

FICHA. Sentencia 46/2016, de 13 de junio

Casación R.179/2015 Ponente: Sr. Valls.

MATERIA: Recurso extraordinario de infracción procesal: (A) Derecho a utilizar los medios de prueba. Hechos nuevos: Requisitos para estimar los hechos nuevos. Sustanciación y práctica de prueba. No pueden desestimarse de plano cuando han sido parcialmente reconocidos concurriendo un derecho a utilizar los medios de prueba instados cuya denegación comporta efectiva indefensión; **(B) Motivación. Doctrina general.** Estimación de la ausencia de motivación tanto en la fijación de las reglas de cálculo para fijar la compensación económica por matrimonio; capacidad del progenitor para satisfacer alimentos a sus hijos menores y prestación compensatoria a su esposa. Síntesis de la jurisprudencia de este Tribunal.

NORMAS LEGALES: Art. 24 CE; Artos. 286 LEC y 469. 1- 2/3 LEC

FITXA. Sentencia 46/2016, de 13 de juny

Cassació R. 179-2015 Ponent: Sr. Valls.

MATÈRIA: Recurs extraordinari de infracció processal: (A) Dret a utilitzar els mitjans de prova. Fets nous: Requisits per estimar els fets nous. Substanciació i pràctica de prova. No poden desestimar-se de plànol quan han estat parcialment reconeguts concorrent un dret a utilitzar els mitjans de prova instats ja que la denegació comporta efectiva indefensió; **(B) Motivació. Doctrina general.** Estimació de l'absència de motivació tant en la fixació de les regles de càlcul per fixar la compensació econòmica per matrimoni; capacitat del progenitor per satisfer aliments als seus fills menors i prestació compensatòria a la seva esposa. Síntesi de la jurisprudència d'aquest Tribunal.

NORMES LEGALS: Art. 24 CE; Arts. 286 LEC i 469. 1- 2/3 LEC.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
Sala Civil y Penal

R. Casación y extraordinario por infracción procesal
nº xxx

SENTENCIA Nº 46

Presidente:

Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Enric Anglada i Fors

Ilmo. Sr. D. Joan Manel Abril Campoy

Barcelona, 13 de junio de 2016

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los Magistrados que se expresan más arriba, ha visto el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal núm. xxx contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Girona en el rollo de apelación núm. xxx como consecuencia de las actuaciones de procedimiento de divorcio núm. xxx seguidas ante el Juzgado de 1a Instancia núm. 6 de Girona. El Sr. xxxxxx ha interpuesto sendos recursos, representado por la Procuradora Sra. xxxxxx y defendido por la Letrada Sra. xxxxxx. La

Sra. xxxxxx, parte recurrida en este procedimiento, ha estado representada por el Procurador Sr. xxxxxx y defendida por la Letrada Sra. xxxxxx. Con la debida intervención del MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador de los Tribunales Sr. xxxxxx, actuó en nombre y representación del Sr. xxxxxx formulando demanda de divorcio núm. xxx en el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Girona. Seguida la tramitación legal, el Juzgado indicado dictó sentencia con fecha xxxxxx, la parte dispositiva de la cual dice lo siguiente:

“Que ESTIMO parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador D. xxxxxx, en nombre y representación de D. xxxxxx, y acuerdo el divorcio del matrimonio formado por D. xxxxxx y D^a. xxxxxx, contraído el 31 de octubre de 1.988, con todos los efectos legales inherentes a dicho pronunciamiento.

Que ESTIMO parcialmente la demanda reconvencional interpuesta por la Procuradora D^a. xxxxxx, en nombre y representación de D^a. xxxxxx.

En consecuencia, se acuerdan las siguientes medidas definitivas:

1).- Se establece la guarda y custodia compartida de los menores xxx, xxx y xxx, siendo la titularidad y ejercicio de la potestad parental compartida entre ambos progenitores.

Los menores vivirán con su padre y con su madre de forma alterna por periodos de una semana.

El progenitor no guardador podrá estar en compañía de sus hijos una tarde a la semana (que en defecto de acuerdo será el miércoles) desde la salida del colegio o actividad extraescolar –o en su defecto, desde las 17 horas- hasta las 20 horas, con entrega de los menores en el domicilio del progenitor guardador la semana de que se trate.

El cambio de guarda se llevará a cabo los lunes por la mañana en el centro escolar, de forma que el progenitor –o persona autorizada por el mismo- que haya tenido a los menores bajo su guarda la semana anterior los llevará al colegio a las 9 de la mañana, siendo recogidos a la salida de la escuela por el otro progenitor –o persona autorizada por el mismo- y así sucesivamente.

Una vez los menores hayan entrado en el colegio el lunes por la mañana se entiende que su guarda ya corresponde al progenitor que los recogerá por la tarde.

En caso de enfermedad de los menores el cambio de guarda se efectuará el primer día que los hijos vuelvan al colegio, previa notificación al otro progenitor. Si esta notificación no fuese posible, los menores serán entregados al otro progenitor en el domicilio de éste último la mañana del lunes en que se había de realizar el cambio.

En los periodos no escolares de los menores el cambio de guarda se efectuará a las 20 horas del domingo en el domicilio del progenitor que pase a asumir la guarda.

En estos dos últimos supuestos, el progenitor que haya disfrutado de la guarda de los menores la semana anterior asumirá los gastos de traslado de los mismos al domicilio del otro progenitor. Ambos progenitores se comunicarán tan pronto como sea posible cualquier incidencia que impida seguir las normas sobre el cambio de guarda que se acaban de exponer.

Los cambios de guarda durante los periodos vacacionales escolares se producirán, en defecto de acuerdo, en el domicilio del progenitor que pase a asumir la guarda, de forma que el progenitor que deja la misma habrá de llevar a los menores al domicilio del progenitor que comienza a ejercer la guarda en las fechas y horarios que se establecen.

2).- En defecto de acuerdo en contrario de ambos progenitores, los periodos vacacionales de los menores se distribuirán de la siguiente

forma- En el caso de las vacaciones de Navidad, la primera mitad abarcará desde la salida de la escuela el último día lectivo hasta las 10 horas del 31 de diciembre y la segunda mitad desde las 10 horas del 31 de diciembre hasta el primer día lectivo por la mañana, en que se llevará a los menores al centro escolar por el progenitor que los tenga en su compañía.

El día 24 de diciembre –Nochebuena- las partes compartirán el ejercicio de la guarda de la siguiente manera: el progenitor que no tenga atribuido el primer periodo de vacaciones de Navidad tendrá a sus hijos ese día desde las 16 a las 19 horas, recogiendo y retornando a los menores en el domicilio del progenitor que ejerza la guarda en este momento.

El día de Reyes, 6 de enero, el progenitor que no tenga atribuido el segundo periodo de vacaciones de Navidad tendrá a sus hijos ese día desde las 10 a las 12 horas, recogiendo y retornando a los menores en el domicilio del progenitor que ejerza la guarda en este momento.

Las vacaciones de Semana Santa se dividen igualmente en dos mitades, la primera desde la salida de la escuela el último día lectivo hasta el Miércoles Santo a las 20 horas y la segunda mitad desde el Miércoles Santo a las 20 horas hasta el primer día lectivo por la mañana, en que se llevará a los menores al centro escolar por el progenitor que los tenga en su compañía.

En caso de desacuerdo, en los años pares le corresponderá al padre el disfrute de la primera mitad y en los años impares la segunda mitad.

En cuanto a las vacaciones de verano, las mismas abarcarán los meses de julio y agosto y se dividirán por quincenas de la siguiente forma: desde el 1 de julio a las 10 horas hasta el 16 de julio a las 10 horas; desde el 16 de julio a las 10 horas hasta el 1 de agosto a las 10 horas; desde el 1 de agosto a las 10 horas hasta el 16 de agosto a las 10 horas; desde el 16 de agosto a las 10 horas hasta el 1 de septiembre a las 10 horas.

Dichas quincenas se disfrutarán de forma alterna entre ambos progenitores, sin que puedan disfrutarse de forma consecutiva.

En caso de desacuerdo, en los años pares corresponderá al padre el disfrute de la primera quincena y en los años impares el disfrute de la segunda quincena y así sucesivamente entre ambos progenitores de forma alterna.

La primera semana de guarda posterior a cualquier periodo vacacional corresponderá al progenitor que no haya tenido consigo a los menores en el último periodo del mismo.

Los días festivos escolares de los menores que no estén recogidos en los apartados anteriores se disfrutarán por el progenitor al que corresponda la guarda semanal según lo establecido con carácter general. Cuando los días festivos se conviertan en un "puente" corresponderá al progenitor que en aquél momento tenga a los menores alargar el periodo semanal hasta la finalización del mismo, sin que el progenitor que pierda los días correspondientes a su periodo semanal tenga derecho a recuperarlos.

El día del cumpleaños y de la onomástica de xxx, xxx y xxx o de alguno de los progenitores, se mantendrá el régimen de guarda ordinario por semanas. El progenitor al que no corresponda la guarda esa semana tendrá derecho a disfrutar de la compañía de sus hijos menores en la forma que ambos progenitores acuerden. En defecto de acuerdo, el progenitor al que no corresponda la guarda la semana de que se trate podrá estar en compañía de los menores desde la salida del colegio (o en su defecto desde las 17 horas) hasta las 20 horas, con entrega de los hijos en el domicilio del progenitor que ostenta la guarda semanal.

El régimen de relaciones personales expuesto se ha de entender sin perjuicio de la asistencia de los hijos a colonias, campamentos o estancias en el extranjero, entre otras actividades que los mismos puedan efectuar y que los progenitores hayan decidido de mutuo acuerdo.

En caso de que no exista acuerdo sobre las actividades que se han de realizar, cada progenitor no podrá afectar con sus decisiones unilaterales aquellos periodos de estancia de los menores con el otro progenitor, por lo que no podrá acordar que los hijos asistan a las actividades mencionadas anteriormente si ello impide que estén junto con el otro progenitor a quien corresponda aquél periodo y que no ha decidido la realización de aquéllas actividades.

3).- Ambos progenitores mantendrán económicamente a los hijos menores durante los periodos en que los mismos residan con cada uno de ellos en cuanto a sus gastos ordinarios de alimento en sentido estricto (comida y bebida), habitación (parte proporcional de hipoteca, alquileres o suministros imputables a los hijos), vestido y calzado ordinario, ocio, recargas de móvil, transporte público, pequeños gastos cotidianos y en general todos aquellos ligados directamente a la convivencia con cada progenitor.

Ambos progenitores satisfarán en una proporción del 75% el Sr. xxxxxx y del 25% la Sra. xxxxxx los gastos extraordinarios de los hijos menores según el concepto expuesto en esta resolución, así como aquellos gastos ordinarios y comunes que no vayan relacionados directamente con la convivencia con uno u otro progenitor, según lo expuesto igualmente en esta resolución.

Para cubrir el pago de dichos gastos comunes y ordinarios de los hijos, ambos progenitores abrirán en la entidad bancaria que estimen oportuno una cuenta común con disposición mancomunada y en la cual se domiciliarán todos los cargos relativos a los citados gastos ordinarios y comunes de los menores (a título de ejemplo, cuotas escolares, comedor escolar, cuotas de AMPA, pequeño material escolar, actividades extraescolares fijadas de mutuo acuerdo, etc...).

Con el fin de dotar de fondos necesarios a dicha cuenta, entre los días 1 y 5 de cada mes, el Sr. xxxxxx deberá ingresar en la misma la suma de 375 euros y la Sra. xxxxxx la suma de 125 euros.

Si fuera necesario, como consecuencia de un gasto concreto, un ingreso de mayor cantidad, el mismo se efectuará en la misma proporción si así fuera consensuado por ambas partes. De la misma manera, si tras pagarse todos los gastos mensuales, quedara un saldo favorable en dicha cuenta, el mismo podrá ser destinado por ambos progenitores a la compra de ropa y calzado necesario para los menores y si aún así quedara excedente, podrán satisfacerse a cargo de esta cuenta común los gastos extraordinarios, tales como colonias de verano, cursos de idiomas, actividades deportivas no habituales, etc...

Las cuotas de la mutua médico privada y las cuotas del GEIEG serán satisfechas por el progenitor que decida unilateralmente su abono.

4).- Se atribuye el uso del domicilio familiar, sito en la calle xxxxxxxx, de Gerona, a la Sra. xxxxxx durante un plazo de dos años a contar desde la fecha del dictado de esta resolución, momento a partir del cual se extinguirá automáticamente el derecho de uso atribuido a su favor.

Las cuotas del préstamo hipotecario y de los seguros contratados por razón de la vivienda se satisfarán de conformidad con el titulo constitutivo correspondiente –por los prestatarios en el contrato de préstamo y por el tomador en el contrato de seguro-. Las cuotas del I.B.I., las tasas de basuras correspondientes a la vivienda familiar y demás tasas e impuestos de meritación anual, las cuotas ordinarias de la Comunidad de Propietarios, los gatos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la misma y los suministros se satisfarán por la Sra. xxxxxx, como beneficiaria del derecho de uso de aquélla.

Las derramas extraordinarias de la Comunidad de Propietarios se satisfarán por mitad.

A los efectos de la extinción del uso por convivencia marital con otra persona, se estará a lo dispuesto en el artículo 233-24.2.b) del CCCat.

5).- Los menores seguirán escolarizados, como hasta el momento, en el CEIP xxxxxx de Gerona –en el caso de xxx y xxx- y en el Colegio xxxxx –en el caso del menor xxx-.

6).- No ha lugar a efectuar pronunciamiento alguno sobre la atribución del uso del vehículo marca Mercedes modelo Clase A, matrícula xxxxxxx.

7).- En concepto de prestación compensatoria (artículo 233-14 del CCCat), D. xxxxxx entregará a D^a. xxxxxx la cantidad de 300 euros al mes durante un periodo de dos años a contar desde la fecha del dictado de la presente resolución, dentro de los cinco primeros días de cada mes. Dicha cantidad se actualizará el primero de enero de cada año con base en el I.P.C. que establezca el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que le sustituya para la provincia de Gerona. Dicha cantidad será ingresada en la cuenta corriente que designe la Sra. xxxxxx.

8).- No ha lugar a fijar cantidad alguna a favor de D^a. xxxxxx en concepto de compensación económica por razón del trabajo (artículo 232-5 del CCCat).

No se hace especial pronunciamiento sobre las costas procesales, debiendo satisfacer cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad”.

SEGUNDO.- Contra esta Sentencia, la parte demandada interpuso recurso de apelación, y que fue impugnado por la contraria, que se admitió y se sustanció en la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Girona, la cual dictó Sentencia en fecha xxxxxx, con la siguiente parte dispositiva:

“ESTIMAMOS parcialmente el recurso de apelación de D^a xxxxxx y desestimamos la Impugnación de D. xxxxxx y REVOCAMOS la Sentencia de fecha xxxxxx del Juzgado de Familia de Girona, dictada en proceso xxxxxx, en los siguientes aspectos:

- a) La proporción a los alimentos de los hijos lo será en un 90% el padre y en un 10% la madre.
- b) Se concede a la Sra. xxxxxx la suma de 19.534,50€ en concepto de indemnización por razón del trabajo.
- c) La pensión compensatoria a favor de la Sra. xxxxxx con cargo al Sr. xxxxxx, lo será en 600€/mes.
- d) Confirmamos el resto del fallo impugnado.

Las costas del recurso del Sr. xxxxxx se imponen al mismo por su desestimación, sin mención de otro recurso que se estima parcialmente.

Se declara la pérdida del depósito para recurrir interpuesto por el Sr. xxxxxx”.

TERCERO.- Contra esta Sentencia, la representación procesal del Sr. xxxxxx interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal. Por Auto de fecha 15 de febrero de 2016, este Tribunal se declaró competente y admitió a trámite los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos, dándose traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para formalizar oposición por escrito en el plazo de veinte días.

CUARTO.- Por providencia de fecha 14 de abril de 2016 se tuvo por formulada oposición al recurso de casación y de conformidad con el art. 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se señaló para su votación y fallo que ha tenido lugar el día 2 de junio de 2016.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. José Francisco Valls Gombau.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Motivos del recurso.

La representación del recurrente D. xxxxxx deduce recurso extraordinario de infracción procesal y de casación por interés casacional –admitido a trámite por auto de 15 de febrero de 2016- que fundamenta:

- El extraordinario de infracción procesal en tres motivos, el primero, por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso al amparo del art. 469. 1. 3 /4 LEC en relación con el art. 24 CE; el segundo, al amparo del art. 469. 1. 4 LEC en relación con el art. 24 CE, por vulneración de derechos fundamentales y concretamente el de tutela judicial efectiva ; el tercero, con base en el art. 469. 1. 2 LEC, citando como infringido el art. 218 LEC, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, por entender, que existe insuficiencia de motivación.

El recurso de casación se basa en cuatro motivos, el primero por infracción del art. 232- 5 Código Civil de Cataluña (en adelante, CCCat), respecto a los requisitos para otorgar una compensación económica por razón del trabajo; el segundo, por infracción del art. 233-6 CCCat, en relación con las bases de cálculo de la cuantía de la compensación económica por razón del trabajo; el tercero, por infracción de los artos. 233-14 y 233-15 CCCat relativos a la prestación compensatoria, y seguidamente, en el cuarto, por vulneración de los artos. 237 y 238 CCCat, que hacen referencia a la pensión por alimentos.

SEGUNDO.- Recurso extraordinario de infracción procesal (I). Derecho a utilizar los medios de prueba. Inadmisión de los hechos nuevos.

1.- Al amparo del art. 469. 1.3 LEC denuncia el recurrente una infracción del derecho a la prueba en relación con hechos que guardan relación con la tutela judicial que se pretende obtener en el proceso, en relación con el art. 24 CE. Centra su denuncia en la petición deducida el 6 de mayo de 2015 alegando que la demandada D^a xxxxxx había obtenido con posterioridad a la interposición del escrito de impugnación y oposición de apelación un trabajo remunerado por cuenta ajena, pidiendo que ante la imposibilidad de obtener pruebas sobre dicho hecho nuevo se solicitase la práctica de las siguientes diligencias: (a) A través de consulta telemática se averigüe la situación laboral de la Sra. xxxxxx; (b) que en caso de estar de alta se aporte el contrato laboral y (c) para el supuesto de que hubiera sido dada de alta y nuevamente de baja, tras este escrito, se requiera a la Empresa para que informe a la Sala si fue una baja voluntaria o, por el contrario, el despido lo fue por otros motivos. Y verificado lo cual, se le otorgue traslado para realizar un escrito de ampliación de hechos de conformidad con lo dispuesto en el art. 286 LEC.

2.- Para la resolución de la presente infracción han de tenerse en cuenta los siguientes antecedentes:

- Presentado el anterior escrito de 6 de mayo de 2015, por diligencia de ordenación de 12 de mayo de 2015, se da traslado a la contraparte por cinco días.

- En 15 de mayo de 2015, se insta aclaración o complemento de la diligencia de ordenación por la representación del Sr. xxxxxx, al no acordarse nada sobre la solicitud de pruebas.

- En 18 de mayo de 2015, la representación de la Sra. xxxxxx contesta al escrito de 6 de mayo. Reconoce que desde el día 16 al 21 de mayo de 2015, trabajo en la Empresa xxxxxx y se dió de baja por cuanto no podía conciliar el trabajo con el cuidado de los hijos. En el suplico, se insta la desestimación del hecho nuevo ya que solamente ha percibido 180 euros como finiquito, sin aportar documentación alguna y todo ello basado en las alegaciones realizadas.

- En 27 de mayo de 2016, por providencia se motiva la inadmisión del hecho nuevo *"por la improcedencia de tomarlo en consideración"*.

- Interpuesto y tramitado recurso de reposición, se dicta auto con fecha de 19 de junio de 2016 en que, en síntesis, se desestima el recurso y se fundamenta su rechazo por cuanto la instante no ha probado el hecho nuevo ni tampoco se ha justificado.

3.- Hemos declarado reiteradamente –SSTSJC 7/2014, de 30 de enero y 37/2015, de 25 de mayo, resumiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 70/2002, de 3 abril, 1/2004, de 14 enero; 121/2004, de 12 julio; 60/2007, de 16 marzo y 136/2007, de 4 junio) y la jurisprudencia del TS (SSTS. 9 Julio 2009, 30 Octubre 2009, 9 febrero 2010 y 6 Junio 2012, entre otras) sobre el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, que debe hacerse valer en el recurso de casación por el cauce del art. 461. 1. 3 LEC. Exige que concurren las siguientes circunstancias para que se produzca la violación de este derecho fundamental:

a) Tratándose de un derecho de configuración legal, la garantía que incorpora el derecho a la prueba ha de realizarse en el marco legal establecido en el Ordenamiento jurídico respecto a su ejercicio (SSTC 173/2000, de 26 de junio, FJ 3, y 167/1988, de 27 de septiembre, FJ 2). Es preciso, por un lado, que la parte legitimada haya solicitado la prueba en la forma y momento legalmente establecido y que el medio de prueba esté autorizado

por el Ordenamiento (*SSTC 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 4; 147/2002, de 15 de junio, FJ 4; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2; y 96/2000, de 10 de abril, FJ 2*); y, por otro, que la falta de práctica de los medios de prueba admitidos sea imputable al órgano jurisdiccional (*SSTC 147/2002, de 15 de junio, FJ 4; 109/2002, de 6 de mayo, FJ 3; 70/2002, de 3 de abril, FJ 5; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2; y 78/2001, de 26 de marzo, FJ 3*), salvo los supuestos de rechazo motivado de los medios de prueba producido en el momento procesal oportuno (*SSTC 173/2000, de 26 de junio, FJ 3; 96/2000, de 10 de abril, FJ 2; 218/1997, de 4 diciembre, FJ 3; 164/1996, de 28 de octubre, FJ 2; 89/1995, de 6 de junio, FJ 6*).

b) El alcance de este derecho está sujeto al cumplimiento de la carga que se impone a las partes en el proceso de actuar con diligencia en defensa de sus derechos. No puede alegar indefensión quien se sitúa en ella por pasividad, impericia o negligencia (*SSTC 112/1993, 364/1993, 158/1994, 262/1994 y 18/1996*), y

c) Es exigible que se acredite por la parte recurrente, a quien corresponde la carga procesal correspondiente, la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante [por todas, *STC 157/2000, de 12 de junio, FJ 2c*]]. Esto se traduce en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa (*STC 147/2002, de 15 de julio, FJ 4*), esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito (*STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 5*), al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente (*STC 116/1983, de 7 de diciembre, FJ 3*). Asimismo, debe precisarse que el quebrantamiento de las formas esenciales del proceso no incluye situaciones de simple indefensión formal, por quebrantamiento de alguna de las normas procesales, como ocurre cuando la omisión no ha lesionado los intereses del perjudicado (*SSTS de 10 de junio de 1991, 22 de abril de 2002, 24 de junio de 2004, 17 de junio de 2004 y 22 de septiembre de 2005*).

En definitiva, en síntesis, han de concurrir dos requisitos que son: **(a)** La denegación o inejecución han de ser imputables al órgano judicial por haber inadmitido pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o

irrazonable; y **(b)** La prueba denegada o impracticada debe ser decisiva en términos de defensa, lo que habrá de justificar el interesado, produciéndole efectiva indefensión.

4.- La recurrente ha alegado que la desestimación del hecho nuevo y la práctica de prueba que de ello se derivaba ha sido, incluso, parcialmente reconocida por la recurrente al afirmar que trabajó durante cinco días, con posterioridad a la presentación del escrito de impugnación y oposición de apelación; realizándose una desestimación, en primer lugar, por una providencia sin motivación. Y posteriormente mediante un auto en que no se resuelve sobre la aclaración inicialmente solicitada y añade que no se ha acreditado el hecho nuevo, cuyo carga correspondía al recurrente, por lo cual, se infringe el art. 24 CE en relación con el art. 286 en tanto que: (a) no se ha obtenido una respuesta de las pretensiones deducidas debidamente fundamentada y (b) No se ha permitido utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa impidiéndole acreditar un hecho que guarda relación con el fondo del litigio y es decisivo para su resolución, provocándole efectiva indefensión.

Al respecto, cabe recordar conforme declara la STS 797/2010, de 29 de noviembre que el art. 286 LEC , bajo la rúbrica «*[h]echos nuevos o de nueva noticia. Prueba*», establece que «*[s]i precluidos los actos de alegación previstos en esta Ley y antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia, ocurriese o se conocieses algún hecho de relevancia para la decisión del pleito, las partes podrán hacer valer este hecho, alegándolo de inmediato por medio de escrito, que se llamará de ampliación de hechos, salvo que la alegación pudiera hacerse en el acto del juicio o vista. En tal caso se llevará a cabo en dichos actos cuanto se prevé en los apartados*

siguientes». Añade, en los apartados siguientes de este precepto, en cuanto ahora interesa, la realización de las siguientes actuaciones: (i) traslado a la parte contraria para que manifieste reconocer o no reconocer el hecho alegado y pueda aducir cuanto le interese para desvirtuar el mismo, (ii) en caso de no reconocer el nuevo hecho o de nueva noticia, podrá practicarse la prueba pertinente y útil si fuera posible por el estado de las actuaciones, (iii) si no fuera posible, en el juicio ordinario, se estará a lo dispuesto para la práctica como diligencias finales de las pruebas pertinentes y útiles que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia previstos en el artículo 286 LEC .

Asimismo, se prevé también la posibilidad de rechazo por el tribunal del hecho alegado cuando no se acredite cumplidamente la circunstancia de que el hecho acaeció o se tuvo noticia del mismo una vez concluidos los momentos procesales ordinarios para efectuar alegaciones. Estos momentos ordinarios son la demanda, la contestación, la reconvención, la contestación a la reconvención y la audiencia previa, según se deriva de los artículos 412 y 426.4 LEC . Y en el recurso de apelación, los trámites posteriores a los escritos de apelación, impugnación u oposición.

Téngase presente que de conformidad con el principio de aportación de parte, el Tribunal solo puede basar su decisión en los hechos afirmados por las partes (art. 216 LEC), siempre que sean alegados «oportunamente», esto es en el momento procesal hábil para ello. Y las partes deben soportar un actuar diligente en la afirmación de los hechos, que, para el caso de los hechos nuevos se infiere de que se trate de “nueva noticia” relevante y que no se haya podido hacer valer con anterioridad lo que fue cumplido por el recurrente.

La representación del Sr. xxxxxx plantea el hecho nuevo

mediante un escrito en que se relata el dato novedoso del acceso a un puesto laboral por parte de la Sra. xxxxxx, para posteriormente realizar un escrito de ampliación de hechos. Y todo ello teniendo en cuenta que la justa decisión del proceso exige la consideración por el Tribunal, como recuerda la mejor doctrina, de la realidad fáctica total existente al tiempo de su pronunciamiento y no sólo la de la conocida al tiempo de formular las partes sus alegaciones iniciales, siempre que dicha realidad sea "oportunamente" puesta de relieve mediante los requisitos de tiempo, objeto y forma. Al respecto, ha de señalarse que:

- El presupuesto del escrito deducido por la representación del Sr. xxxxxx respecto al tiempo se cumplió por el recurrente, alegándolo de "*inmediato*", es decir, tan pronto como tuvo conocimiento de que la Sra. xxxxxx había encontrado un trabajo y fue contratado por una Empresa. Resulta posible la introducción de este hecho nuevo en la segunda instancia con anterioridad al plazo para dictar sentencia.

- Se trate de un hecho nuevo y la novedad que debe predicarse del hecho o de su conocimiento sea relevante para la decisión del pleito, como es en el caso de autos el acceso al mundo laboral de la Sra. xxxxxx, cumpliéndose con el segundo presupuesto relativo al objeto de la nueva noticia alegada, y

- Por último, en cuanto a la forma debe hacerse por escrito, salvo que pudiera realizarse la alegación en el acto del juicio o vista que en esta fase no procedía, pues no se había señalado vista. Este escrito ampliatorio ha de limitarse a alegar el hecho o hechos, sin mas razonamientos que los requeridos para la justificación de su novedad, y ello también fue cumplido en su inicial escrito, aun cuando se pretendía posteriormente efectuar otro escrito ampliatorio

no necesario, pues, como hemos señalado, con aquel inicial escrito, acreditando la novedad y la justificación de su conocimiento posterior, como lo efectuó, procedía su sustanciación.

Ahora bien, cumplidos los requisitos, la desestimación por el Tribunal del hecho nuevo “de plano” resultaba improcedente y el posterior auto declarando que correspondía la prueba del hecho nuevo al recurrente incurría en una evidente infracción con vulneración de derechos fundamentales provocando efectiva indefensión, puesto que se había justificado la novedad del hecho y su conocimiento posterior. Es más, reconocido el hecho como cierto y alegado que solamente trabajo cinco días, la Sala no debió desestimarlos de plano, siendo insuficiente la simple alegación de la representación de la Sra. xxxxxx, sino que, el Tribunal debió admitir la prueba solicitada en su escrito inicial, pues la conformidad de la representación de la Sra. xxxxxx solamente fue respecto a unos datos que no pueden ser aquellos que se alegan sin soporte documental alguno -que por mor de la aplicación de la regla de la facilidad probatoria le correspondía aportar- y por tanto la respuesta dada debía quedar sujeta a los resultados de una prueba solicitada en el momento inicial y que debió practicarse.

La práctica de esta prueba que deberá realizarse, con nulidad de las actuaciones practicadas desde el auto denegatorio del hecho nuevo, deberá llevarse a cabo del modo previsto en la LEC sobre los extremos solicitados en el inicial escrito de 6 de mayo de 2016, siendo posteriormente valorado en la sentencia definitiva que deba pronunciarse al efecto puesto que su resultado podría tener relevancia en el caso examinado, según los datos que se justifiquen en relación con el acceso al mundo laboral de la Sra. xxxxxx, duración de dicho trabajo y razón por la cual, en su caso, dejó de

prestar servicios a la Empresa.

Por lo expuesto, procede estimar el primero de los motivos del recurso extraordinario de infracción procesal con declaración de nulidad de actuaciones a los efectos de que se lleve a cabo la prueba interesada en el inicial escrito de hechos nuevos de 6 de mayo de 2015 y tras su resultado, se valorará en la sentencia definitiva que proceda dictar. La desestimación de plano realizada por el Tribunal resulta una denegación del hecho nuevo realizada con una interpretación irrazonable, que produce efectiva indefensión al recurrente.

No basta la mera alegación de la parte reconociendo – parcialmente- el hecho nuevo y la duración y alcance del nuevo trabajo, sin aportar la documentación oportuna (ni requerir el Tribunal para que la aporte) puesto que ello supone y determina dejar al arbitrio de uno de las partes su resultado que incluso aun pudiendo coincidir con las afirmaciones realizadas por la representación de la Sra. xxxxxx, debe tener su reflejo documental, sin rechazar, como hizo la Sala, cumplidos los requisitos procesales de tiempo, objeto y forma para la justificación del hecho nuevo, y de plano, el hecho de nueva noticia, en primer lugar, por providencia y luego mediante auto confirmatorio de la citada resolución.

TERCERO.- Recurso extraordinario de infracción procesal. Exhaustividad y motivación de la sentencia. Incongruencia. Vulneración del principio de tutela judicial efectiva.

1.- Se procederá a examinar el tercer motivo del recurso extraordinario de infracción procesal que si bien se plantea en forma subsidiaria al segundo y dado que su alcance podría comportar otra

nulidad de actuaciones, a diferencia del segundo referido a la valoración de la prueba, debe resolverse para que, en el futuro, al dictar la sentencia se realice sin vulneración de los derechos fundamentales del recurrente.

Al efecto, se denuncia al amparo del art. 469. 1 .2 LEC, infracción del art. 218 LEC, por entender que la sentencia dictada falta a la necesaria motivación en relación con los siguientes extremos:

- Los presupuestos necesarios para poder determinar el derecho a percibir la compensación económica por razón del trabajo así como las bases para fijar la citada suma establecidas en los artos. 232- 5 y 6 CCCat.
- La capacidad económica del Sr. xxxxxx a los efectos de determinar su contribución para el levantamiento de las cargas familiares (art. 237-7 y 9 CCCat), y
- La capacidad económica del Sr. xxxxxx a los efectos del pago de la prestación compensatoria (art. 233-14 y 15 CCCat),

2.- La representación del Sr. xxxxxx alega que en el otorgamiento de compensación económica por razón del matrimonio en la suma de 19. 534, 50 euros, no se aplica ninguna regla de cálculo obligatoria según el CCCat relativa a (a) el momento en que fueron adquiridos los bienes que integran en patrimonio final del citado Sr. xxxxxx; (b) si los mismos fueron adquiridos a título gratuito u oneroso; (c) no valora los bienes de los patrimonios de los litigantes; (d) no calcula la diferencia entre los incrementos patrimoniales ni hace mención a la existencia de un incremento, desconociéndose la razón de su concesión.

Y en relación con la capacidad económica del recurrente con el efecto de determinar su contribución a los alimentos para los menores y la prestación compensatoria, revoca la sentencia de

instancia sin deducir ni señalar que exista una mayor capacidad determinada cuantitativamente para aumentar su contribución.

El Ministerio Fiscal, centrando su informe en los alimentos para los hijos menores de edad, solicita, igualmente, la nulidad de la sentencia por falta de motivación señalando, en síntesis, que no se aporta ningún argumento que permita realizar una adecuada ponderación de los nuevos porcentajes fijados por la sentencia recurrida, por lo cual, se desconoce si los mismos se encuentran ajustados a los intereses de los menores. Añade que esta ausencia de motivación comporta una lesión de la tutela judicial efectiva.

La contraparte se opone al recurso afirmando, en síntesis, que no concurre una falta de motivación sino una disconformidad con la valoración de la prueba realizada por la Sala que resulta de la totalidad de las actuaciones practicadas en ambas instancias, justificando suficientemente la revocación parcial de la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia.

3.- Hemos declarado –SSTSJC 56/2011, de 19 de diciembre, 58/2012, de 15 de octubre, 19/2014, de 20 de marzo, 32/2015, de 11 de mayo, 69/2015, de 8 de octubre, 79/2015, de 16 de noviembre y 1/2016, de 21 de enero, que la motivación de las sentencias consiste en la exteriorización del conjunto de razonamientos de hecho y de derecho que justifican un determinado fallo, por lo que la motivación exigible a las decisiones judiciales tiene la doble finalidad de garantizar la ausencia de arbitrariedad y de posibilitar el control de la aplicación razonada de las normas que se consideran adecuadas al caso, a las que suele añadirse la de convencer a las partes de la corrección de la decisión que se adopta.

Asimismo, la motivación debe expresar los elementos y las razones del juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión, o lo que es lo mismo, que su "*ratio decidendi*" sea consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad, lo que no se cumple tanto cuando no se contiene motivación alguna como cuando la efectuada es insuficiente mediante apreciaciones genéricas sin atender al caso concreto, dando lugar con tal deficiencia argumentativa a una conclusión arbitraria, caracterizada por la apariencia de ser meramente voluntarista, lo que comporta una denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, como sucede en el caso examinado en relación a los extremos denunciados por el recurrente a los que nos hemos referido en el pfo. 1º de este fundamento. Téngase presente que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo (por todas STS Sala 1ª de 7-6-2011) recuerdan que la motivación es lo que permite el eventual control jurisdiccional por medio de los recursos, la crítica de la decisión y su asimilación por quienes integran la cultura jurídica interna y externa, garantizando el cumplimiento del principio de proscripción de la arbitrariedad que se proyecta sobre todos los poderes públicos.

Más concretamente, hemos estimado el recurso extraordinario de infracción procesal por ausencia de motivación:

- *Cuando los hechos declarados probados son contradictorios e ininteligibles (STSJC 58/2012, de 15 de octubre y 21/2014, de 7 de abril) por producirse una motivación aparenta y confusa que adolece de falta de claridad.*
- *Cuando nada se argumenta sobre la modificación de circunstancias y la revocación de las pensiones alimenticias para las hijas (STSJC 32/2015, de 11 de mayo) o cuando no se habían justificado las razones para la disminución de la cuantía alimenticia partiendo de hechos probados inexistentes (STSJC*

79/2015, de 16 de noviembre). También se produce una vulneración de la necesaria motivación de las sentencias en relación con el criterio de proporcionalidad en el binomio patrimonio alimentante-necesidades de las alimentistas, para determinar el quantum alimenticio, con vulneración del art. 24 CE al referirse, exclusivamente, al primer extremo, sin contemplar las necesidades de las alimentistas para aumentar una pensión que se prorratea entre las hijas mayores y la de menor edad (STSJC 56/2011, de 19 de diciembre).

- O bien, por último, mas concretamente y en relación con las reglas de cálculo imperativas del art. 232.6 CCCat, nada se motiva ni argumento sobre la forma y modo como han de calcularse los patrimonios de cada cónyuge y los incrementos patrimoniales para establecer dicha compensación por razón del trabajo puesto que a la Sala le resultaba imposible acudir a un método interpretativo que determine la adecuación o no a derecho de la compensación señalada, en tanto no aparecen explicadas las razones que conducen a la estimación de dicha compensación (SSTSJC 19/2014, de 20 de marzo, 21/2014, de 7 de abril, 69/2015, de 8 de octubre y 1/2016, de 21 de enero).

Y ello es lo sucedido en el caso examinado, puesto que:

(A) En el FJ. 5º al resolver sobre la compensación económica por razón del matrimonio, con revocación de la sentencia de instancia motivando la razón de su concesión respecto a la mayor dedicación de la esposa, al momento de fijar las reglas para su cálculo declara:

"...Ya se ha dicho y no es objeto de controversia, que la esposa estuvo trabajando temporalmente para las empresas de su esposo. La posibilidad que tuvo el esposo de dedicarse, en mayor medida, a sus empresas, tuvo reflejo en el patrimonio del mismo, esto es, si bien ambos litigantes eran copropietarios por mitades iguales del domicilio familiar , plaza parking y local, el esposo obtuvo un mayor patrimonio, tales como: 33,33% de los tres locales sitios en xxxxxx de Sant Boi de Llobregat, acciones de xxxxxxx en Banc Sabadell. 33% de participaciones sociales de xxxxxx, 96% de participaciones sociales en xxxxxxx.

Es por lo expuesto que no se antoja excesiva la suma solicitada en el recurso de importe 19.534,50€ en concepto de indemnización por razón del trabajo..."

A continuación cita jurisprudencia de esta Sala sin razonar su aplicación concreta al caso examinado y la única regla de cálculo que efectúa y resuelve es que “.. *no se antoja excesiva la suma solicitada*”. Ello determina y comporta un desconocimiento e inaplicación de las reglas de cálculo del art. 232-6 CCCat que ni se argumentan ni siquiera mencionan para su concesión. Por tanto, como anotaba el recurrente en el tercer motivo del recurso para el cálculo del incremento patrimonial determinante para la concesión de la compensación económica, ni se fijan los patrimonios inicial y final de los cónyuges; si los bienes que integran el patrimonio fueron o no adquiridos con anterioridad al matrimonio; si los mismos lo fueron a título gratuito u oneroso o las valoraciones de dichos bienes. Por lo expuesto, ante la flagrante ausencia de motivación procede estimar este tercer motivo del recurso extraordinario de infracción procesal.

(B) De igual modo sucede en relación con el examen de la capacidad económica del Sr. xxxxxx a los efectos de determinar su contribución-proporcional- a los alimentos de los menores.

En efecto, en relación con los alimentos para los menores (FJ.2º “in fine”) argumenta que:

“La Sentencia impugnada, en sus fundamentos octavo a undécimo, contiene una ponderada relación de los diversos gastos que pueden tener los menores y la forma en que los progenitores deben contribuir, sin embargo la Sala considera que debe estimarse el recurso de modo que la proporción en el pago de los gastos alimenticios lo sea en un 10% a cargo de la madre y en un 90% del padre..”

Por tanto, como señalan el recurrente y el Ministerio Fiscal, la sentencia impugnada no aporta ningún complemento nuevo a los argumentos establecidos por la sentencia de instancia que permita inferir o deducir se haya realizado una nueva valoración de la

prueba y dicha falta de argumentación hace imposible controlar si los nuevos porcentajes establecidos son mas ajustados a los intereses de los menores y responden al cumplimiento del binomio necesidades alimentistas-patrimonio progenitor, incurriendo en una ausencia de motivación que comporta una lesión al derecho de tutela judicial efectiva.

Y también incurre en falta de motivación al modificar y revocar la prestación compensatoria. La sentencia recurrida en su FJ. 6 "in fine" se declara que:

"... Todo lo anterior aconseja aumentar la pensión compensatoria mensual de los 300€ otorgados en la sentencia a 600€, suma mas ponderada para la Sala en atención a los parámetros que dan soporte al desequilibrio económico reiteradamente puesto de manifiesto. El parámetro legal a tener en cuenta, en la concesión de pensión compensatoria, es el desequilibrio económico (art 233-14 y 15 CCC) y más concretamente, la "situación económica de los cónyuges". En este sentido ya se ha mencionado la diferencia importante que existe entre la posición económica e ingresos del Sr xxxxxx y la recurrente. La situación de empresario de aquel y la profesión de la esposa, revelan ese parámetro a valorar.

Todo lo anterior aconseja aumentar la pensión compensatoria mensual de los 300€ otorgados en la sentencia a 600€, suma mas ponderada para la Sala en atención a los parámetros que dan soporte al desequilibrio económico reiteradamente puesto de manifiesto..."

La diferencia de las situaciones económicas de ambos cónyuges resulta probada. No obstante *".. la situación de empresario de aquel y la profesión de la esposa.."* unido a una inexistente valoración de la capacidad económica del Sr. xxxxxx que si bien se efectúa parcialmente en sus FJ. 2º y 5º, no puede justificar el aumento de la suma de la prestación compensatoria que debería haberse motivado. Aunque en el FJ. 2º se alude a unos indicios de

ingresos superiores y en el 5º se señalan los bienes, se desconoce su incidencia en el aumento de la suma concedida en la primera instancia, lo cual comporta, por ende, la insuficiente motivación que igualmente determinaría la estimación del tercer motivo de este recurso.

4.- Aunque la estimación del primer motivo del recurso ya comporta la nulidad de actuaciones con retroacción de efectos, hemos de añadir que también debe decretarse la nulidad en este supuesto excepcional, si bien en este caso de la sentencia, por falta de motivación o motivación aparente, como hemos declarado precedentemente, por lo cual, la Sala una vez practicada la prueba pertinente deberá volver a dictar una nueva sentencia de apelación, con celebración de vista, si procediera, en su caso, motivando razonadamente todos los extremos sometidos a debate en segunda instancia. Y todo ello, con absoluto respeto a la función de la Audiencia en el ejercicio pleno de las facultades jurisdiccionales que le corresponden, pronunciando el fallo que corresponda y sea conforme a derecho (estimatoria o desestimatoria del recurso), dictándose, en su consecuencia, otra sentencia a la mayor urgencia con una motivación adecuada y suficiente.

CUARTO.- Costas. Depósito para recurrir.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 398 en relación con el art. 394 LEC, no procede realizar imposición de las costas de los recursos, y, por otro lado, deberá devolverse el total de los depósitos constituidos para la interposición de los recursos extraordinario de infracción procesal y de casación.

F A L L A M O S

LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DECIDE:

1º/ ESTIMAMOS el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación de D. xxxxxx, contra la sentencia dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Girona en fecha xxxxxx (rollo núm. xxxxxx), dimanante de los autos núm. xxxxxx tramitados por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Girona, y, en consecuencia, decretamos la **NULIDAD DE ACTUACIONES** y su reposición al momento procesal adecuado, incluyendo el auto denegatorio de 19 de junio de 2015 y las actuaciones subsiguientes, relativo al conocimiento del hecho nuevo que debió haberse estimado, conforme declaramos en el fundamento segundo de la presente resolución, llevándose a cabo la práctica de la prueba solicitada en el inicial escrito de 6 de mayo de 2016 (f. 12 del Rollo); siendo posteriormente valorada en la sentencia definitiva que deba pronunciarse al efecto y, seguidamente, se procederá a dictar nueva sentencia por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Girona con una motivación adecuada con arreglo a derecho, teniendo

presente las consideraciones realizadas en el fundamento tercero de esta resolución, y

2º/ Sin imposición de las costas de los recursos formulados a ninguna de las partes y con devolución de la totalidad de los depósitos constituidos.

Remítanse las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de su procedencia.

Así lo acuerdan, manda y firman los Magistrados indicados al margen, doy fe.

PUBLICACIÓN.- Esta Sentencia se ha firmado y publicado el mismo día de la fecha por los Magistrados de esta Sala que la han dictado.
Doy fe.