



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 60/1997

La Laguna, a 25 de junio de 1997.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias sobre el *Proyecto de Decreto por el que se regula la habilitación de las entidades colaboradoras de adopción internacional (EXP. 49/1997 PD)**.

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Presidencia del Gobierno de Canarias, es determinar la adecuación al Ordenamiento jurídico del Proyecto de Decreto por el que se regula la habilitación de las entidades colaboradoras de adopción internacional, de conformidad con los arts. 1.1, 10.6 -éste en relación con el art. 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, del Consejo de Estado- y 11.1 de la Ley 4/1984, del Consejo Consultivo.

2. El expediente que acompaña a la solicitud de Dictamen se integra, además de por el certificado del acuerdo gubernativo y texto del Proyecto de Decreto (art. 48 del Reglamento de este Consejo), por los informes del servicio jurídico (art. 20.f del Decreto 19/1992) y los de legalidad, acierto y oportunidad exigidos por el art 44 de la Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Sin embargo, no consta en el expediente que se haya otorgado el trámite de audiencia a las entidades dedicadas a la protección de los menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma exigido por el art. 130.4 LPA ni se ha razonado motivadamente su no procedencia. En el presente caso, la no observancia de tal trámite no provoca

* **PONENTE:** Sr. Fernández del Torco Alonso.

la nulidad de la actuación practicada, pues como se ha señalado en la STS de 8 de octubre de 1996 (Ar. 6993), recogiendo la doctrina sentada en sentencias anteriores (19 de enero y 22 de mayo de 1991, 25 de enero y 18 de abril de 1992) esta audiencia sólo ha de exigirse cuando se trate de Asociaciones o Colegios Profesionales que no sean de carácter voluntario y representen intereses de carácter general o corporativo.

En cualquier caso, en aras a la corrección del expediente, debe hacerse constar un informe razonado sobre la procedencia o no del trámite de audiencia, pero de tener lugar éste, y de aceptarse sus observaciones si fueran de carácter sustancial deberá remitirse de nuevo el proyecto a dictamen de esta Institución.

II

Los títulos competenciales que amparan la actuación normativa proyectada se encuentran recogidos básicamente en los apdos. 13 y, especialmente, 14 del art. 30 EA, en su redacción dada por la Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre. Ostenta así nuestra Comunidad competencia exclusiva en materia de "asistencia social y servicios sociales" y de "instituciones públicas de protección y tutela de menores de conformidad con la legislación civil, penal y penitenciaria del Estado".

El Proyecto de Decreto se dirige a acreditar, ejerciendo la competencia últimamente reseñada, a determinadas entidades a los efectos de su participación en los procedimientos de adopciones de carácter internacional, sin que afecte por ello la legislación civil, competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.8ª CE), pues en ningún caso se incide en los presupuestos ni en la regulación sustantiva de la adopción. Con este límite derivado de la exclusividad de la competencia estatal sobre la legislación civil, la Comunidad puede extenderse a la regulación de todos aquellos aspectos de tipo organizativo y procedimentales relativos a los organismos de protección con la finalidad de hacer efectivas las normas internacionales y estatales.

De acuerdo con los títulos competenciales reseñados, la Comunidad ostenta competencia para proceder a la proyectada regulación que, por otra parte, se lleva a cabo en aplicación de lo establecido en el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, la Disposición Adicional Primera de la Ley 21/1987 y en el art. 25 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación

parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dibuja las líneas esenciales que han de cumplir las entidades que pretendan la acreditación y que serán objeto de desarrollo por las Comunidades Autónomas en virtud de las competencias estatutariamente asumidas.

Por su parte, nuestra Comunidad Autónoma ha previsto la acreditación de estas entidades en la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores (arts. 77 y 95 a 101), de la que el Decreto proyectado sería su desarrollo.

III

1. Para analizar la adecuación jurídica del Proyecto de Decreto deben tenerse en cuenta las mencionadas disposiciones estatales, la Ley territorial 1/1997 y el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (BOE de 1 de agosto de 1995), que persigue la adopción de medidas que garanticen que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés al interés superior del niño y al respeto de sus derechos fundamentales, previniendo al mismo tiempo la sustracción, la venta o el tráfico de niños.

La normativa indicada coincide en el establecimiento de determinados requisitos que deben reunir estas entidades: aptitud para cumplir correctamente las funciones que pudiera confiárseles, que no persiga fines lucrativos, que sean dirigidas por personas cualificadas y que estén sometidas al control de la autoridad competente en materia de adopción, requisitos todos que persiguen, en aras del interés superior del menor, la eficacia en su actuación y evitar que las adopciones internacionales se conviertan en un negocio lucrativo que de lugar al tráfico de niños.

En el Proyecto de Decreto se acogen tales requisitos; pues, junto a la definición ofrecida por el art. 2, sobre tales entidades, se menciona el carácter no lucrativo, así como la inclusión en sus Estatutos del fin de protección de los menores (que se reiteran en los apdos. 2 y 3 del art. 4), igualmente se hace constar la necesidad de contar con los medios materiales y personales necesarios (art. 4.4 y 4.6). La condición no lucrativo de la actividad y la prohibición de obtener beneficios indebidos aparece protegido a través de la presentación del estudio económico que

como requisito habrá de aportarse para la obtención de la acreditación (art. 4.8) junto a las técnicas de control e inspección previstas en los arts. 11.f y k y 17 a 21.

2. Sin perjuicio de considerar que, en líneas generales, el Proyecto de Decreto, se ajusta a la normativa legal y convencional de aplicación, cabría realizar las siguientes observaciones a su articulado:

Art. 3.1: La referencia a “menores del Estado o Estados para los que hayan sido acreditadas” debe concretarse añadiendo la referencia a menores “residentes”, dado que es el criterio tenido en cuenta por el Convenio de La Haya (art. 2) y no la nacionalidad, que sería un criterio más restrictivo que el anterior que incluye tanto a los nacionales como a los extranjeros. El dato relevante es que el menor se encuentre en Estado distinto del de residencia de los adoptantes.

Art. 3.4: De acuerdo con este precepto, las entidades acreditadas “ podrán intervenir en los trámites tendentes a la constitución de adopciones no plenas u otras instituciones jurídicas que posibiliten y autoricen expresamente la constitución de la adopción plena en España cuando la legislación del Estado de origen del menor establezca únicamente esta posibilidad para la adopción por extranjeros”.

La justificación de este precepto se encuentra en el hecho de que algunos Estados sólo regulan la adopción simple y en otros, cuando la adopción se realiza por extranjeros, el juez del foro no constituye una adopción, aunque esta figura esté regulada para los nacionales de ese país, sino que adopta una tutela, guarda o autorización para que el niño sea adoptado posteriormente en el Estado receptor, haciendo constar expresamente esta finalidad de adopción.

Consciente de esta diversidad legislativa, el propio Convenio de La Haya, recoge dentro de su ámbito de aplicación únicamente a las adopciones que establecen vínculos de filiación (art. 2.2), incluye tanto aquellas que suponen la ruptura absoluta del vínculo de filiación preexistente de acuerdo con la legislación del Estado en el que la misma ha tenido lugar (art. 26.c), como las que no producen este efecto. Para este último supuesto, el art. 27 permite al Estado de recepción convertirla en la modalidad adoptiva que implique tal ruptura, siempre que se cumplan los requisitos que el propio precepto señala.

En el caso concreto del Derecho español, el art. 9.5, último párrafo, CC introducido por la Ley Orgánica 1/1996 y acogiendo la doctrina de la Dirección

General de los Registros y del Notariado, impide que sean reconocidas en España como adopciones las constituidas en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española, quedando las mismas en una situación asimilable al acogimiento.

La pretensión del art. 3.4 de la norma proyectada, es posibilitar la intervención de las entidades acreditadas no sólo en la constitución de adopciones que impliquen ruptura del vínculo con su familiar natural, pues es ésta la única modalidad reconocida por nuestro Ordenamiento jurídico tras la reforma del Código Civil operada por la Ley 21/1987 sino también en aquellos casos en los que el Estado de origen regula otros tipos de adopción regidas con el vínculo filiatorio; situaciones en las que se condiciona la constitución adoptiva a la ley del territorio del negocio jurídico familiar.

Igualmente, en el precepto, junto a las adopciones no plenas se menciona genéricamente a "otras instituciones jurídicas", las cuales se concretan en el contenido del proyecto (art. 11.g.3 y 15.a), como supuesto de tutela.

Pues bien, de lo expuesto se infiere que la terminología utilizada no es correcta, con la reforma operada por la Ley 21/87 ya que en nuestro ordenamiento, y tras su entrada en vigor se suprimió la distinción entre adopción plena y simple, equiparando a ambas en sus efectos. Tal circunstancia veda que la normativa autonómica pueda introducir conceptos civiles novedosos, aunque históricamente vividos, pero no contemplados actualmente por la normativa estatal. Hecho que implicaría un exceso competencial contrario al mandato previsto en el art. 149.1.8 CE.

Art. 4.4: Los medios materiales precisos para el ejercicio de la actividad son diferentes a los personales y en este apartado se engloba a ambos bajo el mismo concepto, por lo que deben diferenciarse (arts. 96.d Ley 1/96 y 95.d Ley territorial 1/97).

Art. 5.1, primer párrafo: La referencia a las distintas normas que regulan el lugar de presentación de solicitudes en el ámbito administrativo debe sustituirse por una fórmula genérica, sin enumeración detallada de las mismas, con el fin de evitar que futuras reformas impliquen a su vez la reforma del Decreto.

Art. 5.2: Debería aclararse si, en el caso de que la entidad desee operar en varios Estados, requiriendo para ello tantas acreditaciones como países se indiquen, debe presentar una solicitud, acompañada por los documentos requeridos, para cada uno de ellos o si basta por el contrario una única solicitud con independencia del número de acreditaciones solicitadas.

Art. 10.2: el concepto de limitación incluido en este precepto es más amplio que la limitación de entidades a que se refiere el art. 8, pues éste sólo contempla la limitación del número de acreditaciones en los términos en él señalado, en tanto que el art. 10.2 prevé además la publicación de la limitación de tareas y actividades cuando esta posibilidad no se contempla en el resto del articulado.

Art. 10.3: Este apartado debe completarse con la mención de los datos identificativos de las entidades acreditadas tal como prescribe el art. 13 del Convenio de La Haya, dado que la finalidad de la información que la norma proyectada contempla lo es a efectos de que el órgano estatal la eleve a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

Art. 11.j): Se debe precisar el alcance de la comunicación sobre la modificación de los datos relevantes en la solicitud de habilitación, ya que el no cumplimiento de las condiciones de otorgamiento es motivo de revocación de la acreditación conforme al art. 9.

Art. 13. c): Siendo un deber de las entidades impulsar en todo momento el procedimiento, no se entiende bien la razón de que la labor de completar el expediente, haya de ser a instancia de las solicitantes, pues los criterios de impulso, tanto de oficio, como a instancia de parte resultan incompatibles entre sí.

Art. 14.d) a g): Se otorgan a la entidad una serie de funciones relativas a la "preasignación del menor", no contempladas en el Código Civil. Sin embargo, si con este término se quisiera aludir a la situación reconocida por el art. 17 del Convenio de La Haya. Texto en el que se contempla "la manifestación del acuerdo por los futuros padres a la adopción de un concreto niño, la aprobación por la autoridad central, así como el acuerdo en la continuación del procedimiento por parte de las autoridades de ambos Estados". Por ello, el Proyecto de Decreto debería aclarar su concepto y extensión.

Al margen de esta cuestión, cabe hacer algunas observaciones a la concreta redacción de estos apartados:

-apdo. f): Dado que, conforme al apartado anterior la no aprobación por parte del órgano administrativo determina la finalización del procedimiento, este apdo. f) puede matizarse en el sentido de que los datos sobre el menor se facilitarán a los adoptantes en el caso de que se haya producido la aprobación.

-apdo. g): sólo contempla la remisión a la Autoridad del Estado de origen del documento de aprobación y de aceptación de los interesados. Sin embargo, procede igualmente la inclusión de la comunicación en el caso de que la aprobación no se produzca.

Art. 14.i): Para una mayor claridad de la norma procedería la sustitución del término "existencia" por el de "exigencia", pues lo que se recoge en este precepto es el supuesto de que el Estado de origen del menor requiera la remisión de nuevos documentos o la actualización de los ya presentados.

C O N C L U S I O N E S

1. La Comunidad Autónoma ostenta competencia para regular la habilitación de las entidades colaboradoras de adopción internacional en los términos previstos en el presente Decreto.

2. El proyecto se ajusta a las previsiones legales de aplicación, sin embargo, hemos de objetar el art. 3.4, ya que su tenor incide sobre materia exclusiva del Estado, e igualmente como se razona en el Fundamento III se formulan algunos reparos puntuales a aspectos del articulado por razones de índole técnica.