

MODIFICACION DE MEDIDAS. ADMISION INCONGRUENCIA. SUSPENSIÓN PATRIA POTESTAD. El padre solicita modificar el régimen de visitas y la sentencia de primera instancia acuerda suspender la patria potestad del padre para determinadas decisiones, aunque la audiencia reconoce la incongruencia y se estima el recurso del padre.

Es conocida la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en cuanto viene definiendo la incongruencia como el desajuste entre lo decidido en la sentencia y lo pedido por las partes

Sentencia audiencia provincial de Valladolid de 4 abril 2022. Número Sentencia: 114/2022 Número Recurso: 549/2021 Numroj: SAP VA 556/2022 Ponente: [José Ramón Alonso-Mañero Pardal](#) Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 10 de VALLADOLID

Cabecera: Modificación del régimen de visitas comunicación y estancia. Ejercicio de la patria potestad. Principio del superior interés del menor

Interpone recurso de apelación contra la sentencia que ha sido dictada en el procedimiento que se ha seguido con el número 876/2019 ante el juzgado de primera instancia número diez de Valladolid sobre modificación de medidas definitivas adoptadas en anterior procedimiento sobre guarda, custodia y alimentos respecto de hijo menor de edad no matrimonial, interesando solo la parcial revocación de dicha resolución, pues se limita la impugnación al pronunciamiento por el que la juez de instancia decide suspender al apelante el **ejercicio de la patria potestad** sobre el menor Santiago, acordándose que su ejercicio se realice en exclusiva exclusiva sin necesidad de consentimiento del padre.

PROCESAL: Incongruencia extra petitum. Situación de rebeldía

Jurisdicción: Civil

Ponente: [José Ramón Alonso-Mañero Pardal](#)

Origen: Audiencia Provincial de Valladolid

Fecha: 04/04/2022

Tipo resolución: Sentencia

Sección: Primera

Número Sentencia: 114/2022

Número Recurso: 549/2021

Numroj: SAP VA 556/2022

Ecli: ES:APVA:2022:556

ENCABEZAMIENTO:

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

VALLADOLID

SENTENCIA: 00114/2022

Modelo: N10250

C.ANGUSTIAS 21

Teléfono: 983.413486 Fax: 983413482/983458513

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MSV

N.I.G. 47186 42 1 2014 0020736

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000549 /2021

Juzgado de procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 10 de VALLADOLID

Procedimiento de origen: MMC MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO
CONTENCIOSO 0000876 /2019

Recurrente: Leovigildo

Procurador: BEATRIZ MORENO GARCIA-ARGUDO

Abogado: M^a JESUS VALENTIN SASTRE

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, Estrella

Procurador: , JUAN ANTONIO DE BENITO GUTIERREZ

Abogado: , SUSANA MARTIN SANZ

SENTENCIA num. 114/2022

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO JAVIER CARRANZA CANTERA

D. JOSE RAMON ALONSO-MAÑERO PARDAL

D^a EMMA GALCERAN SOLSONA

En VALLADOLID, a cuatro de abril de dos mil veintidós.

VISTOS por esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid, en grado de apelación, los autos de Modificación de Medidas Supuesto Contencioso núm. 876/2019 del Juzgado de Primera Instancia núm.

10 de Valladolid, seguido entre partes, de una como DEMANDANTE-APELADA Dña. Estrella, representada por el Procurador D. JUAN ANTONIO DE BENITO GUTIÉRREZ y defendida por la letrada Dña. SUSANA MARTÍNSANZ, y de otra como DEMANDADO-APELANTE D. Leovigildo, representado por la Procuradora Dña. BEATRIZ MORENO GARCIA-ARGUDO y defendido por la letrada Dña. MARÍA JESÚS VALENTÍN SASTRE, con la

intervención como APELADO del MINISTERIO FISCAL, en la representación que le es propia.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Seguido el litigio en cuestión por sus trámites legales ante el Juzgado de Primera Instancia de referencia, con fecha 05/07/2021, se dictó sentencia, aclarada por auto de fecha 07/07/2021, cuyo fallo y parte dispositiva respectivamente dicen así: "Estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. De Benito Gutiérrez en nombre y representación de D^a Estrella frente a D. Leovigildo declarado en situación de rebeldía procesal

- 1.-Se establece a favor de D. Leovigildo un régimen de visitas con su hijo menor:
- Fines de semana alternos: sábados y domingos en el Centro DIRECCION000 de Valladolid con una duración de una hora y previa confirmación de asistencia a la visita por parte del padre
- 2.-Suspensión de la Patria Potestad: La patria potestad del menor sea ejercida en exclusiva por la madre, por lo que cuantas decisiones se tomen en el futuro en relación con el menor, las llevará a efecto la madre sin necesidad de consentimiento del padre y en especial las relativas al ámbito escolar, sanitario, las relacionadas con celebraciones religiosas, viajes, pasaporte, salidas al extranjero y en general autorizaciones de cualquier tipo.

Y ello con expresa imposición de las costas causadas al referido demandado." PARTE DISPOSITIVA AUTO : " SS^a ACUERDA: Subsanan y rectificar la sentencia dictada por este Juzgado con fecha 5 de julio de 2021 en el sentido que se especifica en los fundamentos de esta resolución manteniéndose el resto de los pronunciamientos invariables en todos sus términos."

TERCERO.- Notificada a las partes la referida sentencia, por la representación procesal de D. Leovigildo, se interpuso recurso de apelación dentro del término legal alegando lo que estimó oportuno. Por la parte contraria y por el Ministerio Fiscal se presentaron sendos escritos de oposición al recurso. Recibidos los autos en este Tribunal y personadas las partes, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 31/03/2022, en que ha tenido lugar lo acordado.

Vistos, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ RAMÓN ALONSO-MAÑERO PARDAL.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL RECURSO.

D. Leovigildo interpone recurso de apelación contra la sentencia que ha sido dictada en el procedimiento que se ha seguido con el número 876/2019 ante el Juzgado de Primera Instancia número Diez de Valladolid sobre Modificación de Medidas Definitivas adoptadas en anterior procedimiento sobre Guarda, Custodia y Alimentos respecto de hijo menor de edad no matrimonial, interesando solo la parcial revocación de dicha resolución, pues se limita la impugnación al pronunciamiento por el que la Juez de Instancia decide suspender al apelante el ejercicio de la patria potestad sobre el menor Santiago -hijo de ambos litigantes-, acordándose que su ejercicio se realice en exclusiva por D^a Estrella sin necesidad de consentimiento del padre.

Denuncia en su recurso el apelante la incongruencia en que entiende incurre la resolución recurrida dado que el **objeto de controversia en esta litis versaba únicamente** sobre la petición de modificación del régimen de comunicación y visitas entre el menor Santiago y su padre que había sido establecido en el convenio regulador aprobado por la sentencia que resolvió el procedimiento sobre Guarda, Custodia y Alimentos seguido entre las mismas partes. Se interesa por ello un nuevo pronunciamiento que revoque el efectuado en la instancia en relación con esta concreta cuestión y que se acuerde dejar sin efecto la medida objeto de impugnación.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso interpuesto e interesa en su escrito la confirmación de la resolución recurrida por considerarla ajustada a derecho.

SEGUNDO.- SOBRE EL VICIO DE INCONGRUENCIA.

Es conocida la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en cuanto viene definiendo la incongruencia como el desajuste entre lo decidido en la sentencia y lo pedido por las partes. Es una consecuencia de la comparación entre estos dos elementos, sin que alcance a los razonamientos que hubieran servido a las partes en sus escritos expositivos, ni a lo razonado por el Tribunal en su argumentación jurídica

En el recurso que enjuiciamos se denuncia por el apelante la existencia de incongruencia "extra petita", es decir, aquella en que el pronunciamiento judicial recae sobre algún aspecto no incluido en el proceso, de tal modo que se haya impedido a cualquiera de las partes formular alegaciones en defensa de sus intereses relacionados con lo pedido (sobre esta tema se pronuncian las SSTs 617/2011, de 14 septiembre; 560/2011, de 18 julio; 218/2011, de 6 abril; 135/2011, de 14 marzo y 811/2010, de 16 diciembre, entre otras). También se producirá este tipo de incongruencia cuando se responde admitiendo o denegando una acción distinta de la interpuesta, porque como afirma la STC 222/1994, el juzgador no puede alterar de oficio la acción ejercitada pues si tras haberse ejercitado una acción y producido una defensa frente a ella el órgano judicial estimase otra acción diferente, la resolución judicial se habría dictado sin oportunidad de debate ni de defensa sobre el punto en que ahora viene a situar el juzgador el "thema decidendi".

TERCERO.- DECISIÓN DE ESTE TRIBUNAL DE APELACIÓN.

La **sentencia recurrida ha incurrido en la incongruencia** que ha sido denunciada en el recurso por las siguientes razones:

- (i) Porque la decisión de la Juez de Instancia no se ajusta a lo pedido en la demanda rectora del pleito, ya que de la comparación entre lo solicitado en el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia recurrida se revela la existencia de una

diferencia esencial consistente en un pronunciamiento diferente a la pretensión que había sido deducida por la actora/apelada al incluirse inopinadamente la decisión de suspender el ejercicio de la patria potestad por el ahora apelante.

La demanda rectora de esta litis formulada por la Sra. Estrella pretendía, única y exclusivamente, la modificación de la medida atinente al régimen de comunicación de visitas entre el menor Santiago y su padre, y ello al objeto de suspender las visitas ordinarias y extraordinarias que venían establecidas y que, en su lugar, el contacto y comunicación personal de D. Leovigildo con su hijo se concertara, siempre previo aviso y con la debida antelación, durante dos horas en fines de semana alternos y a celebrar en el Punto de Encuentro Familiar de Valladolid (DIRECCION000).

(ii) La sentencia recurrida dedica sin embargo un fundamento de derecho (tercero) a señalar la facultad que autoriza el Código Civil en el último párrafo de su artículo 156, del ejercicio de la patria potestad por aquél de los padres con el que el hijo conviva cuando aquéllos vivan separados, decidiendo suspender el ejercicio de la patria potestad por D. Leovigildo con la exclusiva mención a que el demandado en esta litis -progenitor masculino- "... no está presente en la vida de su hijo menor...".

(iii) La sentencia resuelve en primer término sobre la acción efectivamente ejercitada en la demanda y después, sin que ninguna de las demás partes personadas en el procedimiento lo hubieran interesado formalmente en momento alguno, acuerda sorpresivamente suspender al ahora apelante del ejercicio de la patria potestad sobre su hijo menor de edad.

(iv) El Ministerio Fiscal en el acto del juicio y en sus conclusiones finales no efectúa en realidad petición alguna al respecto, sino que tras precisar que la cuestión no ha sido planteada en la litis, efectúa un alegato puramente retórico relativo a la posibilidad de que la madre, si por razones administrativas o de salud lo precisase, podría plantear dicha suspensión con apoyo en el artículo 156 del Código Civil.

(v) Sin desconocer que en los procedimientos como el que nos ocupa, en los que prima el superior interés del menor, ceden notablemente hasta casi difuminarse las exigencias del principio dispositivo que rige en los procedimientos civiles, no puede llegarse hasta el extremo de adoptar una medida como la que estamos examinando en esta litis, y que supone la suspensión del derecho y obligación legal de ejercicio de la patria potestad por uno de los padres del menor afectado, sin que no solo no se haya suscitado la cuestión en el procedimiento, sino que se adopta además la misma obviando incluso la posibilidad de ejercicio en plenitud del derecho de defensa a través de la facultad de alegación y proposición de prueba sobre dicha cuestión.

CUARTO.- SOBRE LAS COSTAS PROCESALES.

Al estimarse el recurso de apelación interpuesto, sobre las costas procesales causadas en esta segunda instancia no se hace especial pronunciamiento de condena a ninguna de las partes. Arts. 394 y 398 de la L.E.C.

VISTOS, los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO:

Que estimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que ha sido dictada con fecha 5 de julio de 2021, aclarada por auto posterior de fecha 7 de julio siguiente, en

el procedimiento que se ha seguido con el número 876/2019 ante el Juzgado de Primera Instancia número Diez de Valladolid, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución en el exclusivo particular del apartado 2 de la parte dispositiva de la misma relativo a la "Suspensión de la Patria Potestad", que se deja sin efecto, manteniendo el resto de pronunciamientos de la resolución recurrida, y todo ello sin hacer expresa condena en las costas procesales causadas en el trámite procesal del presente recurso.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe, en su caso, interponer recurso de casación, ante esta sala, en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a su notificación.

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.