

## **NOVEDADES MÁS SIGNIFICATIVAS EN EL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 26/2015, DE 28 DE JULIO, DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA Y A LA ADOLESCENCIA<sup>1</sup>**

**Magdalena Ureña Martínez**

Profesora Titular de Derecho civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

### **1. Introducción**

El pasado 18 de agosto entró en vigor la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (LMSPIA). Dicha norma jurídica pretende garantizar la protección de los menores que se encuentran en el territorio español y, a su vez, constituirse en el texto de referencia para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación protectora de menores. El principal mérito de esta Ley es que trata de adaptar las instituciones jurídicas protectoras de menores a los cambios sociales experimentados en la sociedad española, en aras del cumplimiento del artículo 39 de la Constitución Española (CE) y de los instrumentos internacionales ratificados por España.

### **2. Novedades**

La LMSPIA consta de cuatro artículos, veintiuna disposiciones finales, siete disposiciones adicionales, cinco disposiciones transitorias y una disposición derogatoria. En su artículo 2 introduce ciertas modificaciones al Código Civil (CC), siendo las más relevantes las relativas a las acciones de filiación, desamparo y adopción de menores.

#### *2.1. Acciones de filiación*

En materia de acciones de filiación lo más significativo es que recoge la doctrina jurisprudencial sentada años antes por el Tribunal Constitucional. En este sentido, el Tribunal Constitucional en las sentencias de 27 de octubre de 2005 (RTC 2005\273) y de 16 de febrero de 2006 (RTC 2006\52) había

---

<sup>1</sup> Trabajo realizado con la ayuda de financiación a Grupo de investigación del Prof. Ángel Carrasco Perera de la UCLM, Ref.: GI20142888.

declarado la inconstitucionalidad del artículo 133 CC -relativo a la reclamación de la filiación no matrimonial sin posesión de estado-, porque concedía únicamente legitimación activa al hijo y no al progenitor para reclamar su paternidad, al entender que se vulneraba el derecho a la libre investigación de la paternidad (art. 39.2 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Pese a ser declarado inconstitucional, el precepto seguía en vigor, pues la legitimación concedida al hijo no merecía la tacha de inconstitucionalidad. Para dar respuesta a esta situación la LMSPIA introduce un segundo apartado en el artículo 133 CC, por el que legitima al padre a efectos de poder reclamar su paternidad, aunque dicha legitimación activa esté limitada al plazo de un año, contado desde que hubiera tenido conocimiento de los hechos en que haya de basar su reclamación judicial.

También el Tribunal Constitucional en las sentencias de 26 de mayo (RTC 2005\138) y de 9 de junio de 2005 (RTC 2005\156) había declarado la inconstitucionalidad del párrafo 1º del artículo 136 CC -relativo a la acción de impugnación de la filiación matrimonial por falta de coincidencia con la verdad biológica-, que concedía al marido la posibilidad de impugnar su paternidad en el plazo de un año, contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil; plazo que no corría si el marido ignoraba el nacimiento, pero que empezaba a correr cuando tenía conocimiento del mismo, aunque ignorase que él no era el progenitor biológico de quien había sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil. Como dicho párrafo, declarado inconstitucional, seguía en vigor, la LMSPIA resuelve esta situación, introduciendo un segundo párrafo al artículo 136 CC, con el siguiente contenido: «Si el marido, pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, desconociera su falta de paternidad biológica, el cómputo del plazo de un año comenzará a contar desde que tuviera tal conocimiento». En el caso de que el marido falleciere antes de transcurrir el plazo señalado, la acción corresponderá a cada heredero por el tiempo que faltare para completar dicho plazo (art. 136.3º CC). Se completa el cuadro de reformas en este punto con las recogidas en los artículos 137, 138 y 140 del CC.

## 2.2. *Desamparo*

La regulación del desamparo también ha sido una materia reformada por la LMSPIA, de modo que el antiguo artículo 172 CC se ha dividido en tres artículos, al objeto de separar la regulación de las situaciones de desamparo (art. 172 CC), de la guarda a solicitud de los progenitores o tutores (art. 172 *bis* CC) y de las medidas de intervención en ambos supuestos (art. 172 *ter* CC) mediante el acogimiento residencial y familiar.

En relación con el artículo 172 CC se mantiene la legitimación otorgada a los progenitores para revocar la resolución administrativa de desamparo y para oponerse a las decisiones adoptadas respecto de la protección del menor durante el plazo de dos años, añadiéndose que transcurridos esos dos años la legitimación sólo corresponderá al Ministerio Fiscal. En este mismo precepto se establece la posibilidad de que la Administración competente asuma la guarda provisional sin declaración previa de desamparo ni solicitud expresa de los progenitores, mientras tienen lugar las diligencias precisas para la

identificación del menor, la investigación de sus circunstancias y la constatación de la situación real de desamparo. Además, se prevén nuevos supuestos de cese de la tutela administrativa que responden a la creciente movilidad de algunos menores protegidos.

Se introducen *ex novo* los artículos 172 *bis* y 172 *ter* CC. En el artículo 172 *bis* CC se regulan dos modalidades de guarda administrativa: la guarda voluntaria, cuando los progenitores o tutores no puedan cuidar al menor por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas y la guarda por decisión judicial en los casos en que legalmente proceda. En relación con la guarda voluntaria, ésta no podrá sobrepasar el plazo máximo de dos años, salvo prórroga por concurrir circunstancias excepcionales; transcurrido el plazo o la prórroga, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores o deberá dictarse una nueva medida de protección permanente. Por su parte, en el artículo 172 *ter* CC se recoge la prioridad del acogimiento familiar respecto al residencial y se regula también la posibilidad de acordar por parte de las entidades públicas estancias, salidas de fin de semana o vacaciones con las familias de origen o instituciones adecuadas para los menores en acogimiento. Además, se establece la posibilidad de que la entidad pública pueda fijar una cantidad a abonar por los progenitores o tutores en concepto de alimentos y gastos de cuidado y atención del menor en los casos de desamparo o de guarda a petición de los progenitores.

En materia de acogimiento el artículo 173 *bis* CC redefine las modalidades de acogimiento familiar en función de su duración: a) Acogimiento familiar de urgencia, principalmente para menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda; b) Acogimiento familiar temporal, que tendrá carácter transitorio, porque se prevea la reintegración del menor en su propia familia, o en tanto se adopte una medida de protección más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible reintegración familiar o la adopción de otra medida de protección definitiva; y c) Acogimiento familiar permanente, que se constituirá, al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal, al no ser posible la reintegración familiar o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen. Se suprime el acogimiento preadoptivo, al considerarse una fase del procedimiento de adopción.

### 2.3. Adopción

Otra materia reformada ha sido la adopción. Así, el artículo 175 CC, y en relación con la capacidad de los adoptantes, establece como novedad una previsión sobre la diferencia de edad mínima entre el adoptante y el adoptado que será de, al menos, dieciséis años y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años. Por otro lado, se incorpora al artículo 176 CC una definición de la idoneidad para adoptar, donde se señala expresamente que no podrán ser declarados idóneos -para la adopción- los progenitores que se encuentren privados de la patria potestad o tengan suspendido su ejercicio, o hayan

confiado la guarda de su hijo a una entidad pública. En relación con la actuación de la entidad pública en el procedimiento judicial de adopción, se producen dos importantes novedades. En primer lugar, se exige que la declaración de idoneidad de los adoptantes sea previa a la propuesta de adopción que la entidad pública formula al juez, cuestión que antes no estaba claramente establecida; y, en segundo lugar, se modifican los supuestos en los que no es preceptiva la propuesta previa de la entidad pública, para iniciar el expediente judicial de adopción. Además, se introduce el artículo 176 *bis* CC que regula *ex novo* la guarda con fines de adopción. Esta 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; de este modo, se evita que el menor tenga que permanecer durante ese tiempo en un centro de protección o con otra familia.

En relación con el procedimiento de adopción, el artículo 177 CC equipara la pareja de hecho al matrimonio a efectos del asentimiento preceptivo a la adopción. Por otra parte, se señala que no será necesario el asentimiento de los progenitores cuando hubieran transcurrido dos años, sin ejercitar acciones de revocación de la situación de desamparo o cuando habiéndose ejercitado, éstas hubieran sido desestimadas. Igualmente se establece que el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido 6 semanas desde el parto, en lugar de los treinta días ahora vigentes, dando así cumplimiento a lo dispuesto en el Convenio Europeo de Adopción hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 y ratificado por España. Por su parte, en el artículo 178 CC se incluye, como una importante novedad, la posibilidad de mantener relación o contacto con algún miembro de la familia de origen a través de visitas o de comunicaciones -adopción abierta-. Para ello será necesario que en la resolución de constitución de la adopción así se acuerde por el juez, a propuesta de la entidad pública, previa valoración positiva en interés del menor por parte de los profesionales de dicha entidad y siempre que sea consentido por la familia adoptiva y el menor que tenga suficiente madurez y, en todo caso, si tuviera más de doce años. Por último, el reformado artículo 180 CC refuerza el derecho de acceso a los orígenes de las personas adoptadas, introduciendo la obligación de las entidades públicas de mantener la información durante un plazo de cincuenta años con posterioridad al momento en que la adopción se haya hecho definitiva; dicho derecho está limitado a la información y a su conservación, sin que el adoptado pueda ejercitar una acción de filiación, invocando su derecho a la verdad biológica.