



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

DICTAMEN 7/2011, *SOBRE LAS DECLARACIONES DE IDONEIDAD PARA LA ADOPCIÓN, SOBRE EL PROCESO PARA IMPUGNARLAS Y SOBRE LA INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN EL MISMO*

1.- Planteamiento de la cuestión 2.- Regulación 3.- Algunas pautas de la jurisprudencia menor 3.-1 Cuestiones de fondo 3.-2 Prueba sobre la idoneidad 4.- Idoneidad y edad máxima para adoptar 5.- Procedimiento de impugnación 6.- Intervención del Fiscal 7.- Legitimación de los padres biológicos para impugnar la idoneidad de los adoptantes 8.- Idoneidad por silencio administrativo 9.- Conclusiones

1.- Planteamiento de la cuestión

La Fiscalía consultante plantea si el Fiscal debe intervenir en los procedimientos incoados en impugnación de resoluciones administrativas en las que se declara la inidoneidad para la adopción de los solicitantes.

La adecuada respuesta a esta cuestión exige algunas consideraciones previas sobre la adopción.

La constitución de la adopción requiere, desde el punto de vista de los adoptantes, la concurrencia de unos presupuestos previos.

En primer lugar, deben tener capacidad para adoptar. Ello supone cumplir las exigencias objetivas de tener más de 25 años y 14 años más que el adoptando y de no estar incurso en prohibiciones relativas (art. 175 del Código Civil y 235.30 Ley 25/2010, de 29 de julio, *del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia*). La capacidad para adoptar es fácilmente constatable,



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

no requiriendo ninguna declaración específica.

En segundo lugar, además de ser genéricamente capaces, los solicitantes deben ser declarados específicamente idóneos por la Administración autonómica competente.

No es necesario este presupuesto cuando la adopción lo sea de un pariente dentro del tercer grado por consanguinidad o afinidad que sea huérfano, del hijo del consorte, del acogido preadoptivo o pupilo, o de un mayor edad o emancipado. Los adoptantes relacionados en el art. 176.2 CC pueden promover judicialmente por sí ante el Juzgado la adopción, pues las peculiares relaciones que le unen al adoptando hace prescindible la garantía de la previa declaración de idoneidad, pudiendo decirse que concurre una presunción *iuris tantum* de idoneidad. Ello no obstante, salvo en el caso de mayores de edad o emancipados, los demás supuestos no están exentos de la comprobación de que van a desempeñar sus funciones como padres adecuadamente, análisis que corresponde directamente al Juez.

En tercer lugar, ser elegidos. La asignación de menores adoptables a personas declaradas idóneas para adoptar no se realiza conforme a un criterio meramente cronológico. Las personas con capacidad y declaradas idóneas deben ser asignadas a niños adoptables en concreto, en cuanto mejor se ajusten a las necesidades de éstos. Debe partirse de la legitimidad de establecer criterios de elección que introduzcan correcciones al *prior tempore*, siempre que estén justificados por responder a una adecuada aplicación del principio del superior interés del menor. Más allá de los criterios genéricos que atribuyen capacidad e idoneidad, es imprescindible que las personas declaradas idóneas finalmente elegidas sean las que mejor se ajustan a un niño en concreto: ello lleva a que la



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

elección se dilucide en base al perfil y características del niño para el que se buscan padres. Así, *ad exemplum*, el art 104.6 de la de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de *Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León* declara que *la selección de los adoptantes se orientará a la determinación del más adecuado de entre los declarados idóneos, atendiendo siempre al interés del menor y en base a los criterios reglamentariamente establecidos*. En este mismo sentido puede citarse el art. 34.2 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de *los Derechos y la Atención al Menor* (Andalucía) que establece que *los criterios de selección se establecerán reglamentariamente atendiendo a la aptitud que resulte de la declaración de idoneidad, la relación y composición familiar y aquellas otras condiciones que se determinen teniendo en cuenta, primordialmente, el superior interés del menor* .

La calificación de idoneidad es, pues, una garantía que los Estados han de seguir para asegurar, en la medida que sea posible, desde un punto de vista objetivo y científico, que el perfil de los adoptantes reúne un mínimo de condiciones para que la adopción tenga razonables posibilidades de éxito. (SAP Barcelona, secc. 18, de 29 de junio de 2009). Constituye una garantía para el menor en la medida en que un organismo público valora de forma imparcial las aptitudes de los futuros padres adoptantes (SAP Málaga, sec. 6ª, nº 950/2004, de 30 de diciembre).

La valoración de los solicitantes para ser padres adoptivos, a través del estudio de las circunstancias sociofamiliares y psicológicas de éstos, permite tener la certeza acerca de su idoneidad para asegurar la cobertura de las necesidades físicas, psicológicas y sociales del menor, así como para el cumplimiento de las obligaciones legalmente establecidas respecto de los adoptandos.

A través de la exigencia de la constatación de idoneidad se persigue



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

igualmente evitar generar vínculos deficientes o poco exitosos.

Deben subrayarse los límites temporales de la declaración de idoneidad: ésta se refiere al momento en el que ha sido valorado quien pretende adoptar. Ello tiene dos derivaciones: por una parte, el declarado inidóneo puede volver a formular una nueva solicitud en el futuro, superados los problemas que motivaron la desestimación. En este sentido, la SAP Cádiz, secc. 2ª, nº 132/2003, de 31 de octubre declara que la decisión administrativa de inidoneidad no tiene “carácter absoluto y definitivo al estar referida a una situación concreta y a un momento determinado”. También el art 73.3 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, *de Atención Integral a los Menores* (Canarias) establece que “sin perjuicio de las reclamaciones que puedan interponer los interesados, podrán volver a instar nueva solicitud cuando las causas en que se fundamentó la resolución hubieran desaparecido”.

Por otra, el declarado idóneo puede devenir inidóneo por el transcurso del tiempo unido al cambio de las circunstancias que presidieron el dictado de tal resolución.

Igualmente deben tenerse presentes los límites subjetivos de la declaración de idoneidad: puede existir idoneidad para una tipología de menores y no para otra.

También es importante reparar en que la declaración de no idoneidad para la adopción no desacredita ni cuestiona el adecuado desenvolvimiento del solicitante en otros ámbitos de la vida familiar, incluso para el desempeño de la paternidad biológica.

Por otro lado, la declaración de idoneidad no confiere el derecho a adoptar a un menor sino a integrarse en el registro administrativo correspondiente (SAP Cádiz, sec. 2ª, nº 132/2003, de 31 de octubre). Expresamente declara el art 58.5 de la



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Ley 3/1999, de 31 de marzo, *del Menor de Castilla-La Mancha* que “la declaración de idoneidad atribuye al solicitante el derecho a que su petición de adopción sea inscrita como tal en el Registro de Adopciones de Castilla-La Mancha y nunca el derecho a adoptar a un menor”. En el mismo sentido, el art. 99.2 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, *de Protección de Menores de La Rioja* establece que “la declaración de idoneidad no reconoce derecho alguno a formalizar la adopción de un menor”. Igualmente pueden mencionarse los arts 104.5 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, *de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León*, el art 33.2 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, *de los Derechos y la Atención al Menor (Andalucía)* y el art 60 de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, *de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid*.

2.- Regulación

La introducción del requisito de la declaración previa de idoneidad entronca con lo dispuesto en el art. 21 de la Convención de los Derechos del Niño, conforme al que *los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea consideración primordial ,...*

Aunque no se establece específicamente la comprobación de la idoneidad, tal requisito puede deducirse de este precepto, en tanto exige que el interés superior del niño sea la consideración primordial en la adopción.

El Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 mayo 1993, ratificado por España en 30 de junio de 1995 sí que introduce expresamente este requisito. En efecto, en su art. 15 se dispone que *si la Autoridad Central del Estado de recepción considera que los solicitantes son adecuados y aptos para adoptar, preparará un informe que*



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

contenga información sobre su identidad, capacidad jurídica y aptitud para adoptar, su situación personal, familiar y médica, su medio social, los motivos que les animan, su aptitud para asumir una adopción internacional y sobre los niños que estarían en condiciones de tomar a su cargo ...

Desde el punto de vista de nuestro Derecho interno, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de *Protección Jurídica del Menor* (en adelante LOPJM) en su Exposición de Motivos declara que *en materia de adopción, la Ley introduce la exigencia del requisito de idoneidad de los adoptantes, que habrá de ser apreciado por la entidad pública, si es ésta la que formula la propuesta, o directamente por el Juez, en otro caso.*

La LOPJM daba nueva redacción al art. 176 CC en los siguientes términos: *1. La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad.*

2. Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad podrá ser previa a la propuesta.

La LOPJM no definió la idoneidad. El art.1829 LEC 1881 se refería a las condiciones personales, familiares, sociales, y medios de vida.

Las Audiencias Provinciales han ensayado definiciones, como “la solvencia personal, social y económica de la persona que solicita la adopción” (SAP Málaga, sec. 6ª, nº 143/2008, de 11 de marzo).



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

En el ámbito autonómico también se ensayaron definiciones: en Cantabria, el art. 34 del Decreto 58/2002 de 30 de mayo la define como "la adecuación y aptitud de los solicitantes para ejercer los deberes inherentes a la patria potestad, constatadas por la Administración".

Con más precisión, en Castilla- La Mancha el art. 6 del Decreto 45/2005 de 19 de abril conceptúa la idoneidad como "la capacidad, actitud y motivaciones de los solicitantes de adopción para afrontar satisfactoriamente la paternidad adoptiva". El art 97.1 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, *de Protección de Menores de La Rioja* dispone que "la declaración de idoneidad comporta una constatación administrativa sobre la adecuación y aptitud de los solicitantes de adopción para asumir los efectos de ésta como forma de filiación y ejercer los deberes inherentes a la patria potestad". El art 7 del Decreto 372/2007, de 30 de noviembre, *por el que se regulan los procedimientos administrativos en materia de adopción de menores en la Región de Murcia* lo define como "aptitud para cubrir las necesidades del menor y cumplir las obligaciones establecidas legalmente, ofreciéndole la estabilidad, el afecto, la estimulación, el cuidado y el respeto a sus señas de identidad que le permitan un desarrollo integral".

El Anteproyecto de Ley de Adopción internacional aportaba en su art. 9 un concepto: *se entiende por idoneidad la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para asumir las consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción internacional.*

El informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto sugirió que el concepto de idoneidad *debe ser común para la adopción ordinaria y para la adopción internacional, por lo que quizás el concepto sobra en esta Ley especial y debiera introducirse con vocación de generalidad en el Código Civil.*



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

En el texto definitivo de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de *Adopción internacional*, se incorpora la siguiente definición, en relación con esta específica modalidad de adopción: *se entiende por idoneidad 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 internacional*.

Aunque no se asumió la sugerencia del Consejo Fiscal y se ha mantenido un concepto orientado hacia la adopción internacional, el mismo ha sido utilizado para adopciones internas.

En este sentido, la SAP La Coruña, sec. 4ª, nº 15/2010, de 15 de enero declara que *es cierto que la mentada Ley se refiere a la adopción internacional y, en este caso, nos hallamos ante una adopción nacional, mas en cualquier caso el concepto de idoneidad es extrapolable al presente procedimiento, pues, en definitiva, se trata de la integración de un menor en una familia que lo va adoptar como hijo, con los mismos derechos que los biológicos*. En la misma línea pueden mencionarse las SSAP Barcelona, sec. 18ª, nº 687/2009, de 16 de diciembre y nº 145/2010, de 2 de marzo que además declaran que *dicha definición viene a recoger la exigencia de un plus de capacidad, de aptitud y de motivación, adecuada a las necesidades de los niños adoptados, recogiendo en la definición la existencia de peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción internacional*.

La regulación de la idoneidad para adoptar también se contempla en la legislación autonómica en los siguientes preceptos: art 77 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de *la infancia y la adolescencia en Aragón*, art 73 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de *Atención Integral a los Menores* (Canarias), art 78 de la Ley 8/2010, de



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

23 de diciembre, *de garantía de derechos y atención a la infancia y la adolescencia* (Cantabria), art 33 de la Ley 3/1997, de 9 de junio, *gallega de la familia, la infancia y la adolescencia* y arts. 77 y ss del Decreto 42/2000, de 7 de enero; art 58 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo, *del Menor de Castilla-La Mancha*, arts 97 y ss de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, *de Protección de Menores de La Rioja*; art 126 Ley 12/2008, de 3 de julio, *de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana*, arts 42 y ss del Decreto Foral 7/2009, de 19 de enero, *por el que se aprueba el reglamento de desarrollo parcial de la ley foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y la adolescencia*; art 104 Ley 14/2002, de 25 de julio, *de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León*; arts 70 y ss del *Reglamento de Protección de los Menores Desamparados y de la Adopción* (Decreto 127/1997, de 27 de mayo, Cataluña) , art 33 Ley 1/1998, de 20 de abril, *de los Derechos y la Atención al Menor* (Andalucía); art. 83 Ley 3/2005, de 18 de febrero, *de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia* (País Vasco); art 57 Ley 1/1995, de 27 de enero, *de Protección del Menor* (Asturias); arts 7 y ss del Decreto 372/2007, de 30 de noviembre, *por el que se regulan los procedimientos administrativos en materia de adopción de menores en la Región de Murcia*; arts 8 y ss del Decreto 5/2003, de 14 de enero, *por el que se establece el procedimiento de valoración de las solicitudes de adopción y acogimiento familiar y de selección de adoptantes y acogedores* (Extremadura); arts 59 y ss de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, *de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid* y arts 25 y ss del Decreto 40/2006, de 21 de abril, *por el cual se regulan los procedimientos de acogimiento familiar, de adopción y de determinación de idoneidad* (Baleares).

Debe también tenerse en cuenta que en algunas CCAA se establecen criterios específicos de idoneidad para las adopciones internacionales.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

3.- Algunas pautas de la jurisprudencia menor

3.-1 Cuestiones de fondo

La determinación de la idoneidad es una operación esencialmente casuística, siendo difícil extraer pautas generales.

Con carácter general cabe constatar que el juicio de idoneidad es difícil en sí y *unido a la imposible previsibilidad del comportamiento humano, obliga a una cuidadosa valoración de las circunstancias concurrentes, expresadas en los informes sociales y psicológicos existentes en el expediente administrativo y manifestaciones de los solicitantes* (SSAP Málaga, secc. 6ª, nº 950/2004, de 30 de diciembre y Asturias, secc. 6ª nº 94/2004, de 15 de marzo). Deben alcanzarse soluciones a través de las que *se evite tanto abrir las puertas de esta forma de filiación a personas que no reúnen las condiciones idóneas para ello como la frustración de las legítimas aspiraciones de ser padre o madre -encuadrable en el derecho al libre desarrollo de la personalidad del art. 10 de la Constitución* (SAP Albacete, secc. 1ª, nº 208/2009, de 29 de diciembre).

Las dificultades derivan en parte de que el concepto de idoneidad es un concepto jurídico indeterminado (SAP Toledo, sec. 2ª nº 195/2004, de 13 de mayo). No obstante, en un intento por aprehender algunos criterios que pueden orientar y ser trasladados a otros supuestos, debemos hacer referencia a algunas líneas interpretativas. Del análisis de la jurisprudencia menor, desechando los supuestos que por su detalle no aportan criterios útiles , podemos destacar las siguientes pautas:

No es correcta la línea que equipara la idoneidad para adoptar con la idoneidad



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

para cuidar y educar hijos biológicos (AAP Lleida, secc. 1ª, nº 38/1999, de 19 de marzo, Jaén, secc. 2ª nº 66/2005, de 23 de septiembre, Toledo, secc. 1ª, nº 42/2009, de 29 de junio). No puede identificarse la idoneidad para la adopción con la capacidad para ser padre. Para atender a las necesidades y realidades de un menor adoptado *se requiere un plus de capacidad* (SAP Barcelona sec. 18ª, nº 76/2008, de 31 de enero). La adopción constituye un proceso complejo en el que el menor frecuentemente proviene de una situación de abandono cuyas consecuencias son de difícil y compleja reparación, y en el que resulta de extraordinaria importancia el amparo psíquico (vid. SAP Barcelona, sec. 18ª, nº 145/2010, de 2 de marzo) *lo que se ha calificado por algún autor como la cualidad psíquica de la relación, que requiere en la persona que solicita la adopción una capacidad de conectar, de empatizar con las necesidades emocionales del menor adoptado que se derivan de la experiencia de abandono sufrida* (SSAP Barcelona, secc. 18ª nº 687/2009, de 16 de diciembre, nº 611/2008, de 14 de octubre, nº 76/2008, de 31 de enero). Los padres adoptivos tienen que enfrentarse a situaciones y tareas distintas a las de la paternidad biológica, principalmente porque la vinculación en la familia adoptiva es diferente. Siguiendo estas pautas la SAP Barcelona, secc. 18ª, nº 595/2005, de 22 de septiembre declara que *los solicitantes no son idóneos para adoptar si pensamos en lo que hay que proteger, el supremo interés del menor, por muy legítimos y plausibles que sean los deseos de aquéllos. Tal interés superior reclama no solo la simple aptitud para guardar y educar a un menor, sino también la adecuación de los padres adoptivos a las necesidades específicas del menor, debiendo destacarse que los niños no tienen capacidad ni posibilidades de decidir, por lo cual los ordenamientos jurídicos disponen de los mecanismos adecuados (especialmente la declaración de idoneidad) para determinar que existan las garantías de éxito en el paso trascendente que la adopción supone para sus vidas, de manera que deben observarse las máximas cautelas con tal de evitar que se pueda ver abocado a la*



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

problemática derivada de un segundo fracaso en su corta trayectoria vital.

No basta la posibilidad general y abstracta de educar, cuidar, alimentar o representar, sino que es preciso además contar las habilidades y destrezas necesarias para hacerlo correctamente, pues, en definitiva, es el interés del menor el que está en juego y se alzaprima sobre el del solicitante. En definitiva, de lo que se trata es que la adopción tenga razonables posibilidades de éxito, de manera tal que beneficie y no perjudique a quien va ser de tal forma integrado en una familia que, a partir de formalizarse aquélla, será la propia (SAP La Coruña, secc. 4ª, nº 15/2010, de 15 de enero).

Debe no obstante alcanzarse una posición de equilibrio. No cabe hacer de la idoneidad un concepto en tal forma estricto y excluyente que conduzca a condicionar y limitar la posibilidad de adopción de modo que, frustrando las respetables expectativas de los aspirantes a adoptar, vengan a la vez a producir un perjuicio en los menores susceptibles de ser adoptados, cuya situación de desamparo exige un remedio (SSAP Valencia secc. 10ª nº 368/2003, de 2 de julio 2003 y nº 87/2004, de 10 febrero 2004 y SAP Toledo, secc. 2ª nº 195/2004, de 13 de mayo).

Son numerosas las resoluciones que no consideran como factor negativo que la adopción suponga una forma de cubrir las necesidades de la pareja: *considerar como un concepto negativo que la adopción suponga una forma de cubrir necesidades de la pareja, no es sino una valoración muy subjetiva, puesto que el cubrir esas necesidades, por un lado, no es incompatible con el deseo de tener un hijo atendiendo todas las necesidades de éste, desde las puramente materiales a las afectivas, y, por otro, es una motivación que formulada de forma tan genérica, nos la encontramos en casi todas las parejas, pues el desarrollo personal o de*



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

pareja a través de la maternidad o paternidad no es incompatible, antes al contrario, con las atenciones a los hijos para el correcto desarrollo de estos (SAP Ciudad Real, de 11 de octubre de 2005). En esta misma línea, la búsqueda del hijo adoptivo por no haber tenido hijos biológicos es un motivo lícito y válido y que el mismo se complementa con el deseo de conseguir el bienestar del hijo adoptado sin que la prevalencia, incluso, de la primera causa, vicie la intención también perseguida de proporcionar bienestar a un menor desvalido (SAP Cádiz, sec. 2ª, nº 132/2003, de 31 de octubre).

El simple duelo por la muerte de un hijo no se ha considerado causa de inidoneidad: en relación a la motivación, se insiste en el informe psico-social en que la de los actores viene condicionada por el hecho de no haber superado el duelo que les causó la pérdida en accidente de su único hijo. Lo cierto es que el duelo por la pérdida de familiar tan allegado siempre ha de pasarse, exigiendo tiempo, siendo notorio el hecho de que la pérdida de un hijo es insustituible por otro... En todo caso, en el acto del juicio la psicóloga informante en forma tajante ha manifestado que los actores iban haciendo bien el duelo inherente a tal pérdida, no tratando en absoluto de sustituir con la adopción que pretenden al hijo fallecido, lo que por otra parte es perfectamente compatible con el deseo de tener una nueva familia y las relaciones paterno-filiales de la misma derivada (SAP Asturias, sec. 6ª nº 94/2004, de 15 de marzo).

No cabe exigir a la adoptante unos medios económicos desahogados: la disposición para el trabajo de la adoptante y sus medios de vida deben llevar a considerar que, aunque con posibilidades modestas, puede alcanzar un régimen de vida digno y que, en absoluto, en caso de una filiación por cauces naturales podría obligar a la intervención de la Administración, al margen de las ayudas socio-



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

económicas que puedan corresponderle por parte del Estado (SAP La Rioja, de 28 de julio de 2004).

La preferencia por un determinado sexo o edad no ha de conducir a la inidoneidad: la segunda causa de inidoneidad la refiere la Administración, según se deriva de los informes, de la falta de disponibilidad real a la adopción de un menor de sexo masculino y edad superior o cercana a los once años de edad. Para la Sala deben ser disculpables, por humanas, las actitudes, ya de preferencia por un hijo de uno o de otro sexo, ya de una determinada edad, pues la generación natural y la realidad de la relación paterno-filial muestra que la preferencia por tener hijos o hijas es un hecho corriente...no debe darse a dicho deseo, una trascendencia tal que haga inidóneos a los solicitantes, pues del mismo no deriva indicio alguno de que pueda resultar perjuicio para la persona que finalmente llegue a adoptarse (SAP Lérida, de 19 de marzo de 1999).

Debe tenerse presente que en la declaración de idoneidad no se aplican criterios de preferencia entre solicitantes, *con lo que quedan al margen consideraciones tales como la falta de solidaridad con respecto a otras familias carentes de hijos biológicos, pues ninguna legislación prohíbe adoptar a quien ya tenga hijos pues el contar el adoptando con hermanos en modo alguno lesiona su interés y beneficio, sino que, por el contrario, amplía su ámbito familiar y enriquece su esfera personal.* (SAP La Coruña, sec. 4ª, nº 15/2010, de 15 de enero). En la misma línea, la SAP Barcelona, secc. 18, de 9 de junio de 2009 , relativa a la adopción internacional de dos niños rusos, cuando los promoventes ya tenían tres hijos biológicos; también puede citarse la SAP Valencia, secc. 10ª, de 22 de mayo de 2008, en la que los solicitantes contaban con dos hijos biológicos .

El hecho de que ambos adoptantes trabajen fuera del domicilio familiar,



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

dedicándose a la gestión de sus negocios, no es razón suficiente para negarles la idoneidad para la adopción, sino que obedece a una realidad social cada vez más extendida, consecuencia de la incorporación de la mujer al mercado laboral, siendo normal en la actualidad el que ambos progenitores trabajen fuera del hogar, precisando, en consecuencia, la colaboración de terceras personas, ya sea la familia extensa o personal contratado, que colabore en el cuidado de los hijos, sin que ello implique abandono, desinterés o desatención de los mismo (AAP Asturias, sec. 4ª nº 35/2010, de 31 de marzo).

Una escasa o deficiente preparación intelectual o cultural, no puede convertirse "a priori" en un obstáculo para la adopción por ser perfectamente compatible con una capacidad o aptitud natural para el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad en las que además los actores ya tienen experiencia al haber conocido las distintas necesidades que en cada etapa de la vida plantea la educación de un hijo, además de que sus carencias educativas pueden ser superadas con un apoyo y recursos educativos y profesionales externos al núcleo familiar (SAP Asturias, secc. 6ª, nº 94/2004, de 15 de marzo).

3.-2 Prueba sobre la idoneidad

En relación con la prueba, *el juez no puede dar por válido lo actuado por la entidad como si fueran pruebas preconstituidas, puesto que es él el que debe hacer las valoraciones últimas (SAP Sevilla secc. 6.ª, de 23 de noviembre de 1999). Es admisible la presentación por los solicitantes de un informe pericial alternativo al estudio psicosocial que les han hecho (SAP Sevilla, secc. 5ª, de 23 de julio de 2003, rec. 3664/2003). Declara la SAP Barcelona de 16 de febrero de 2006 que respecto a la prueba pericial aportada por los demandantes, cabe señalar, en primer lugar, que a diferencia de lo que ocurría en la legislación procesal*



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

anterior a la Ley 1/2000, de 7 de enero, el dictamen elaborado por peritos designados por las partes es considerado como una prueba pericial en igualdad de condiciones que la pericial emitida por peritos designados por el Tribunal. La prueba pericial así aportada, como establece el artículo 348 de la LEC, debe ser valorada conforme a las reglas de la sana crítica, al igual que los informes aportados por la entidad pública que han servido de base para la declaración de inidoneidad, a cuyos informes no tiene porqué otorgárseles una fuerza probatoria superior.

4.- Idoneidad y edad máxima para adoptar

El establecimiento de una edad máxima de los adoptantes o una diferencia máxima de edad entre los mismos y el adoptando no ha sido asumida hasta la fecha por la Ley estatal, a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno jurídico cultural: así en Italia se prevé la edad máxima de cuarenta años; en Holanda se establece la de cuarenta y dos y en Suecia cuarenta y cinco.

El Código Civil introduce unos requisitos de capacidad para adoptar en relación con la edad: necesidad de tener más de 25 años y una diferencia de 14 años con el adoptante. Además, la edad puede ser un elemento para valorar la idoneidad, partiendo de la regla *adoptio imitatur naturae*, pero salvo en los requisitos establecidos por la Ley, no puede configurarse como una prohibición rígida o limitación de la capacidad.

Las normativas autonómicas introducen criterios de edad máxima para valorar la idoneidad en unos casos, o la selección en otros. La solución más seguida es la de establecer la diferencia de edad de cuarenta años más que el adoptando, introduciendo excepciones para adopciones especiales.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

El art 33.1 a) de la Ley 3/1997, de 9 de junio, *gallega de la familia, la infancia y la adolescencia* dispone que “los solicitantes de adopción serán objeto de valoración de su idoneidad para la adopción por la consejería competente, que tendrá en cuenta para ello los siguientes aspectos o circunstancias...que entre el adoptante y el adoptado exista una diferencia de edad adecuada y no superior a los cuarenta años, excepto que los solicitantes estén en disposición de aceptar grupos de hermanos o menores con especiales dificultades, en cuyo caso la diferencia de edad podrá ser superior”.

El art 59 b) de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, *de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid* dispone que “en los casos de ofrecimiento para adopción de menores, tendrán preferencia...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”.

En Andalucía, el art 16 a) del Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, *de Acogimiento Familiar y Adopción* dispone que “la valoración de la idoneidad para el acogimiento preadoptivo y la adopción se realizará empleando, con carácter específico, los siguientes criterios...adecuación entre la edad de los interesados y la de los menores que aquéllos estén dispuestos a adoptar, siguiendo un criterio biológico normalizado, de manera que no exista una diferencia de más de cuarenta y dos años con el más joven de los solicitantes. Esta diferencia podrá ser superior en los supuestos de preferencia recogidos en el art. 18 del presente Decreto, en función de las habilidades especiales de los interesados”.

Son varias las CCAA que establecen como criterio de valoración el de la edad



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

de los solicitantes pero sin límites específicos. En las CCAA de Castilla-León (art 104.2 Ley 14/2002) se señala que un criterio valorativo será la edad, sin más precisiones. En La Rioja, el art 22.2 del Decreto 31/2007, de 25 de mayo, *por el que se aprueba el Reglamento de Intervención Administrativa en Materia de Adopción* establece como criterio de valoración el de que “la diferencia de edad entre los solicitantes y el menor susceptible de ser adoptado se mantenga dentro de los parámetros habituales de la generación, de modo que permita prever una satisfactoria relación y comunicación intergeneracional”. En la CCAA vasca (art. 12.1 n Decreto 114/2008, de 17 de junio, *por el que se regula el procedimiento de actuación que deberán seguir las Diputaciones Forales en materia de adopción de personas menores de edad*) se establece como criterio valorativo “que exista adecuación entre la edad de las personas interesadas y la de las personas menores de edad que aquéllas estén dispuestas a adoptar”. Este mismo criterio es el utilizado en Baleares (art. 29 Decreto 40/2006, de 21 de abril, *por el cual se regulan los procedimientos de acogimiento familiar, de adopción y de determinación de idoneidad*): “que la edad solicitada del menor se adecue a la de los solicitantes”. En Murcia, el art 8.1 ñ del Decreto 372/2007, de 30 de noviembre dispone “como criterio para la valoración de la idoneidad el de la adecuación entre la edad de los interesados y la de los menores que están dispuesto a adoptar”.

En Extremadura se establece como criterio de valoración que la diferencia máxima de edad entre adoptando y adoptante no sea superior a cuarenta años, salvo cuando los solicitantes manifiesten su disponibilidad para aceptar menores con características especiales. En el supuesto que exista una diferencia superior a cuatro años de edad entre los cónyuges o convivientes, se hallará la media entre ambas edades y si la diferencia es inferior, se tomará como referencia la edad del más joven (art. 27 Decreto 5/2003, de 14 de enero, *por el que se establece el procedimiento de valoración de las solicitudes de adopción y acogimiento*



familiar y de selección de adoptantes y acogedores).

En Asturias, el art 8.6 del Decreto 46/2000, de 1 de junio, *por el que se aprueba el Reglamento de Acogimiento Familiar y de Adopción de Menores* dispone que “salvo supuestos excepcionales debidamente justificados en que el superior interés del menor aconseje lo contrario, la edad de la persona o personas acogedoras o adoptantes no podrá ser superior en más de cuarenta y cinco años a la del menor, tomándose como referencia a la persona de menor edad de la pareja, en su caso”.

En Canarias, el art 31.1 del Decreto 137/2007, de 24 de mayo, *por el que se regulan los procedimientos administrativos previos a la constitución de la adopción y el Registro de Adopción* establece que “el proceso de valoración concluirá con un informe final...en el cual, detallando el resultado de las actuaciones practicadas y de la interpretación de las mismas, se determine la idoneidad o no de los solicitantes y, en el primer caso, las características y edades de los menores para los que se consideran idóneos, procurando que la diferencia máxima de edad entre adoptante y adoptado no exceda de cincuenta años”.

En Aragón, el art 49.1 del Decreto 79/1995, de 18 de abril establece que “para la aceptación de las solicitudes de acogimiento preadoptivo de menores sin características especiales se tendrá en cuenta que la diferencia máxima de edad entre los solicitantes y el menor no sea superior a cuarenta años”.

En cuanto a cómo se están interpretando estas previsiones de límites máximos de edad puede decirse que se emplean importantes dosis de flexibilidad: *ad exemplum*, la SAP Málaga, sec. 6ª, nº 143/2008, de 11 de marzo declara que “la señora Virginia fue declarada idónea en el año 2001, cuando contaba con 56 años para la adopción interesada, sin que con posterioridad a ello, y dado el retraso del



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

expediente en su tramitación, la edad de la solicitante supusiera para la administración obstáculos alguno para llevar a cabo la adopción interesada, por ello, si la edad de la solicitante cuando solicitó la idoneidad, y cuando se declaró ésta, y aún cuando se remitieron nuevo informes psicológicos, estando ya vigente el tan citado decreto, no fue un obstáculo para la administración, no puede ahora la administración ampararse en la edad de la adoptante, al revisar su declaración de idoneidad, para declarar su inidoneidad. Al margen de su edad actual, la señora Virginia sigue siendo una persona idónea para la adopción, tanto desde un punto de vista físico, pues no se deduce del expediente impedimento alguno, como desde el punto de vista económico y psíquico....De ello, y teniendo en cuenta la esperanza actual de vida de los españoles, en torno a los 84 años de edad y que los avances de la medicina retrasan el deterioro físico y psíquico de las personas, no considera la Sala, la edad actual de la señora Virginia, como un bache insalvable para llevar a cabo la adopción interesada, cuando se ha revelado en los autos su idoneidad para adoptar, gozando además de un dato a su favor, cual es la experiencia de la misma en psicología clínica con niños, lo que sin duda redundaría en beneficio de la educación del menor; si a ello añadimos, que en esta materia, como en todas las que afectan a menores, ha de resolverse atendiendo el principio del favor filii...”.

La SAP Asturias, sec. 6ª nº 94/2004, de 15 de marzo declara que “en relación a la edad, además de que tal circunstancia propiamente solo concurriría en el esposo, en todo caso no puede reputarse sea un obstáculo que les impida asumir las funciones inherentes a la patria potestad, siendo un hecho notorio de la actual realidad social el cada día mayor retraso con que las parejas afrontan la decisión de la paternidad, no pudiendo tampoco desconocerse que a esta variable no ha sido ajena la propia administración al tardar más de 4 años en la resolución



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

definitiva del expediente, si se tiene en cuenta que la solicitud inicial data del mes de marzo de año 1998”.

La SAP Lérida de 19 de marzo de 1999 dispone que “el marido cuenta en la actualidad cincuenta y dos años y la esposa cincuenta y cinco, edades que, cara a la adopción de un menor de hasta once años son, bien que elevadas, en modo alguno, atendiendo a las expectativas actuales de vida y de calidad de ésta pueden considerarse absolutamente inadecuadas y perjudiciales para el menor, por lo que, por sí mismas, no pueden, a juicio de la Sala, dar lugar a la declaración de inidoneidad”.

La SAP Valencia Sec. 10.^a, de 15 de febrero de 2005 en relación con la declaración de inidoneidad de un matrimonio de 59 y 56 años, considera que los recurrentes no tienen todavía una edad tan avanzada como para determinar ineludiblemente la existencia de un gran bache generacional con el hijo adoptivo, máxime teniendo en cuenta, al amparo del art. 3 CC, que los avances de la medicina y la mejora del nivel de vida retrasan en la sociedad actual el deterioro físico de las personas maduras, así como su anquilosamiento intelectual, que es la causa muchas veces de la incomprensión entre las generaciones.

En definitiva, cabe formular como pauta general interpretativa la de que la edad podrá fundamentar la inidoneidad atendiendo a las circunstancias concretas concurrentes, normalmente unida a otros factores. Como criterio negativo decisivo y único sólo habrá de valorarse como tal cuando la edad de los solicitantes supere los límites fijados reglamentariamente de forma que implique objetivamente inidoneidad.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

5.- Procedimiento de impugnación

Estas decisiones sobre idoneidad resultan susceptibles de ser impugnadas por los administrados ante los Tribunales de Justicia, como es consustancial al Estado de Derecho (SAAP Coruña, sec. 4ª, nº 15/2010, de 15 de enero, Cuenca, nº 5/2003, de 15 de enero, Toledo secc. 2ª nº 195/2004, de 13 de mayo, y Barcelona secc. 18ª nº 708/2005, de 7 noviembre).

La competencia que tiene la Administración para declarar la idoneidad a los efectos de poder ser adoptante, regulada por normas administrativas, otorga a los actos que se dictan en el ejercicio de la misma una naturaleza formalmente administrativa. Sin embargo, su evidente incidencia en la esfera civil de las personas hace que su régimen de impugnación sea especial.

Ya la Disposición Adicional Primera de la LOPJM en su número 2º disponía que *se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan ...contra las resoluciones que declaren el desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la Ley y la idoneidad de los solicitantes de adopción.*

.Esta Disposición, por tanto, otorgaba a la impugnación de las resoluciones sobre idoneidad el mismo tratamiento procesal que a la impugnación de las resoluciones sobre desamparo y asunción de la tutela por ministerio de la Ley.

Tras la promulgación de la LEC de 2000 hubo consenso en entender que las impugnaciones de las resoluciones sobre idoneidad debían tramitarse conforme al procedimiento previsto para la oposición a resoluciones sobre protección de menores, previsto en el art. 780.1 LEC. La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2001, de 5 de abril de 2001, *sobre la incidencia de la nueva Ley de*



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles aclaraba que “la aplicación de las normas de la jurisdicción voluntaria a los números 2º y 3º de la citada Disposición Adicional 1ª de la LO 1/1996 se debe entender derogada por la nueva LEC aun a falta de mención expresa, en la medida en que es totalmente incompatible con la vigencia del nuevo proceso especial”.

El propio art. 780.1 LEC, en redacción dada por la Ley 54/2007, cuando regula los plazos de presentación de la demanda de oposición, alude a la resolución administrativa por la que se declara el desamparo “y a las restantes resoluciones administrativas que se dicten en materia de protección de menores”, otorgando un plazo de tres meses a las primeras y de dos meses a las segundas.

La Circular 1/2001 (apdo. VII.5.A), declaraba, en relación con el objeto del proceso especial del art. 780 LEC que *aunque haya que entender derogada la referencia al procedimiento de jurisdicción voluntaria para su adopción, sí hay que considerar vigente la delimitación que en términos amplísimos establece la citada Disposición Adicional del ámbito de las resoluciones administrativas impugnables ante la jurisdicción civil. El proceso especial será el cauce procesal, por tanto, no sólo para la impugnación de las resoluciones que aprecien el desamparo y declaren la asunción de la tutela ministerio legis (objeto expresamente reconocido en el art. 172.6 CC), sino que se extenderá con carácter general a todas «las resoluciones administrativas en materia de protección de menores» (art. 780.1 LEC), o, como dice el nº 2º de la citada Disposición Adicional, a «cualesquiera otras reclamaciones frente a las resoluciones de las entidades públicas que surjan con motivo del ejercicio de sus funciones en materia de tutela o guarda de menores», resoluciones cuyo contenido puede ser muy variado, dadas las amplias facultades que las autoridades administrativas tienen reconocidas en esta materia. Por otra parte, nada permite deducir que la voluntad de la nueva LEC es limitar las*



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

posibilidades hasta ahora existentes de impugnación directa ante la jurisdicción civil de todas las resoluciones administrativas dictadas en esta materia.

La Circular 1/2008, *sobre limitaciones temporales a la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores tras la reforma operada por Ley 54/2007 de 28 diciembre* aclara qué debe entenderse por las restantes resoluciones administrativas en materia de protección de menores, considerando *ad exemplum*, que podrán entenderse comprendidas, entre otras, la resolución que declara la no idoneidad del solicitante para la adopción.

También las legislaciones autonómicas parten de que las impugnaciones de las resoluciones de idoneidad deben ventilarse ante la jurisdicción civil.

En este sentido, el art. 98.4 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, *de Protección de Menores de La Rioja* dispone que “de conformidad con lo previsto en la legislación civil, las resoluciones sobre idoneidad podrán recurrirse ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa”.

Igualmente el art 43.5 del Decreto Foral 7/2009, de 19 de enero, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo parcial de la ley foral 15/2005, de 5 de diciembre, *de promoción, atención y protección a la infancia y la adolescencia* en Navarra establece que “las resoluciones que declaren la no idoneidad de los solicitantes, o las que declaren la extinción de una idoneidad, podrán impugnarse ante la jurisdicción civil, sin necesidad de reclamación administrativa previa”.

El art 30.3 del Decreto 40/2006, de 21 de abril, *por el cual se regulan los procedimientos de acogimiento familiar, de adopción y de determinación de idoneidad* (Baleares) dispone que “contra la resolución desestimatoria



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

expresa o tácita, se puede interponer recurso ante la jurisdicción civil, y no es necesaria la reclamación administrativa previa, en virtud de lo establecido en el Artículo 780.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el Artículo 120 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

En esta línea, el AAP Sevilla de 14 de diciembre de 2004 declara la procedencia de seguir los cauces del art 780 LEC, en términos contundentes: *resulta tan claro que un pronunciamiento sobre la idoneidad de unos padres para asumir la condición de tales a través del mecanismo de la adopción respecto de un menor es una cuestión que directamente afecta a la protección de éste, que huelga cualquier ulterior comentario, razonamiento o fundamento jurídico.*

Pueden en este sentido citarse igualmente las SSAP La Coruña, sec. 4ª, nº 15/2010, de 15 de enero; Málaga, secc. 6ª, nº 143/2008, de 11 de marzo; Cuenca, nº 5/2003, de 15 de enero y Toledo secc. 2ª nº 195/2004, de 13 de mayo; y los AAP Toledo, secc. 1ª, nº 42/2009, de 29 de junio y Jaén, secc. 2ª, nº 66/2005, de 23 de septiembre.

También el Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid, en su Informe correspondiente al año 2004 refiere en estos casos es aplicable el procedimiento previsto en los arts 779 y 780 LEC.

Por tanto, una primera cuestión debe quedar ya zanjada: para conocer las impugnaciones sobre idoneidad es competente la jurisdicción civil, y el procedimiento a aplicar es el proceso de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores (art. 780).



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

El hecho de que los tribunales civiles sean competentes para conocer de las acciones que se ejerciten contra esas resoluciones no altera su naturaleza administrativa, pues si bien el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa declara que serán los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo los que conozcan de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, en su artículo 3 excluye las que expresamente estén atribuidas a otros ordenes jurisdiccionales, que es precisamente lo que ocurre con las resoluciones sobre idoneidad, puesto que la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/1996 atribuye expresamente a la jurisdicción civil los recursos contra las resoluciones administrativa sobre la idoneidad de los solicitantes de adopción, si bien por la vía indirecta de declarar aplicables normas de procedimiento civiles de las que conocen conforme al artículo 85 de la Ley Orgánica del Poder Judicial los Juzgados de Primera Instancia, norma que ha sido completada por la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil que crea un procedimiento específico para el conocimiento de dichos recursos (SAP Sevilla, secc. 5ª, de 23 de julio de 2003, rec. 3664/2003).

En cuanto al ámbito funcional del control jurisdiccional sobre las resoluciones de inidoneidad, se ha pretendido por algunas Entidades Públicas de Protección de Menores que se limitara a aspectos formales, aduciendo que la declaración de idoneidad de las personas que vayan a ser adoptantes en su día constituye una potestad de la Administración, en base a la que emite una decisión administrativa en el ejercicio de su potestad discrecional, lo que, se dice, impide la sustitución del criterio de la Administración por otro distinto, cuando no se demuestra la existencia de defecto que vicie el acto administrativo y con ello la presunción de legalidad que le es inherente.

Esta pretendida limitación del ámbito de la revisión judicial de los actos de la



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

administración en esta materia ha sido contundentemente rechazada por los tribunales. En esta línea, el AAP Toledo, secc. 1ª, nº 42/2009, de 29 de junio declara que *el Ministerio Fiscal que en su brillante informe alega que si el recurso contra estas decisiones se otorga a un Juez de Primera Instancia en lugar de otorgárselo a un Juez de lo Contencioso es porque no se trata de un simple control de legalidad sino de analizar con libertad de criterios la idoneidad de los adoptantes en interés del menor y si se cumplen los requisitos previstos en el art.154 del Código Civil en cuanto a la comprensión y garantías de que los deberes inherentes a la patria potestad se van a cumplir en la pareja que pretende adoptar .*

También en este sentido, la SAP Málaga, sec. 6ª, nº 143/2008, de 11 de marzo declara que *si bien es cierto que corresponde a la Entidad Pública la competencia para declarar la idoneidad o inidoneidad de un adoptante a fin de llevar a cabo una adopción en los términos interesados, también es cierto que la misma está sometida al control jurisdiccional, no solo en cuanto al cumplimiento de los requisitos formales de legalidad y reglamentarios, sino que alcanza a la revisión de la razonabilidad de los argumentos utilizados por la decisión administrativa.*

Para la SAP Cuenca, nº 5/2003, de 15 de enero *por supuesto que la competencia para declarar la idoneidad o falta de idoneidad de los que se postulan como adoptantes corresponde a la administración...Pero por supuesto también que las decisiones de ese órgano administrativo, -como, por cierto, sucede con las de cualquiera otro-, resultan susceptibles, como es propio del Estado de Derecho... de ser impugnadas por los administrados ante los Tribunales de Justicia...Ciertamente, esa función se residencia ordinariamente, sin desdoro ni perjuicio alguno de las competencias de la propia administración, en los órganos jurisdiccionales incardinados en el orden contencioso administrativo. Sin embargo, y por excepción, en supuestos como el que aquí se pondera, esa facultad de*



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

control de la legalidad de la actuación administrativa, corresponde, por decisión del legislador, a los órganos jurisdiccionales civiles que, en el ejercicio de sus propias competencias y conforme a lo ante ellos solicitado, deben resolver, revisando la decisión administrativa sometida a examen, si legalmente corresponde o no declarar idóneos para la adopción a los aspirantes administrativamente rechazados. Por el contrario, un entendimiento de la cuestión como el que aquí patrocina la parte apelante conduciría, a nuestro juicio, a resultados plenamente insatisfactorios, sustrayendo del control judicial las decisiones administrativas en estas materias.

En el mismo sentido pueden citarse las SSAP Toledo secc. 2ª nº 195/2004, de 13 de mayo y Barcelona secc. 18ª nº 708/2005, de 7 noviembre, así como el AAP Jaén, secc. 2ª, nº 66/2005, de 23 de septiembre.

En cuanto a la competencia territorial, conforme al art. 779 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el domicilio a todos los efectos que debe entenderse de la "Entidad Protectora" es el de la delegación provincial correspondiente, no el de la consejería (Vid. SAP Lugo, sec. 1ª nº 468/2008, de 30 de mayo y más detalladamente Circular 1/2001, apartado VII.5.A)

La aplicabilidad del procedimiento previsto en el art. 780 LEC arrastra importantes singularidades: no será necesaria la reclamación previa en vía administrativa. El proceso se inicia con un escrito inicial formulado por quien pretenda oponerse a una resolución administrativa, en el que sucintamente expresará su pretensión y la resolución a que se opone; el tribunal reclamará a la entidad administrativa un testimonio completo del expediente, que deberá ser aportado en el plazo de veinte días; recibido el testimonio del expediente administrativo, se emplazará al actor por veinte días para que presente la demanda, que se tramitará con arreglo a



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

lo previsto en el art. 753 LEC Contestada la demanda o transcurrido el plazo para ello, se celebrará la vista del juicio, con proposición y práctica de la prueba.

En tanto está comprometido el interés público se prohíbe la renuncia, el allanamiento y la transacción, siendo aplicables las normas especiales de prueba del art. 752 LEC, entre otras, la de que el Juez puede acordar de oficio en cualquier momento la proposición y práctica de pruebas (vid. AAP Toledo, secc. 1ª, nº 42/2009, de 29 de junio).

6.- Intervención del Fiscal

La idoneidad para adoptar es una cuestión que directamente afecta a la protección de los menores. Ello justifica el cauce procesal que se sigue para atacar las impugnaciones que se planteen frente a las resoluciones dictadas y las singularidades procesales expuestas *supra*.

El art 749.2 LEC, dentro del capítulo primero (disposiciones generales) del Título primero del Libro IV, en el que se regulan *los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores*, dedica una disposición a la intervención del Fiscal, en la que, tras imponer en todo caso la intervención del Fiscal en los procesos sobre incapacitación, en los de nulidad matrimonial y en los de determinación e impugnación de la filiación, se declara que *en los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal*.

Entre los procesos a los que se refiere el Título primero se encuentran, en el capítulo V los procesos de oposición a las resoluciones administrativas en



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

materia de protección de menores (arts. 779 y ss).

Pues bien, en este contexto, pese a que en el procedimiento para impugnar la resolución de inidoneidad no se ventilan pretensiones en relación con ningún menor concreto, es claro que lo que en el mismo se decida va a afectar a los menores, bien en general (si finalmente se confirma la no idoneidad de los solicitantes éstos no van a poder adoptar) bien de forma individualizada (si se revoca la resolución y por tanto, se acuerda la idoneidad los solicitantes, éstos pueden llegar a adoptar a un menor, por lo que éste resultará directamente afectado por lo acordado).

La trascendencia de la materia se pone de manifiesto si reparamos en que un control adecuado de la idoneidad de los adoptantes reduce el porcentaje de adopciones fracasadas o disfuncionales. Por ello, esta cuestión no puede ser ajena al Fiscal.

La propia denominación del procedimiento aplicable, oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, revela con claridad que la pretensión que se deduce afecta a los menores. En este sentido, el AAP Toledo, sec. 1ª, nº 42/2009, de 29 de junio califica al proceso para impugnar resoluciones de idoneidad de proceso de menores, lo que le lleva a considerar que debe articularse sobre el interés del menor.

Analizando la jurisprudencia menor podemos observar como en numerosas resoluciones se hace referencia expresa a la intervención del Fiscal en el procedimiento, sin plantearse dudas al respecto (vid. *ad exemplum* SSAP Barcelona, secc. 18ª; nº 145/2010, de 2 de marzo; Albacete, secc. 1ª, nº 208/2009, de 29 de diciembre; Lugo, secc. 1ª nº 468/2008, de 30 de mayo; Málaga, secc.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

6ª, nº 950/2004, de 30 de diciembre; Toledo secc. 2ª nº 195/2004, de 13 de mayo y SSAP Barcelona, secc. 18ª nº 687/2009, de 6 de diciembre, nº 611/2008, de 14 de octubre y nº 708/2005, de 7 noviembre).

Expresamente declara la SAP Cuenca, nº 5/2003, de 15 de enero que el Ministerio Fiscal es “parte necesaria en esta clase de procedimientos”

No puede además olvidarse, *a fortiori* que la intervención del Ministerio público aunque nada se dijera en el art 749.2 LEC se fundamentaría *ratione materiae* en lo dispuesto en el art. 3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, *por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*. El nº 7 de este precepto le asigna la función de *intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores*. Qué duda cabe que, como se expuso *supra* estos procesos pueden afectar a personas menores, y además, a personas menores desamparadas.

Ha de partirse además que el procedimiento judicial para la constitución de la adopción a propuesta de la Entidad Pública no es, como regla general, el momento procesal oportuno para utilizar medios probatorios que tiendan a obtener la identificación de los adoptantes o a cuestionar su idoneidad, por lo que el momento oportuno será en ese previo procedimiento de impugnación de la inidoneidad.

La resolución de idoneidad no es un acto administrativo declarativo de derechos, sino un requisito legalmente establecido para tratar de preservar el interés superior del menor. Por ello, el Ministerio Fiscal, como superior garante de este interés, tendría incluso legitimación para impugnar declaraciones de idoneidad improcedentes.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Por lo demás, la asignación al Fiscal de la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores desamparados (art. 174.1 CC) apunta en la misma dirección.

La Circular 1/2001 cuando analiza los procedimientos del Capítulo V del Título I del Libro IV de la LEC (arts. 779 a 781 LEC) declara que *hay que tener presente que en estos procesos la intervención del Ministerio Fiscal, además de resultar necesaria por imperativo del art. 749 LEC, cobra una especial trascendencia por afectar a la tutela o guarda de los menores..*

7.- Legitimación de los padres biológicos para impugnar la idoneidad de los adoptantes

Los padres biológicos no están legitimados para impugnar resoluciones de idoneidad para adoptar. En este sentido es interesante citar el AAP Madrid, sec. 22ª, de 2 de julio de 1998, rec. 945/1997 en el que se declara que “puesto que tal oposición conlleva el conocimiento de las circunstancias personales y familiares que rodean y atañen a los futuros adoptantes y sabido es que se trata de materia reservada a la que no puede tener acceso el hoy apelante, reserva que dispone con carácter imperativo el art. 1.826 de la L.E.C., de modo que estando vetado a éste el conocimiento de los datos personales y familiares que afectan a los futuros adoptantes, hoy acogedores, difícilmente puede estar legitimado para pronunciarse el hoy recurrente sobre si aquéllos son idóneos o no para la adopción, y al margen de las posibilidades que el padre biológico pueda tener para oponerse a la adopción en si mismo considerada”.



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

8.- Idoneidad por silencio administrativo

En algunas regulaciones autonómicas, el expediente administrativo de idoneidad está sometido a un plazo, transcurrido el cual se entiende denegada la idoneidad por silencio administrativo (vid. art 30.3 del Decreto 40/2006, de 21 de abril, *por el cual se regulan los procedimientos de acogimiento familiar, de adopción y de determinación de idoneidad* de Baleares, art 98.1 Ley 1/2006, de 28 de febrero, *de Protección de Menores de La Rioja*, art 104.3 Ley 14/2002, de 25 de julio, *de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León*).

En otras regulaciones autonómicas, el transcurso del plazo implica la concesión de idoneidad por silencio administrativo (Canarias, art. 37.2 Decreto 137/2007, de 24 de mayo, *por el que se regulan los procedimientos administrativos previos a la constitución de la adopción y el Registro de Adopción*).

En los supuestos en los que se promoviera una adopción en favor de adoptantes cuya idoneidad derivara de los efectos del silencio administrativo, los Sres. Fiscales promoverán la práctica del correspondiente informe pericial sobre este extremo, antes de informar la procedencia de la adopción.

9.- Conclusiones

1º Las resoluciones administrativas sobre idoneidad son susceptibles de ser impugnadas ante los Tribunales de Justicia.

2º Es competente la jurisdicción civil, y el procedimiento a aplicar es el proceso de oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores (art. 780 LEC).



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

3º El control jurisdiccional abarca la revisión de la razonabilidad de los argumentos utilizados por la decisión administrativa.

4º El Fiscal debe ser considerado parte necesaria en esta clase de procedimientos.

5º Los padres biológicos no están legitimados para impugnar resoluciones de idoneidad para adoptar.

6º Las declaraciones de idoneidad por silencio administrativo deben ser objeto de especial cautela si llegara a proponerse una adopción: en tanto suponen una quiebra de una exigencia impuesta por el principio del superior interés del menor, los Sres. Fiscales habrán de exigir que se elabore el correspondiente informe pericial en el curso de los autos promovidos judicialmente.

7º Todas las adopciones de menores de edad requieren la comprobación de la idoneidad de los adoptantes, incluidas las adopciones que no requieren propuesta previa de la Entidad Pública. Ello no debe llevar a que en estos últimos supuestos necesariamente se incorpore a la causa un informe pericial, pero cuando los Sres. Fiscales consideren procedente en atención a las circunstancias concurrentes contrastar las circunstancias del adoptante, podrán interesar la elaboración de tales informes.

8º La intervención del Fiscal deberá estar orientada a la defensa del interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir (art. 2 de la LO 1/1996) y en concreto, sobre el interés de los solicitantes en ser declarados idóneos y poder acceder a la adopción.



**FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO**

9º No es correcta la línea que equipara la idoneidad para adoptar con la idoneidad para cuidar y educar hijos biológicos. Para atender a las necesidades y realidades de un menor adoptado se requiere un plus de capacidad.

10º Como pauta general interpretativa el criterio de la edad podrá ser causa de inidoneidad atendiendo a las circunstancias concretas concurrentes, normalmente unida a otros factores. Como criterio negativo decisivo y único sólo habrá de valorarse cuando la edad de los solicitantes supere los límites fijados reglamentariamente de forma que implique objetivamente inidoneidad.