

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

SENTENCIA

Sentencia Nº: 1.285/2002

Fecha Sentencia: 26/12/2002

RECURSO DE CASACIÓN

Recurso Nº: 1899/1997

Votación y Fallo: 19/12/2002

Ponente Excmo. Sr. D.: Antonio Romero Lorenzo

Procedencia: Audiencia Provincial de Alava

NO ES PROCEDENTE LA SUPEDITACIÓN DEL DERECHO DE VISITA QUE SE CONCEDE AL PROGENITOR QUE NO TIENE A SU HIJA A SU CUIDADO AL ABONO DE LA PENSIÓN ALIMENTARIA POR TRATARSE DE MEDIDAS NO COMPENSABLES Y EXISTIR OTROS MECANISMOS LEGALES PARA LOGRAR EL ASEGURAMIENTO DEL EFECTIVO PAGO DE DICHA PENSIÓN.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA Nº: 1285/2002

Excmos. Sres.:

D. Clemente Auger Liñán

D. Teófilo Ortega Torres

D. Román García Varela

D. Jesús Corbal Fernández

D. Antonio Romero Lorenzo

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Diciembre de dos mil dos. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el presente recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Alava, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Vitoria, sobre medidas sobre régimen de visitas; cuyo recurso ha sido interpuesto por DOÑA MARIA ROSA O O , representada por la Procuradora de los Tribunales D^a ----; siendo parte recurrida DON RICARDO N C , representado por la Procuradora de los Tribunales D^a ----; y el MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia Número Uno de Vitoria fueron vistos los autos de menor cuantía número 505/95, a instancia de D. Ricardo ---, representado por la Procuradora de los Tribunales ----. contra Dª María Rosa ----, sobre medidas sobre el régimen de visitas y el Ministerio Fiscal.

1.- Por la representación de la parte actora se formuló demanda, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que: "...se declare que DON RICARDO N C , en calidad de padre de la menor Sua tiene derecho a ejercitar la patria potestad sobre la misma, con derecho de visitas en los términos interesados en el Fundamento de Derecho III de la demanda y, que como consecuencia de la anterior declaración se imponga condena a la demandada en virtud de lo alegado en los Hechos y Fundamentos de Derecho de esta Demanda, e igualmente se condene a la misma al pago de las costas procesales de este Juicio, en el caso de que temerariamente se oponga a las legítimas pretensiones de mi representado. Solicitó del Juzgado el poder litigar con el beneficio de Justicia Gratuita.

2.- Admitida la demanda y emplazados los demandados se personó en autos el Ministerio Fiscal que interesaba "Sea tenido por parte el Ministerio Fiscal, entendiéndose en él las sucesivas diligencias, y practicadas que fueren las pruebas que se propusiesen y declaradas pertinentes, se dicte sentencia conforme a derecho, velándose siempre por los intereses de los hijos menores de edad afectados en el presente proceso".

3.- Habiéndose notificado la demanda a la demandada Dª María Rosa O O manifestó el derecho a justicia gratuita para litigar, por lo que solicitaba le fueran nombrados Abogado y Procurador de oficio.

4.- Se personó en autos la Procuradora Dª ---, en representación de Dª María Rosa O O , quien contestó a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, para terminar suplicando en su día se dicte sentencia: "...desestimándose la demanda interpuesta frene a Dª MARIA ROSA O O con expresa imposición de costas a la parte demandante. A su vez formuló demanda reconvencional y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que constan en autos, terminó suplicando en su día se dicte sentencia por la que: 1º.- se fije, de conformidad con el artículo 143 del Código Civil, una pensión alimenticia de 40.000 ptas. mensuales a favor de la niña Dª SUA N O , que deberá satisfacer D. RICARDO N C dentro de los cinco primeros días de cada mes, cantidad que será revisada, anualmente, según la oscilaciones del I.P.C., así como la parte proporcional de la cantidad solicitada respecto a las pagas extraordinarias; 2º. - se condicione cualquier tipo de régimen de visitas y demás derechos que se le puedan reconocer a D. RICARDO N C , frente a la menor al cumplimiento de sus obligaciones de atender a las cargas familiares".

5.- La Procuradora Dª ---, en la representación que ostenta, contestó a la demanda reconvencional, alegando los hechos y fundamentos de

derecho que consideró de aplicación, para terminar suplicando en su día se dicte sentencia por la que se desestime en su integridad la demanda reconvenicional planteada de adverso.

6.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente y figura en las respectivas piezas separadas. Unidas a los autos las pruebas practicadas, se entregaron los mismos a las partes para conclusiones.

7.- Por el Juzgado de Primera Instancia se dictó sentencia en fecha , cuyo fallo es como sigue: "FALLO.- Que estimando parcialmente, la demanda formulada por la Procurador D^a Isabel Gómez Pérez de Mendiola en nombre y representación de D. RICARDO N C , contra D^a MARIA ROSA O O , representada por la Procurador D^a ----, debo fijar como régimen de visitas, en que el actor, podrá tener en su compañía, a su hija Sua N O , un fin de semana de cada tres, desde las 18 horas del Viernes hasta las 18 horas del Domingo, en que la niña, deberá ser devuelta al domicilio materno y asimismo, podrá tenerla en su compañía, la mitad de las vacaciones de Semana Santa, Verano y Navidad, pudiendo escoger el correspondiente período la madre, en los años impares y el padre, en los años pares, y atribuyéndole por ahora el ejercicio de la patria potestad, sobre Sua, a su referida madre.- Y estimando parcialmente la demanda reconvenicional formulada por D^a MARIA ROSA O O , contra D. RICARDO N C , debo condenar y condeno a este demandado, a que abone mensualmente a la reconviniendo, la suma de VEINTICINCO MIL PESETAS, con concepto de pensión alimenticia, para su hija Sua, previniendo al demandado, que el régimen de visitas acordado, para que pueda tener consigo a su expresada hija, queda condicionado, al estricto cumplimiento por su parte, de abonar a D^a María Rosa O O , la pensión alimenticia de 25.000 pts. mensuales, que se fijan para su hija Sua, con las actualizaciones anuales de los porcentajes del IPC, y que será abonada todos los meses dentro de los cinco primeros días, y con carácter adelantado.- Todo ello, sin hacer una especial imposición de las costas procesales".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, que fue admitido, y sustanciada la alzada, la Sección Segunda de la Iltma. Audiencia Provincial de Vitoria, dictó sentencia en fecha ocho de Abril de mil novecientos noventa y siete, cuya parte dispositiva

es como sigue: "FALLAMOS.- DESESTIMAR el recurso de apelación deducido por la representación de DON RICARDO N C , así como desestimar la adhesión formulada por la de DOÑA MARIA ROSA O O , frente a la Sentencia

nº 18 dictada con fecha 10 de Enero de 1.997 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de los de Vitoria, en Autos de Menor Cuantía nº 505/95 de que dimana este Rollo; y, CONFIRMAR la misma excepto en cuanto se atiene a la madre de la menor de edad Sua, en la titularidad de la guarda y custodia, permaneciendo la patria potestad conjunta de ambos progenitores, y, excepto en que se desestima la petición de la madre en el sentido de condicionar el régimen de visitas al cumplimiento

de los alimentos por el padre. Todo ello sin que proceda especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada".

TERCERO.- Por la Procuradora D^a ----, en nombre y representación de D^a María Rosa O O , formalizó recurso de casación fundamentándolo en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del art. nº 1.692. 3º de la L.E.C. por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia y quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las garantías procesales, relacionado con el art. 24 de nuestra Constitución Española.

Segundo.- Al amparo del nº 4 del Art. nº 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción de las normas del ordenamiento jurídico. Se han infringido los arts. 359 de la L.E.C., art. 1692.1, en relación con el art. 359 de la L.E.C. Y la jurisprudencia, sentencias de esta Sala de 12-12-91; 5-3-91; 15-7-93. Art. 435 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial; artículos 1, 3, 6 y 7 de la Ley 50/1981 de 30 de Diciembre.

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado de instrucción, la Procuradora Dª ---, en representación de D. Ricardo N C , presentó escrito de impugnación al mismo.

El Ministerio Fiscal emitió informe que consta en autos y terminó "El Fiscal está conforme con la doctrina de la Audiencia, por lo que el recurso debe ser desestimado".

QUINTO.- No habiendo solicitado ninguna de las partes personadas la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 19 de Diciembre del año en curso, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ANTONIO ROMERO LORENZO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Ricardo N C formuló demanda contra Doña María Rosa O O interesando se declarase que como padre de la menor Sua N O , nacida el 26 de Febrero de 1.989 tenía derecho a ejercitar la patria potestad respecto a la misma, con derecho de visitas. La demandada solicitó la desestimación de dicha pretensión y dedujo reconvencción interesando se fijase una pensión alimenticia de 40.000.- pesetas mensuales a favor de la hija común y se condicionase cualquier tipo de visitas y demás derechos que se pudieran reconocer al Sr. N en relación con la menor al cumplimiento de su obligación de atender las cargas familiares.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda fijando como régimen de visitas para el actor un fin de semana de cada tres y la mitad de las vacaciones de Semana Santa, verano y Navidad, añadiendo que se atribuía por ahora el ejercicio de la patria potestad a la demandada. En cuanto a la reconvencción se estableció la suma de 25.000.- pesetas como pensión para la menor, condicionando al estricto cumplimiento por el demandante de la obligación de abono de la misma el ejercicio del derecho de visita antes mencionado. No se hizo condena en costas.

Apelada esta sentencia por ambos litigantes, fueron desestimados ambos recursos por la Audiencia Provincial, si bien dicho Tribunal en atención al interés público del tema objeto de controversia, no confirmó la resolución del Juzgado ni en cuanto a la atribución de la patria potestad sobre la menor a la madre, ni respecto al condicionamiento del régimen de visitas al abono de los alimentos por el padre. En

cuanto a las costas de la alzada no se formuló especial pronunciamiento.

La Sra. O O interpone el presente recurso de casación que consta de dos motivos.

SEGUNDO.- En el primero de los motivos, con fundamento en el ordinal 3º del artículo 1.692 del Código Civil, se denuncia la infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señalando que la sentencia de la Audiencia Provincial es incongruente por cuanto la parte actora, no había mostrado ni en su demanda ni en su recurso oposición a que el régimen de visitas se condicionase al pago de la pensión, ni tampoco había solicitado que no se le privase de la patria potestad del menor, pues el único motivo de su apelación era la reducción de la pensión alimenticia y la ampliación de las visitas que había establecido el Juzgado.

A pesar de ello, el Tribunal de instancia ha reconocido la patria potestad conjunta y ha suprimido el condicionamiento de las visitas al abono de los alimentos modificando así las determinaciones que sobre el particular habían sido adoptadas en primera instancia.

Para decidir acerca de estas alegaciones de la recurrente se hace preciso tener en cuenta, ante todo, que si bien en la reconvención nada se había alegado expresamente respecto a la atribución a la madre del ejercicio de la patria potestad respecto a la hija común, si, en cambio, se había solicitado -según ya se ha hecho constar en el Fundamento de Derecho Primero de la presente resolución- que se condicionasen las visitas y cualquier otro derecho a la efectiva contribución del actor al levantamiento de las cargas familiares.

La Audiencia Provincial justifica ambas modificaciones de la sentencia del Juzgado aduciendo que nos hallamos ante temas en los que predomina el interés público pues deben ser tutelados sobre todo los intereses de los menores, circunstancia que determina que el deber de congruencia no pueda ser absolutamente exigible a los Tribunales ya que el proceso, en tales supuestos, no es sino un instrumento al servicio del Derecho de Familia.

Añade el Tribunal de Instancia que en la parte dispositiva de la sentencia del Juzgado la atribución del ejercicio de la patria potestad a la madre se había realizado con la advertencia de que había de entenderse "por ahora" y que solamente debía rectificarse el pronunciamiento al objeto de evitar en el futuro equivocadas interpretaciones dado que el Fundamento de Derecho Quinto de la mencionada resolución hacía referencia a la atribución exclusiva no del ejercicio, sino de la patria potestad, a la Sra. O.

Por otra parte y en aras de ese superior interés público a que había aludido suprimía la Audiencia la supeditación del derecho de visita al abono de los alimentos por tratarse de medidas no compensables, que no puede entenderse que la una sea contraprestación de la otra, al existir otros mecanismos legales idóneos para asegurar el efectivo

pago de las pensiones alimenticias.

La primera de las decisiones mencionadas ha de considerarse suficientemente justificada por la contradicción aparente entre uno de los Fundamentos Jurídicos y la parte dispositiva de la sentencia del Juzgado, sin que la conformidad del demandante respecto al pronunciamiento de que se trata deba ser considerada como vinculante para los Tribunales en atención a que el ordenamiento jurídico ya no configura la institución de que se trata como una verdadera potestad de los padres, sino como una función en la que predominan los deberes y las responsabilidades de los mismo en orden al cuidado y protección de sus hijos, que es la finalidad que a través de aquella se pretende conseguir.

El segundo pronunciamiento debe ser igualmente mantenido. La relación de los padres con los hijos que no estén confiados a su cuidado debe ser considerada como un derecho y a la vez como un deber de aquellos en la que adquiere una especial relevancia el interés del menor y que, por ello, no puede hacerse depender de otras circunstancias, como podría ser el puntual cumplimiento de la obligación alimenticia, pues la posible inobservancia de ésta podría obedecer en ocasiones a causas justificadas, siendo susceptible -en otros supuestos- de ser corregida a través de las amplias facultades que al Juez se confieren en el artículo 158 del Código Civil, sin que deba olvidarse que puede llegar a determinar la privación parcial o total de la patria potestad (artículo 170) y a entenderse constitutiva de los delitos tipificados en los artículos 226 y 227 del Código Penal.

En atención a todo lo expuesto, el motivo objeto de estudio ha de ser desestimado.

TERCERO.- En el segundo motivo, al amparo del apartado 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia de nuevo infracción del artículo 359 de dicha norma, así como la de su artículo 1692.1º y de los artículos 154 del Código Civil, 435 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículos 1, 3, 6 y 7 de la Ley 50/1.981, de 30 de Diciembre, que regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, procediendo la recurrente a reproducir literalmente varias resoluciones de esta Sala.

Aparte de la improcedente amalgama de preceptos que se realiza por la recurrente y de la innecesaria inserción literal de sentencias que nada tienen que ver con la controversia de la que el presente recurso trae causa, ha de observarse que realmente en este motivo únicamente se reitera lo ya argumentado en el anterior sobre la supuesta incongruencia de la sentencia impugnada afirmándose que la misma se aparta tanto de las alegaciones de las partes contendientes, como de las del Ministerio Fiscal, que no se había mostrado contrario a la privación al padre de la patria potestad ni al condicionamiento del régimen de visitas al pago de los alimentos.

En evitación de innecesarias repeticiones ha de tenerse aquí por reproducido lo anteriormente razonado acerca de la aceptación de las decisiones adoptadas por la Audiencia Provincial lo que determina

el rechazo de este motivo.

CUARTO.- En cuanto a costas ha de estarse a lo prevenido en el artículo 1715-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

F A L L A M O S

Se declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña María Rosa O O contra la sentencia dictada el ocho de Abril de mil novecientos noventa y siete por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz conociendo en grado de apelación de los autos de juicio de menor cuantía número 505/95 procedentes del Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de Vitoria.

Se condena a la recurrente al pago de las costas. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente de esta sentencia con devolución de los autos y rollo de apelación en su día remitidos.