen tres excepciones a la necesidad de que exista esta edad máxima entre adoptante y adoptando:

1. En caso de adopción conjunta, esta diferencia de edad máxima sólo es precisa respecto de uno de los adoptantes.
2. Lo mismo que sucede respecto a la diferencia de edad mínima entre adoptante y adoptado, la diferencia de edad máxima no es necesario que concurra en los casos previstos en el art. 176.2 CC.
3. Tampoco se aplicará esa limitación de la diferencia máxima de edad si los futuros adoptantes están en disposición de adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales. En este caso, “la diferencia máxima de edad podrá ser superior”.

La razón de exigir esta diferencia de edad máxima, como sucede con la diferencia de edad mínima, está en aplicar el “criterio biológico” para equiparar en la medida de lo posible la diferencia máxima de edad habitual en la filiación biológica. Se trata de un criterio que no ha estado privado de críticas, si bien ha de tenerse en cuenta que la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 19 de junio de 2010, asunto Schwizgebel contra Suiza, desestimó la existencia de discriminación en la denegación de la solicitud de adopción de una mujer soltera de cuarenta y siete años basada en la diferencia de edad entre la adoptante y el menor a adoptar.

Pero, como hemos apuntado, la finalidad última que se persigue al introducir en el Código Civil una diferencia de edad máxima es la de unificar los criterios existentes en las diferentes Comunidades Autónomas, algunas de las cuales ya venían exigiendo en la práctica o por la vía legal o reglamentaria, una diferencia de edad máxima, en unos casos para obtener la declaración de idoneidad de los adoptantes, y en otros dotando a la diferencia de edad de un

valor de dato preferente en la selección de los solicitantes que ya hubiesen sido declarado idóneos [La Ley 6/1995, de 28 de marzo, sobre garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia de la Comunidad de Madrid, en su artículo 59.1.b) señala entre los criterios preferentes para la selección de los solicitantes ya declarados idóneos “los ofrecimientos cuya diferencia de edad entre adoptado y adoptante o adoptantes no sea superior a cuarenta años. En caso de adopción por parejas se considerará la edad media de ambos”. La Ley 1/2006, de 28 de febrero de Protección de Menores de La Rioja en su artículo 97, tras señalar la edad como criterio de valoración para la declaración de idoneidad, dispone en su apartado 3 que “La declaración de idoneidad podrá incluir especificaciones relativas a la diferencia de edad con el posible adoptando y con sus circunstancias y características”. La Ley 8/2010, de 23 de diciembre de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia de Cantabria señala en su artículo 78.5: “Para la adopción, la diferencia máxima de edad entre adoptado y adoptante no superará los cincuenta años, tomando en consideración en el caso de parejas al miembro de menor edad”. La Ley 3/2011, de 30 de junio de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia en su artículo 77.2.a) señala entre las circunstancias a tener en cuenta en la valoración de la idoneidad “que entre la persona adoptante y la adoptada exista una diferencia de edad adecuada, siguiendo un criterio biológico normalizado y ajustado a sus correspondientes etapas vitales”. Y en el artículo 77.1 a) del Decreto 42/2000, de 7 de enero que refunde la normativa vigente en materia de familia, infancia y adolescencia se recogen como aspectos que deben tenerse en cuenta en el proceso de valoración de la idoneidad de los solicitantes de adopción que entre el solicitante y el menor haya una diferencia de edad adecuada que no sea superior a los cuarenta años, excepto que los solicitantes estén en disponibilidad de aceptar grupos de hermanos o menores con especiales dificultades, caso en que la diferencia de edad podrá ser superior. Este criterio de valoración de la idoneidad ya se había recogido anteriormente en el art. 49 a) del Decreto 112/1995, de 31 de marzo, sobre medidas de protección de menores y la adopción y en el art. 33 a. de la Ley 3/1997, de 9 de junio de protección jurídica, económica y social de la familia, infancia y adolescencia de Galicia].

Como acertadamente señaló MORENO FLÓREZ, “si lo que se pretende con la adopción es un instrumento de integración familiar de determinados menores, constituyendo una filiación, quizá hubiera sido deseable señalar alguna edad máxima para adoptar para evitar que lo que no prohíbe la ley, los prohíban “los equipos técnicos” de las entidades que realizan las propuestas de adopción que excluyen, sistemáticamente, en la selección de adoptantes a los que superan determinadas edades” [en *Comentarios al Código civil*, (coord. por RAMS ALBESA, J. y MORENO FLÓREZ, R. M^a), T. II, vol. 2º, Bosch, Barcelona, 2000, p. 1593].

Con esta nueva exigencia, nuestro legislador acepta la tesis de quienes defendían que la diferencia de edad máxima constituyese, como la diferencia de edad mínima, un factor automáticamente excluyente que suponga el rechazo automático de los solicitantes de la adopción que superen los límites de edad establecidos, aun a costa de impedir valorar de hecho, en cada caso concreto, a la vista de otras circunstancias, lo que es más conveniente para el menor. El criterio opuesto es el que presidió la modificación de la Ley Foral navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia, que exigía en la letra c del art. 74, que en el supuesto de adopción de menores en situación jurídica de desamparo la media de edad de los adoptantes no superase en cuarenta y cinco años a la del menor adoptado, y que ninguno de los adoptantes tuviera más de sesenta años. Sin embargo esta previsión fue derogada por la Ley Foral núm. 18/2010, de 8 de noviembre por la que se modifica la Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia. Como se recoge en la Exposición de Motivos de esta ley, una de las cuestiones más debatidas y controvertidas en la aprobación de las normas sobre adopción, tanto estatales como autonómicas, ha sido la relevancia que ha de darse a la edad de los solicitantes de adopción, a efectos de valorar su idoneidad. La exigencia del art. 74.c) constituía un requisito de origen exclusivamente foral, que se suma a los previstos con carácter general. Esta limitación suponía el rechazo automático de los solicitantes de la adopción, tanto nacional como internacional, que superasen los límites de edad establecidos por la Ley Foral, rechazo que impedía valorar de hecho, en cada caso concreto, a la vista de otras circunstancias, lo que es más conveniente para el menor. Por eso, el legislador navarro estimó que con el fin de que en la evaluación de la idoneidad de los solicitantes de adopción, la edad no fuera un factor automáticamente excluyente, resultaba necesario suprimir esa limitación y posibilitar la evaluación en función del conjunto de criterios concurrentes.

6. A las prohibiciones para adoptar del art. 175.3 CC (los abuelos, respecto a sus nietos, hermanos y cuñados, y el tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela) ahora se añade la prohibición de ser adoptantes de los que no puedan ser tutores de acuerdo con lo previsto en el Código civil, lo que supone una remisión a los arts. 243, 244 y 245 CC.

7. El párrafo primero del art. 176 CC, en su redacción dada por la Ley Orgánica 1/1996, de 1 de enero, que se mantiene, establece que la adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá siempre en cuenta el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de

la patria potestad. En su párrafo segundo, tras señalar que para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad hubiese declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad, disponía que “[L]a declaración de idoneidad podrá ser previa a la propuesta”. Sin embargo, con la nueva redacción dada por la Ley 26/2015, dice que “[L]a declaración de idoneidad deberá ser previa a la propuesta”. Como se señala en el Preámbulo de esta Ley, con esta modificación se persigue aclarar que la declaración de idoneidad de los adoptantes ha de ser necesariamente previa a la propuesta de adopción que la Entidad Pública formula al Juez, “cuestión que no estaba claramente establecida”.

La Ley 26/2015 introduce una modificación de calado que, como señala en su Informe al Anteproyecto de ley el Consejo General del Poder Judicial, es consecuencia necesaria para el adecuado cumplimiento del artículo 15 del Convenio de la Haya relativo a la Protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 23 de mayo de 1993, ratificado por España el 30 de mayo de 1995 y el artículo 10 del Convenio Europeo en materia de adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 y ratificado por España: define la idoneidad para adoptar, estableciendo los requisitos para su declaración por parte de la Entidad Pública, en la correspondiente declaración (art. 176.3 CC) [en su Informe al Anteproyecto, el Consejo General del Poder Judicial advierte que en la definición de idoneidad del art. 176.3 no se incluía ninguna referencia a la discapacidad, que sí se prevé en el art. 10.5 de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional, “por lo que deberían revisarse ambos preceptos para una correcta coordinación, más cuando la reforma viene a establecer la posibilidad de que unas mismas personas sean declaradas simultáneamente para la adopción nacional y la adopción internacional, siendo compatible la tramitación de su petición u ofrecimiento para los dos ámbitos” (pp. 80 y 81). Sin embargo el texto de este precepto se mantuvo en los mismos términos en el Proyecto y en el texto definitivo aprobado por las Cortes].

La introducción de una definición de la idoneidad para adoptar, según del Preámbulo de la Ley 26/2015, tiene como fin “fortalecer la seguridad jurídica”. Se recoge en el art. 176.3 CC, que dispone: “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”. Para emitir esa declaración de idoneidad, se prevé de forma expresa que la Entidad Pública requerirá una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes, así como si el adoptante o adoptantes tienen capacidad para establecer vínculos estables y seguros, y valorará sus habilidades educativas y su aptitud para

atender a un menor en función de sus singulares circunstancias (art. 176.3.2 CC).

Además se ordena que las personas que se ofrezcan para la adopción deben asistir a las sesiones informativas y de preparación organizadas por la Entidad Pública o por la Entidad colaboradora autorizada (art. 176.3.4 CC).

Se incluye expresamente que no podrán ser declarados idóneos para la adopción quienes se encuentren privados de su patria potestad o tengan suspendido su ejercicio, o hayan confiado la guarda de su hijo a una Entidad Pública (art. 176.3 párr. 3 CC). No se trata de una cuestión que afecte a la capacidad para adoptar, como sucede con aquellos que no pueden ser tutores (art. 175.1. párr. 2 CC), sino a la idoneidad.

Una vez que la Entidad Pública haya valorado positivamente todos estos aspectos, formalizará la declaración de idoneidad mediante la correspondiente resolución (art. 176.3.2 CC) [respecto al procedimiento de adopción, constituye un acto de jurisdicción voluntaria, regulado en los arts. 33 a 42 de la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria]. Como ha destacado la doctrina, la competencia para pronunciarse sobre la idoneidad del adoptante no la tiene a priori en el Derecho español el Juez, sino las entidades públicas. El Juez podrá (y deberá) posteriormente valorarla, pero nunca la declarará ab initio. Esto ha sido criticado en cuanto es un síntoma más de la administrativización que está sufriendo el Derecho civil y dentro de él, de manera particular, la materia de protección de menores [ALBERRUCHE DÍAZ-FLÓREZ, M.: “Novedades introducidas”, cit.]. Pero al Juez le corresponde con carácter exclusivo aprobar o denegar la adopción, por lo que se mantiene inalterada la valoración discrecional judicial en orden a la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad [en este sentido, MORENO FLÓREZ, que añade: “Si el juez puede denegar la adopción a pesar de contar con los consentimientos exigidos, también podrá denegarla si entiende que el adoptante o adoptantes no reúnen las condiciones de idoneidad para el ejercicio de la patria potestad, aunque el criterio de la entidad pública sea el contrario” (“Comentarios”, cit., p. 1599)].

8. La nueva redacción del art. 176.4 CC mantiene la previsión que tenía anteriormente el art. 176.3 CC en referencia a la posibilidad de que se constituya la adopción aunque el adoptante hubiese fallecido, cuando en el adoptando concurre alguna de las circunstancias siguientes: 1.^a Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad. 2.^a Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal. Este supuesto en la redacción anterior sólo se

refería al cónyuge y ahora se amplía a la pareja estable. 3.^a Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo. Para este caso se ha sustituido la referencia al acogimiento preadoptivo de un año por la nueva figura de la guarda con fines de adopción (art. 176 bis CC).

En la redacción anterior se admitía esta adopción póstuma si el adoptante había prestado ya ante el juez su consentimiento, pero ahora se añade la posibilidad de que el consentimiento se hubiese otorgado en documento público o en testamento. Esta previsión no se recogía en el texto del Anteproyecto, y fue introducida en el Proyecto a instancia del Consejo de Estado, que en su Dictamen del Anteproyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia sugirió que además de la prestación del consentimiento ante el juez, se ampliase a otros medios de prestación como son los que finalmente se introdujeron en el Proyecto y en el texto vigente [Dictamen del Consejo de Estado del Anteproyecto de ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, p. 24]. Una previsión similar ya se recogía en el art. 235-32.3 del Código Civil catalán, que permite la adopción si el adoptante fallecido ha dado previamente su consentimiento ante la autoridad judicial, o en testamento, codicilo o escritura pública.

En todos estos casos, tal como se disponía en la redacción anterior, los efectos de la resolución judicial de constitución de la adopción se retrotraerán a la fecha de prestación del consentimiento (art. 176.4 CC).

9. La Ley 26/2015 introduce en el texto del art. 175 CC la adopción por más de una persona, conjunta o sucesiva, no sólo para los cónyuges, sino también para las parejas unidas por análoga relación de afectividad a la conyugal (art. 175.4 CC), lo que comprende tanto la heterosexual como homosexual. En esta línea de equiparación de las parejas de hecho con el matrimonio a efectos de ser adoptantes, se establece en el art. 175.4 CC que el matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permitirá al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte, y que también es de aplicación esta previsión a las parejas que se constituyan con posterioridad a la adopción.

Aunque el texto del art. 175.4 CC redactado por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre de modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción sólo reconoció la adopción conjunta simultánea y sucesiva para los cónyuges, la Disposición Adicional Tercera de esa misma Ley [“Las referencias de esta ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de

forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”] -que no fue modificada por la Ley 1/1996- reconoció la capacidad para adoptar “simultáneamente” a un menor, “al hombre y la mujer integrantes de una pareja de hecho unidos de forma permanente por relación análoga a la conyugal”. Al exigir que fuesen hombre y mujer los adoptantes, quedaba excluida la adopción por parejas homosexuales. Además, tal previsión sólo se refiere a la adopción conjunta simultánea, no a la sucesiva [MORENO FLÓREZ, R. M^a.: “Comentarios”, cit., p. 1597)].

Con la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo tras la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, se da nueva redacción al art. 175.4 para admitir la adopción conjunta o sucesiva por matrimonios homosexuales [La redacción que se da al art. 175.4 CC por la Ley 13/2005, de 1 de julio es la siguiente: “4. Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges. El matrimonio celebrado con posterioridad a la adopción permite al cónyuge la adopción de los hijos de su consorte. En caso de muerte del adoptante, o cuando el adoptante sufra la exclusión prevista en el artículo 179, es posible una nueva adopción del adoptado”]. Un sector de la doctrina entendió que también cabía la adopción conjunta tanto simultánea como sucesiva por parejas homosexuales, a pesar de que la aludida Disposición Adicional Tercera de la Ley 11/1987 sólo se refiriera a uniones heterosexuales [en contra de tal postura se manifiesta BARBER CÁRCAMO, R.: “La filiación”, cit., p. 541]. Con esta modificación del art. 175.4 CC por la Ley 26/2015 se recoge la equiparación total de las parejas unidas por análoga relación de afectividad a la conyugal al matrimonio a efectos de adopción, previsión que ya se recoge en el texto principal del Código civil, y se disipan las dudas referidas a la capacidad para adoptar conjunta y simultáneamente o sucesivamente a las parejas heterosexuales y homosexuales.

El texto del Anteproyecto se refería a la “pareja de hecho inscrita en el correspondiente registro”. Sin embargo en su Informe al Anteproyecto, el Consejo General del Poder Judicial estimo que en atención a la naturaleza de la adopción, sería aconsejable que “se indicara que ha de tratarse de una pareja de hecho unida de forma permanente con relación análoga a la conyugal”. Esta misma opinión se mantiene en el Informe del Anteproyecto por el Consejo Fiscal, que propone la siguiente redacción: “nadie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges o pareja de hecho unida de forma permanente por relación de efectividad análoga a la conyugal inscrita en el correspondiente registro” [Informe del Consejo Fiscal disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/2914I_NFORME%20CF%20LEY%20PROTECCION%20INFANCIA.pdf?idFile

[=ccc43a18-67fc-470d-8bb2-172759eff938](#), p. 70]. En el Proyecto se acoge esta propuesta de referirse a aquellas parejas unidas por análoga relación de afectividad a la conyugal, pero se elimina el requisito de la inscripción, cosa que no había sido sugerida en ninguno de estos informes. El texto del Proyecto es el que se aprueba ya como texto definitivo con los siguientes términos: “pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal”, lo que conlleva volver a la redacción que se recogió en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 11/1987 (“pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”), si bien se elimina la necesidad de que sea una unión permanente.

Deja por tanto sin determinar qué se entiende por pareja a estos efectos, y cual reúne los requisitos de relación de afectividad análoga a la conyugal, así como qué tipo de pruebas deberán aportarse para acreditarlo. No se señala tampoco ahora quien debe apreciar si existe esa relación de afectividad [MORENO FLÓREZ, R. M^a.: “Comentarios”, cit., p. 1594, en referencia a la redacción anterior, señaló que quedaron sin aclarar una serie de extremos relativos a estas parejas, “tales como qué tipo de pruebas han de aportarse para demostrar esa Relación de afectividad similar a la conyugal, la permanencia de la unión, etc., entendiéndose que será cualquiera de las admitidas en derecho, así como tampoco se señala quien debe apreciar esa relación de afectividad y la suficiencia de la misma, entendiéndose que debería ser el Juez que entienda del expediente, aunque se haya iniciado a propuesta de la entidad pública, lo que no obsta para que se preste a un claro fraude de ley (...). La dificultad estribará en determinar si una pareja en concreto –la que en un momento determinado haya de ser evaluada por los servicios de la entidad pública- reúne los requisitos de «afectividad análoga a la conyugal» o «unión permanente»”].

Por otra parte, como hemos hecho notar, no se exige ya que se trate de pareja unida de forma permanente, lo que parece querer excluir la necesidad de que la pareja acredite un tiempo de convivencia, de la misma manera que no se exige que haya transcurrido cierto tiempo desde que los adoptantes contrajeron matrimonio. Sin embargo, no faltan normas autonómicas que sí exijan un tiempo mínimo de convivencia en las parejas de hecho para poder adoptar conjuntamente, e incluso en el matrimonio. Así, la Ley Foral Navarra 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción y atención a la infancia y a la adolescencia, exige a las parejas estables que acrediten una convivencia de dos años (art. 74.f). Igualmente, la Ley de Protección de Menores de La Rioja 1/2006, de 28 de febrero también exige una duración convivencial previa entre los miembros de la pareja de hecho en su art. 96 relativo a los criterios de exclusión de solicitudes de adopción que dispone que no se admitirán las solicitudes de adopción, excluyéndose con carácter previo a su valoración técnica para la declaración de idoneidad, en caso de adopción conjunta, los

solicitantes que no acrediten tres años de convivencia. En el mismo sentido, la Ley 3/2005, de 18 de febrero de atención y protección a la infancia y la adolescencia del País Vasco, en su art. 83.1 fija entre los presupuestos de idoneidad en el caso tanto de matrimonio como de pareja de hecho una duración mínima de la convivencia de dos años anteriores a la solicitud.

Además de la adopción conjunta por las parejas de hecho unidas por análoga relación de afectividad a la conyugal y de los cónyuges, cabe la adopción unilateral por el cónyuge, o la persona unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, ya sea una unión entre personas de mismo o de distinto sexo, del hijo biológico del otro cónyuge o miembro de la pareja, previsión ésta que no se recogía de forma expresa en el art. 178.2.a) CC anterior. No obstante, la doctrina ya entendió admisible este supuesto en aplicación del art. 178.2.b) CC, que disponía –texto que se mantiene con Ley 26/2015- que frente a la regla general consistente en la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior a causa de la adopción, subsistirán los vínculos jurídicos con la familia de origen “cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado, siempre que tal efecto hubiere sido solicitado por el adoptante, el adoptado mayor de doce años y el progenitor cuyo vínculo haya de persistir” [algunos autores entendieron que aunque el art. 178.2.1º CC sólo se refería en su tenor literal al matrimonio, de la Disp. Adic. Tercera de la Ley 21/1987, se derivaba una equiparación a efectos de adopción entre uniones de hecho y matrimonio que suponía que esta excepción también debía aplicarse a la adopción del hijo del conviviente no matrimonial del adoptante (DÍEZ GARCÍA, H.: “Comentarios”, cit., p. 1925). MORENO FLÓREZ (“Comentarios”, cit., pp. 1612 y 1613) estima que, a pesar de entender que la equiparación de la pareja estable con el matrimonio en la Disp. Adic. Tercera de la Ley 11/1987 sólo se refiere a los supuestos de adopción conjunta simultánea, en virtud del art. 178.2 CC era posible la adopción de quien es hijo por naturaleza de la persona que forma pareja estable con el adoptante].

Se regulan con carácter novedoso, a propuesta de algunas Comunidades Autónomas, los efectos de la separación o divorcio y ruptura de la pareja de hecho sobre el expediente de adopción en tramitación. Se permite en el nuevo párrafo 5 del art. 175 CC la adopción conjunta por ambos cónyuges o pareja de hecho, aun cuando se hayan separado o divorciado antes de la propuesta de adopción, siempre que se den los siguientes presupuestos:

1º) Que el adoptando estuviera en acogimiento permanente o guarda con fines de adopción de los dos cónyuges o de una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal.

2º) Que se produzca la separación o divorcio legal o la ruptura de la relación de los mismos que conste fehacientemente con anterioridad a la propuesta de adopción.

3º) Y que se acredite la convivencia efectiva del adoptando con ambos cónyuges o con la pareja unida por análoga relación de naturaleza análoga a la conyugal durante al menos dos años anteriores a la propuesta de adopción.

10. Se mantiene los requisitos que ya existían para ser adoptado (art. 175.3 CC), si bien respecto a las condiciones para que pueda ser adoptado un mayor de edad o un menor emancipado, se modifica el “dies a quo” del acogimiento o convivencia previos, de forma que ahora ya no es preciso que haya comenzado antes de que el adoptando haya cumplido 14 años, como exigía el anterior art. 175.2 CC, sino que basta con que haya existido al menos un año.

En efecto, en la redacción anterior se decía que cabría la adopción del mayor de edad o del menor emancipado “cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiera existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptando hubiere cumplido los catorce años”, de manera que era preciso que la convivencia o acogimiento se hubiera iniciado al menos a los 13 años, y se hubiera prolongado de forma ininterrumpida hasta la emancipación si bien no exigía “que esa situación de convivencia subsistiera en el momento de la adopción, permitiéndose –al menos en hipótesis teórica- la adopción de un mayor de edad con quien se hubiese convivido anteriormente” [MORENO FLÓREZ, R. M^a.: “Comentarios”, cit., p. 1595]. Sin embargo, en la nueva redacción introducida por la Ley 26/2015, el art. 175.2 CC dispone que cabe esta adopción “cuando, 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”. Como señaló el Consejo General del Poder Judicial en el Informe al Anteproyecto -en que ya se recogía esta previsión, que se mantuvo en los mismos términos en el texto definitivo-, cabe hacer una valoración favorable de esta modificación “que posibilitará la adopción de mayores o menores emancipados que convivan con los futuros adoptantes” [Informe al Anteproyecto del Consejo General del Poder Judicial, p. 79]. Ya no se requiere una duración tan larga de la convivencia o acogimiento, ni se exige el requisito de que sea ininterrumpida. Tampoco se exige que el acogimiento o la convivencia estable de un año subsista en el momento de la adopción, por lo que cabe la adopción de un emancipado con quien se hubiese convivido anteriormente. Lo que sí se precisa es que la situación de convivencia estable o de acogimiento del

adoptando con los futuros adoptantes existiera inmediatamente antes de la emancipación o de la mayoría de edad.

ÍNDICE