



Roj: **AAP AV 54/2020 - ECLI:ES:APAV:2020:54A**

Id Cendoj: **05019370012020200054**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ávila**

Sección: **1**

Fecha: **04/03/2020**

Nº de Recurso: **21/2020**

Nº de Resolución: **23/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JAVIER GARCÍA ENCINAR**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

AVILA

AUTO: 00023/2020

A U T O NÚM: 23/2020

ILUSTRÍSIMOS. SRES.

PRESIDENTE:

DON JAVIER GARCÍA ENCINAR

MAGISTRADOS:

DON ANTONIO DUEÑAS CAMPO

DON MIGUEL ÁNGEL CALLEJO SÁNCHEZ

En Ávila, a 4 de marzo de 2020.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento de ADOPCIÓN Nº 490/2017, seguido ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1 DE ÁVILA, y del que el presente Rollo Nº 21/2020 dimana, siendo apelante D^a. Marisol , representada en la instancia por la Procuradora D^a. ANA MARÍA ALFAYATE JIMENO, y defendida por el Letrado D. FRANCISCO ISAAC PÉREZ DE PABLO, y como apelados GERENCIA TERRITORIAL DE SERVICIOS SOCIALES DE ÁVILA, representada y defendida por el SR. LETRADO DE LA COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEÓN, así como D. Horacio y D^a. Nuria , representados por la Procuradora D^a. MARÍA CANDELAS GONZÁLEZ BERMEJO y defendidos por la Letrado D^a. YOLANDA RODRÍGUEZ MENÉNDEZ, siendo parte el MINISTERIO FISCAL, se dictó auto de fecha 30 de octubre de 2019, cuya parte dispositiva dice: "Se acuerda la ADOPCION de la menor de edad Marí Jose por D. Horacio y Dña. Nuria , con todos los efectos legales inherentes a esta declaración constitutiva.

Expídanse testimonio de esta resolución para remitirse al Sr. Encargado del Registro Civil que corresponda para que se practique su inscripción (art. 39.5 de la Ley 15/2015).

Procédase al cambio de los apellidos de la menor en los términos previstos en el art. 109 del Código Civil y los art. 194, 197 y 201 a 204 del Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil, de modo que a falta de otro pronunciamiento por parte de los adoptantes, la menor pasará a tener como primer apellido " Horacio " y como segundo apellido " Secundino ".

Sin expreso pronunciamiento en materia de costas procesales".

SEGUNDO.- Contra dicha resolución se interpuso por la representación procesal de D^a. Marisol recurso de apelación, que fue admitido y, seguido el trámite legal, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial para



su resolución, dando lugar a la formación del presente Rollo, quedando el procedimiento para deliberación, votación y dictar la correspondiente resolución al no considerarse necesaria la celebración de vista pública.

Actúa como Ponente, el Ilmo. Sr. DON JAVIER GARCÍA ENCINAR.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se interpone recurso de apelación contra el Auto dictado en la instancia que acuerda la adopción de la hija de la recurrente, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, así como el cambio de los apellidos de la menor en los términos previstos en el Art. 109 Cc y ello en función de dos argumentos. En primer lugar, sostiene la recurrente que no existe declaración de idoneidad de los adoptantes, al amparo del Art. 35.1 del Decreto 37/2.005, de 12 mayo por el que se regula los procedimientos administrativos y otras actuaciones complementarias en relación con la adopción de menores de Castilla y León, por cuanto según dicho precepto la declaración de idoneidad tiene una validez de 3 años y, en el presente caso, es de 30 de septiembre de 2.015 por lo que, a la celebración de la vista (9 de octubre de 2.019) y el dictado de la resolución que ahora se recurre (30 de octubre de 2.019) ha transcurrido sobradamente el plazo de caducidad establecido en dicho precepto, conforme al cual, transcurrido el mismo sin haber concurrido las circunstancias favorables para hacer efectiva la adopción, deberá procederse a una nueva valoración completa.

En segundo lugar, invoca error en la apreciación de la prueba por cuanto la recurrente ha rehecho su vida, sin que concurren en la actualidad las circunstancias que, en fecha 22 de julio de 2.015, determinaron la declaración en situación de desamparo de la menor (falta de habilidades parentales, escasos ingresos económicos, relación marital conflictiva y presunto consumo de tóxicos), de tal manera que, a día de hoy, mantiene una relación estable de afectividad con un tercero ajeno al padre de la adoptada, con el que tiene un hijo en común, no presenta ninguna enfermedad física o psíquica y aparece como demandante de empleo, indicando que será objeto de contratación por cuenta ajena en breves fechas.

Por todo ello, interesa la revocación íntegra de la resolución recurrida y, en su defecto, el establecimiento de un régimen de contacto y comunicación con la menor.

La Sala anuncia la desestimación del recurso.

SEGUNDO.- En primer lugar se hace necesaria referencia a la necesidad o no de asentimiento en la adopción por parte de la recurrente. A este respecto la STS 565/2009, de 31 de julio, argumentó que "[...] el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores".

Resulta difícil establecer reglas concretas sobre los temas que presenta el Art. 177.1 CC, en relación con el Art. 170 CC, es decir, cómo y cuándo debe concurrir una causa de privación de la patria potestad que hará innecesario que el progenitor incurso en ella, preste su asentimiento para la adopción. De entrada, debe recordarse el Art. 9.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 28 noviembre 1989, que establece que en todo procedimiento relacionado con la separación del menor de sus padres, "se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones".

A este respecto resulta significativo el razonamiento de la STC 58/2008, de 28 de abril. Después de alegar las reglas del Convenio de 1989, dice que "[...] no puede perderse de vista que la decisión a adoptar, precisamente por la flexibilidad con la que el legislador regula este tipo de procesos, ha de atender esencialmente a las circunstancias concretas del caso y a la relación que los distintos procedimientos (declaración de desamparo, tutela automática de la entidad pública de protección de menores, constitución de los diversos tipos de acogimiento, adopción, así como las correspondientes impugnaciones judiciales de éstos), guardan entre sí por referirse a un mismo menor y, con frecuencia, a sus progenitores biológicos y a los adoptantes o posibles adoptantes".

En consecuencia, la interpretación que debe darse a la expresión del Art. 177,2,2º Cc pasa por dar contenido a la frase "incurso en causa legal para tal privación".

El Tribunal Supremo ha expuesto que la cláusula general sobre el significado del incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que esta disposición ha de ser interpretada de acuerdo con las circunstancias del caso, "[...] sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho" (STS 523/200, de 24 mayo). Se ha señalado que constituye causa legal para la privación de la patria potestad la omisión de los deberes



contenidos en el Art. 154 Cc, de modo que la STS 998/2004, de 11 octubre, confirmaba una sentencia de privación porque el padre solo había pagado algunas mensualidades de pensión y ello porque la madre las había reclamado, o cuando el padre entregó su hija a la administración por no poder atenderla (STS 384/2005, de 23 mayo).

También debe prestarse atención al momento en que debe concurrir y ello a los solos efectos de la prestación del asentimiento de los progenitores que el Art. 177.2 Cc exige para la constitución de la adopción. La declaración de desamparo del menor se produce precisamente por el incumplimiento por su padre de sus deberes y mientras se mantenga el incumplimiento, se mantendrá la declaración de desamparo, con las medidas complementarias. De aquí que cuando un menor esté protegido por medio de la declaración de desamparo, se está produciendo un incumplimiento de los deberes inherentes a la potestad y corresponderá demostrar lo contrario a quien lo niegue, siendo así que, en el presente caso, en ningún momento se ha recurrido la declaración en situación de desamparo que, conviene recordar, data de 22 de julio de 2.015.

Por todo ello y de acuerdo con la doctrina de la STS 565/2009, de 31 de julio, procede concluir que la progenitora está incurso en causa de privación de la patria potestad y por tanto no se requiere su asentimiento a la adopción proyectada.

TERCERO.- Sentado lo anterior, en relación a la caducidad de la declaración de idoneidad de los adoptantes, cabe señalar que la misma no fue invocada como motivo de oposición en el escrito que ha dado lugar a los presentes autos ya que en el mismo únicamente se indicaba la necesidad de actualización de dicha declaración de idoneidad. Por otra parte, dicho escrito es de fecha 17 de abril de 2.019 (acontecimiento 92). Este tribunal debe remarcar que no resulta admisible que la parte recurrente pretenda suscitar en apelación cuestiones nuevas que debieron formularse en tiempo que permitiese su sometimiento al principio de contradicción y correspondiente prueba, ya que la vigente Lec (Art. 456.1) acoge un modelo de segunda instancia limitada o "revisio prioris instantie". Aunque el recurso de apelación permite al tribunal de segundo grado examinar en su integridad el proceso, no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a resolver cuestiones distintas de las planteadas inicialmente, tanto en lo que se refiere a los hechos (questio facti) como en lo relativo a los problemas jurídicos oportunamente deducidos (questio iuris) dado que ello se opone al principio general "pendente appellatione nihil innovetur".

No se trata de un formalismo retórico o injustificado, sino que es una regla que entronca con la esencia de recurso de apelación. La pretensión que se haga valer en segunda instancia ha de coincidir con la planteada en la primera. El tribunal de apelación sólo podrá revocar la sentencia por aquellas cuestiones que, habiendo sido objeto de invocación en la primera instancia, no hubieran sido resueltas por el juez conforme a lo que la Audiencia Provincial entienda que era la solución jurídicamente correcta. Por no ser un nuevo proceso, las partes no pueden pretender articular pretensiones nuevas o solicitudes no deducidas oportunamente en aquella. No solo no cabe modificar el objeto de las actuaciones de manera improcedente respecto de la primera instancia sino que tampoco cabe convertir la apelación en un juicio nuevo. Declara al efecto la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 18 de Mayo de 2.005 que: "Es cierto que, por el respeto debido a la congruencia, la preclusión y la contradicción, en cuanto principios informadores del proceso civil, la jurisprudencia rechaza, como nuevas, las cuestiones planteadas después de la fase procesal destinada a definir el objeto del proceso, en la primera instancia. Así lo declaró esta Sala en las Sentencias invocadas en el motivo. Concretamente, en la de 15 de Abril de 1.991 se definieron las cuestiones nuevas como aquellas que debieron formularse en tiempo que permitiese su sometimiento al principio de contradicción y correspondiente prueba...".

Nos encontramos en el presente caso, al apuntarse por la parte recurrente a unos términos del debate que exceden de lo cuestionado en la primera instancia, ante un planteamiento novedoso, cuya posibilidad está proscrita, según se deduce de la previsión del Art. 456.1 Lec, a la luz de los principios procesales antes expuestos. Hay que tener presente que la jurisprudencia (entre las más recientes, SSTS. 95/2007, de 30 de Enero y 1010/2008, de 30 de Octubre, ha señalado que el concepto de pretensiones nuevas comprende no sólo las que resulten totalmente independientes de las planteadas en tiempo y forma (lo que excluye, de entrada, las variaciones que ya entonces hubieran sido extemporáneas) ante el tribunal "a quo", sino también las que suponen cualquier modo de alteración o de complemento de las mismas.

Ha de prevalecer la regla procesal de que no es admisible mutar el objeto del proceso establecido en la demanda (STS de 9 de febrero de 2.010). Hemos de subrayar que rige en el proceso civil la prohibición de cambiar el objeto del proceso, una vez que ya se ha conformado en la fase alegatoria del mismo (Arts. 399, 400 y 412 de la Lec), a fin de no sorprender al contrario y ocasionarle indefensión si se cambiasen argumentos en fases ulteriores del litigio. Así, como se desprende del Art. 426 Lec, al realizar alegaciones complementarias en la audiencia previa o aclarar las previamente realizadas en la fase alegatoria lo que ya no podría hacerse es alterar sus pretensiones ni tampoco los fundamentos en que se sustentaban éstas. Por lo que ni mucho menos podría pensarse en la posibilidad de introducir en fases ulteriores del proceso nuevos alegatos ni pretensiones.



No resulta, por lo tanto, admisible suscitar en apelación cuestiones nuevas que debieron formularse en tiempo que permitiese su sometimiento al principio de contradicción y correspondiente prueba. Esto último es, sin embargo, lo que estaría tratando de hacer aquí la recurrente, lo cual no le puede ser permitido por este Tribunal porque supondría quebrar las reglas del juego limpio procesal que son una garantía preestablecida en beneficio de ambas partes. Basta con la constatación de que se está pretendiendo incurrir en tal maniobra procesal para que este tribunal tenga que rechazar dicho motivo de recurso y, con ello, íntegramente el mismo.

No valga para obstar la conclusión alcanzada el hecho de que el dies ad quem del mentado plazo de caducidad deviniere con posterioridad a la presentación del escrito de oposición, habida cuenta de que éste, como anteriormente se indicaba, es de fecha 17 de abril de 2.019, cuando la declaración de idoneidad lo es de 30 de septiembre de 2.015, por lo que a la fecha de presentación del mentado escrito también había transcurrido el plazo establecido en el Art. 35.1 del Decreto 37/2.005, de 12 de mayo.

CUARTO.- Por si lo anterior no fuere suficiente, resulta que la demanda de adopción que dio lugar a los presentes autos fue registrada el día 22 de diciembre de 2.017, cuando aún no había transcurrido el tan mentado plazo de 3 años. La calificación de un plazo como de caducidad lleva la consecuencia de ser apreciable de oficio y su imposibilidad de interrupción, que impide que el ejercicio de la acción pueda estimarse si ha expirado el plazo de caducidad previsto. Iniciándose su cómputo desde el día en el que la acción pudo ser ejercitada, y el mismo se computa de fecha a fecha, conforme el Art. 5 Cc, entendiendo como día final el de interposición de la demanda, siendo la razón de ser de la existencia de dicho plazo, la extinción misma del derecho que se pretende proteger. En el presente caso, la demanda de adopción fue presentada dentro del plazo de caducidad de la declaración de idoneidad y, por ende, cuando el derecho que habría de extinguirse por el transcurso del plazo, se encontraba plenamente vivo y vigente, lo que no hace sino ahondar en la conclusión alcanzada en el ordinal anterior, determinando la desestimación del motivo.

QUINTO.- Respecto al segundo motivo de apelación, error en la valoración de la prueba, como tiene reiteradamente señalado esta Audiencia, el proceso valorativo de las pruebas es incumbencia de Jueces y Tribunales sentenciadores y no de las partes litigantes, a las que queda vedada toda pretensión de sustituir el criterio objetivo del órgano enjuiciador por el suyo propio, dado que la prevalencia de la valoración realizada por éste obedece a la mayor objetividad que la de las partes, pues sus particulares y enfrentados intereses determina la subjetividad y parcialidad de sus planteamientos (S.T.S. 1 marzo de 1.994, 20 julio de 1.995).

Ello obliga a señalar con carácter previo que no hay precepto que exija una constatación pormenorizada o examen de cada una de las pruebas, y el Tribunal de segunda instancia tiene el conocimiento pleno de la cuestión, pero quedando reducida la alzada a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el juez a quo de forma ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de la experiencia o a las normas de la sana crítica o si, por el contrario, la apreciación conjunta de la prueba es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso.

En el presente caso, la Juzgadora de Instancia ha valorado acertada y correctamente el acervo probatorio obrante en autos, llegando a conclusiones lógicas y acordes con el resultado de aquel, permitiendo el contenido de la sentencia conocer cuál fue el razonamiento que llevó a la sentenciadora al corolario alcanzado.

A mayor abundamiento, dando por reproducidos los abundantes y acertados razonamientos contenidos en la sentencia de instancia, cuyo contenido se da aquí por reproducido para evitar repeticiones dilatorias e innecesarias, se ha de señalar que las circunstancias puestas de manifiesto en el escrito de recurso, que evidenciarían, según el recurrente, el error padecido por la Juzgadora de Instancia, han quedado perfecta y completamente ayunas de prueba, habida cuenta de que no se ha aportado a los presentes autos prueba acreditativa alguna más allá de una somera documental, consistente en un certificado de empadronamiento, libro de familia, demanda de empleo e informe médico sobre la recurrente que indica que no padece ninguna enfermedad física o psíquica.

Debe tenerse en cuenta que el interés de la menor es el principio esencial en esta clase de procedimientos, y ello implica que las medidas a adoptar han de ser las más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social de los menores y, si es posible, hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés de los menores. El restablecimiento de la unidad familiar que se postula en el recurso no es la cuestión a debatir en este procedimiento, aparte de que no puede hacerse sino en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo de la hija y compense su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar preadoptivo en que se encuentre, teniendo en cuenta, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 31 de julio de 2.009, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesarios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las



referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico. En el presente caso la menor ha convivido con su madre muy escasos meses (desde el 4 de octubre de 2.014 hasta el 22 de julio de 2.015), y desde la fecha de la declaración en situación de desamparo (casi cinco años) no ha tenido contacto alguno con ella, por lo que no existe ninguna vinculación afectiva ni material con la misma, aparte de constar su plena y satisfactoria integración en la familia de acogida, debiendo ponerse de relieve que la menor se identifica plenamente como miembro de la familia de acogida, que tiene cubiertas todas sus necesidades y que el cambio pretendido supondría una agresión para todas sus áreas de desarrollo físico, intelectual y moral, suponiendo un grave riesgo para su salud mental e influyendo en el desarrollo de su personalidad y en la capacidad para establecer relaciones interpersonales a lo largo de su vida, lo que determina la desestimación del motivo.

SEXTO.- Por las mismas razones, también debe ser desestimada la pretensión subsidiaria de establecimiento de un régimen de contacto y comunicación de la menor con la recurrente, teniendo en cuenta, además, que es con ocasión del presente expediente de adopción cuando la recurrente interesa por primera vez el establecimiento de dicho régimen, cuando desde la declaración en situación de desamparo (22 de julio de 2.015) hasta la formulación del escrito de oposición a la adopción (17 de abril de 2.019) no había suscitado pretensión alguna en tal sentido o, dicho de otra manera, durante casi cuatro años no suscitó ni promovió iniciativa alguna para intentar retomar el contacto, aún esporádico a través de un régimen de visitas, con su hija, por lo que dicha pretensión subsidiaria está abocada al fracaso, implicando la íntegra desestimación del recurso, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas de la alzada.

Vistos los preceptos citados y demás aplicables.

ACORDAMOS

Que, desestimando íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Dña. Marisol , contra el Auto de 30 de octubre de 2.019, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Ávila en los autos de Adopción núm. 490/2.017, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en la alzada.

Contra este Auto no cabe recurso.

Por este Auto lo pronunciamos, mandamos y firmamos.