



Roj: **STS 5572/1993 - ECLI:ES:TS:1993:5572**

Id Cendoj: **28079110011993103563**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/07/1993**

Nº de Recurso: **3467/90**

Nº de Resolución: **0779**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ANTONIO GULLON BALLESTEROS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 21 de Julio de 1.993. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sala de lo civil de la Audiencia Provincial de La Rioja, como consecuencia de los autos de juicio declarativo de menor cuantía seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Logroño, sobre declaración de patria potestad; cuyo recurso ha sido interpuesto por D. Santiago , representado por el Procurador de los Tribunales D. Roberto

Granizo Palomeque y asistido del Letrado D. Gabriel Jiménez Campillo; siendo parte recurrida Doña María Inmaculada , representada por la Procuradora Doña Teresa Castro Rodríguez; ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-El Procurador Don Francisco J. García Aparicio, en representación de Dª María Inmaculada , formuló ante el Juzgado de 1ª Instancia de 1ª Instancia nº 1 de Logroño, demanda de menor cuantía en acción de declaración y reconocimiento de patria potestad contra D. Santiago ; estableciéndose en síntesis los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, para terminar suplicando se dictase sentencia " declarándose reconocida la patria potestad de Dº María Inmaculada sobre su hijo no matrimonial Jose Manuel , que dicho hijo quedase bajo el cuidado, y protección de la madre con requerimiento al padre del menor para que haya entrega del hijo a su madre Dª María Inmaculada , que se hiciese expresa condena en costas sobre el demandado.- Admitida la demanda y emplazado el demandado, compareció en los autos en su representación la Procuradora Dª María Teresa León Ortega,



que contestó a la demanda, oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente y terminó suplicando "se desestimase la demanda e imponiendo las costas a la parte actora.- Convocadas las partes a la comparecencia establecida en el artículo 691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta se celebró el día señalado, con asistencia de las partes sin avenencia.- Recibido el pleito a prueba se practicó las que propuestas por las partes fue declarada pertinente.-Unidas a los autos las pruebas se convocó a las partes a comparecencia poniéndolas mientras tanto de manifiesto en secretaría para que hicieran un resumen de las mismas lo que verificaron en tiempo y forma, quedando los autos en poder del Sr. Juez para dictar sentencia.- El Sr. Juez de 1ª Instancia nº 1 de Logroño, dictó sentencia de fecha 8 de mayo de 1990, con el siguiente FALLO: "Que estimando parcialmente como estimo la demanda formulada por la representación procesal de Dª María Inmaculada y contra D. Santiago debo declarar y declaro que la actora es titular de patria potestad sobre su hijo no matrimonial Jose Manuel , y desestimándola en cuanto solicitaba que tal menor quedará bajo su cuidado, custodia y protección requiriendo al padre demandando para que hiciera entrega del mismo, absuelvo a Santiago de este último de los dos pedimentos esgrimidos por la demandante".

SEGUNDO.-Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de 1ª Instancia por la representación de María Inmaculada y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sala de lo Civil, de la Audiencia Provincial de Logroño, dictó sentencia con fecha 20 de noviembre de 1990, con la siguiente parte dispositiva.- FALLAMOS: "Que debemos estimar y estimamos e parte el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don Francisco Javier García Aparicio en representación de Dª María Inmaculada , contra la sentencia de 8 de mayo de 1990, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de 1º Instancia nº 1 de Logroño, en el juicio declarativo de menor cuantía nº 294/89 del que procede el rollo de sala nº 208/90, la que debemos revocar y revocamos parcialmente, en el sentido de declarar el derecho de la actora, Doña María Inmaculada , a comunicar con su hijo menor no matrimonial, Jose Manuel y a disfrutar de un régimen de visitas con respecto al mismo, a fijar en trámite de ejecución de sentencia, confirmándola en el resto de sus pronunciamientos. Todo ello sin hacer imposición de costas causadas en esta alzada a ninguna de las partes".

TERCERO.- El Procurador Don Roberto Granizo Palomeque, en representación de Don Santiago , interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de La Rioja, con apoyo en los siguientes motivos.- PRIMERO: Al



amparo del art. 1692.3º LEC, por quebrantamiento de la formas esenciales del juicio por infracción de las Normas Regulatoras de la sentencia, al infringir, por inaplicación, el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual dispone que "las sentencias deben ser... congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito"; toda vez que la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos concedió a la actora-apelante el disfrutar de un régimen de visitas respecto al hijo natural menor, cuyo pedimento no había sido formulado por la demandante.- SEGUNDO: Inadmitido.- TERCERO: Al amparo del art. 1692.5º LEC por infracción del art. 1214 del Código civil al conculcar el Tribunal el principio jurídico en el mismo contenido, mediante la inversión de la carga de la prueba.- CUARTO: Al amparo del art. nº 1692.5º LEC, por infracción de los artículos 92 y 154 del Código civil y de la Doctrina Jurisprudencial relativa al régimen o derechos de visitas, en relación con los artículos 94 y 161 del mismo Código civil, por entender que el fallo infringe por no aplicación los citados artículos.

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuado el trámite de instrucción, se señaló para la celebración de vista pública el día 07 de Julio de 1993. HA SIDO PONENTE EL MAGISTRADO EXCMO. SR. DON ANTONIO GULLON BALLESTEROS

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Doña María Inmaculada demandó por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía, ejercitando acción de declaración y reconocimiento de patria potestad con pronunciamiento de guarda y custodia de hijo menor no matrimonial en favor de la madre, al padre de dicho menor, Don Santiago . Alegaba la actora: A) Que como fruto de las relaciones sentimentales íntimas con el demandado, de estado civil casado sin hijos, nació el menor Jose Manuel , cuya filiación quedó determinada por reconocimiento de los progenitores ante el Encargado del Registro Civil; B) A los pocos meses del nacimiento, ocurrido el 31 de agosto de 1987, actora y demandado firmaron con convenio ante Notario (el día 17 de diciembre de 1987) por el que estipularon que el menor Jose Manuel quedaba bajo la guarda y custodia del padre, quien asumiría todas las responsabilidades, cuidados y obligaciones que de ello derivasen, prestando su consentimiento expreso la madre para que la patria potestad fuese ejercida por el demandado; C) Rotas las relaciones que mantenía con el demandado, la actora, mediante escritura pública de 12 de enero de 1988, revocó el consentimiento que había prestado sobre ejercicio de la patria potestad y para que aquél tuviese la guarda y custodia del hijo de ambos,



dejando la "decisión sobre este asunto " a la resolución del Juez competente; D) Que el 15 de marzo de 1988 instó la actora en expediente de jurisdicción voluntaria lo mismo que ahora solicita en la demanda, solicitud aquella que le fue desestimada por ser propia de un juicio declarativo; E) El día 7 de marzo de 1988, Doña Juana , esposa legítima del demandado, en cuya compañía vivía junto con el menor Jose Manuel , insta expediente de jurisdicción voluntaria en solicitud de adopción del mismo, que se desestimó judicialmente porque su madre (la actora Doña María Inmaculada) no había dado el asentimiento preceptivo, y no se encontraba incurso en causa de privación de la patria potestad sobre él porque el acuerdo con el demandado Don Santiago por el que éste tendría el cuidado, guardia y custodia del menor se había hecho como consecuencia de la mejor situación económica y familiar del padre y pensando fundamentalmente en su mejor atención y cuidado. La actora terminaba su demanda suplicando del Juzgado que: a) Sea declarada y reconocida su patria potestad sobre su hijo no matrimonial Jose Manuel ; b) Que el mentado hijo quede bajo el cuidado, custodia y protección de su madre Doña María Inmaculada , con requerimiento al padre, el demandado, para que se lo entregase; c) Se hiciera expresa imposición de costas al demandado.

El Juzgado de 1ª Instancia estimó parcialmente la demanda, en cuanto sólo acogió la petición A). La Audiencia, en grado de apelación, revocó parcialmente la sentencia, en el sentido de declarar el derecho de Doña María Inmaculada a comunicar con su hijo menor no matrimonial Jose Manuel , y a disfrutar de un régimen de visitas con respecto al mismo a fijar en trámite de ejecución de sentencia, confirmándola en el resto de sus pronunciamientos, sin hacer imposición de costas en la alzada.

Contra la sentencia de la Audiencia interpuso y formalizó recurso de casación por cuatro motivos, de los que no se admitió en el trámite procesal el segundo.

SEGUNDO.- El motivo primero, al amparo del art. 1692.3º LEC, acusa infracción, por inaplicación, del art. 359 LEC. La incongruencia de la sentencia recurrida se centra en que la actora y ahora recurrida no solicitó en su demanda la concesión de un régimen de visitas y, sin embargo, se le concede.

El motivo se desestima, pues es doctrina constante y reiterada de esta Sala de que no se puede apreciar incongruencia de la sentencia cuando concede menos de lo pedido, sin que se requiera que lo concedido haya de haber sido solicitado. En el caso de autos, la actora solicitó que su hijo menor quedase a su cuidado, custodia y protección. El que la sentencia lo deniegue y en su lugar le reconozca el derecho de comunicación con él no



significa darle algo no pedido, sino menos. Por otra parte, tal reconocimiento es consecuencia ineludible la patria potestad en favor de la actora que se hace en el fallo, pues nada más lógico que la madre pueda comunicar con su hijo cuando los padres viven separados y el hijo convive con uno de ellos (art. 160 Código civil). Cuestión distinta y que se verá posteriormente es la del momento de hacer efectivo este derecho en beneficio del menor.

TERCERO.- El motivo tercero (segundo de los admitidos), al amparo del art. 1692.5º LEC, acusa infracción del art. 1214 del Código civil. Según el recurrente, la actora no ha probado el beneficio del menor para pretender ejercer el derecho, y al otorgárselo, ha trasladado a la parte demandada la teórica obligación de probar que era perjudicial. El motivo se desestima, porque olvida su formulación que la Sala sentenciadora ha formado su convicción a la vista de la prueba pericial. Por tanto, no hay ninguna inversión de la carga de la prueba de la que tan ligeramente se habla, además de que se prescinde de la conocidísima doctrina de esta Sala según la cual el art. 1214 del Código civil no puede servir de base a un motivo de casación salvo cuando la sentencia imputase las consecuencias de la falta de prueba a la parte a quien legalmente no le corresponde probar, y aquí la Sala de Apelación reconoce el derecho de visitas no porque el recurrente no ha probado que le es perjudicial al menor, sino fundada en la susodicha prueba pericial, y es completamente indiferente el porqué o por quién ha venido a los autos. Por último, si se lee con atención el art. 94 del Código civil, aplicable por evidente analogía a la situación de los padres litigantes, se ve sin mayores esfuerzos que la negación del derecho de visitas es una excepción a la regla general, de carácter imperativo, que sienta su inciso primero, por lo que como excepción debe probar que concurren los presupuestos para que opere quien la alegare (en este caso, el recurrente, quien mantiene el perjuicio del menor).

CUARTO.- El motivo cuarto (tercero y último de los admitidos), alega infracción de los arts. 92 y 154 del Código civil y de la doctrina jurisprudencial relativa al derecho de visitas, en relación con los arts. 94 y 161 del Código civil. Expone el recurrente en su justificación que el derecho de visitas ha de quedar subordinado al interés del hijo, y "en el caso de autos existe una absoluta prueba documental y pericial que acredita que un régimen de visitas de Jose Manuel con su madre natural sería absolutamente perjudicial para aquél dada su situación psíquica, edad y circunstancias concurrentes".

El motivo se estima porque el derecho del progenitor que no convive con su hijo a comunicarse con él, llamado tradicionalmente "de



visitas", no es incondicionado en su ejercicio sino subordinado al interés y beneficio de éste. Ciertamente que el art. 160, que lo reconoce, no se ocupa más que de los supuestos en que aquel progenitor carece de él, y el caso de autos no está comprendido en ninguno de ellos. Pero también puede ser suspendido o limitado "si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial", según dispone el art. 94 aplicable por analogía a la situación de progenitores que no conviven, teniendo uno de ellos la guarda y custodia del hijo. En el presente litigio se da una poderosa razón para la suspensión, pues la prueba pericial practicada en la fase de apelación pone de relieve inequívoca y expresamente que, dadas las relaciones tensas entre los progenitores, sería perjudicial para el menor su relación con la madre natural, y por ello, si dejan de ser tensas y se convierten en normales, serían entonces convenientes, que de surgir "serían malas". Ante tan categóricas afirmaciones periciales no se comprende que la sentencia afirme que del dictamen pericial se desprende lo conveniente de las susodichas relaciones, y, por tanto, se evidencia que el criterio que sigue la Sala de Apelación para reconocer el derecho de visitas a la madre recurrida en modo alguno puede sustentarse en aquella pericia como pretende.

Por todo ello, la sentencia recurrida debe ser casada y anulada en cuanto concede desde ahora un derecho de visitas a la demandante y hoy recurrida, sin perjuicio de que, una vez desaparecidas las razones para su negativa actual que anteriormente se han explicitado, pueda volver a pedir su ejercicio y efectividad. Sin imposición de las costas de la apelación y las de este recurso a ninguna de las partes (arts. 1715.3 LEC).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION interpuesto por Don Santiago , contra la sentencia de fecha 20 de noviembre de 1990, dictada por la Audiencia Provincial de Logroño, la cual casamos y anulamos en el particular referido al reconocimiento a la recurrida Doña María Inmaculada de un régimen de visitas respecto del hijo menor de ambos, confirmando por tanto el fallo de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de nº 1 de Logroño, con fecha 8 de mayo de 1990, en los términos que en ésta se determinan. Sin condena en costas a ninguna de las partes en la apelación ni en este recurso. Sin hacer declaración sobre el depósito, al no haberse



constituido. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia con devolución de los autos y rollo que remitió.

ASI POR esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCION LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade Francisco Morales y Morales

Pedro González Poveda Antonio Gullón Ballesteros

Rafael Casares Córdoba

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO.

SR. DON ANTONIO GULLON BALLESTEROS, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.