



Roj: STSJ CAT 6917/2011
Id Cendoj: 08019310012011100044
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal
Sede: Barcelona
Sección: 1
Nº de Recurso: 15/2011
Nº de Resolución: 27/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MARIA EUGENIA ALEGRET BURGUES
Tipo de Resolución: Sentencia

SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

Sala Civil y Penal

R. Casación y extraordinario por infracción procesal nº 15/2011

SENTENCIA Nº 27

Presidente:

Ilma. Sra. D^a. M^a Eugènia Alegret Burgués

Magistrados:

Ilma. Sra. D^a. Núria Bassols i Muntada

Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio

Barcelona, 16 de junio de 2011.

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los magistrados que se expresan mas arriba, ha visto el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal núm. 15/2011 contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 18^a de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación núm. 824/09 como consecuencia de las actuaciones de divorcio núm. 726/08 seguidas ante el Juzgado de 1a Instancia núm. 19 de Barcelona. El Sr. Camilo ha interpuesto sendos recursos, representado por el Procurador Sr. Fernando Bertrán Santamaría y defendido por el Letrado Don. Camilo . La Sra. Gloria , parte recurrida en este procedimiento, ha estado representada por el Procurador Sr. Carlos Badía Martínez y defendida por la Letrado Sra. M^a Pilar Gilabert Garcia. Con la debida intervención del Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Procurador de los Tribunales Sr. Fernando Bertrán Santamaría, actuó en nombre y representación Don. Camilo formulando demanda de divorcio núm. 726/08 en el Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Barcelona. Seguida la tramitación legal, el Juzgado indicado dictó sentencia con fecha 12 de junio de 2009 , la parte dispositiva de la cual dice lo siguiente:

"ESTIMO PARCIALMENTE la demanda de divorcio formulada por el Procurador D. Fernando Bertrán Santamaría, en nombre y representación de D. Camilo y defendido por el Letrado D. Camilo contra Dña. Gloria , asistido por Procurador D. Carlos Badía Martínez y defendido por el Letrado D. Jorge Gilabert García Y ACUERDO LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO formado por D. Camilo y Dña. Gloria , por divorcio, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, y en especial:

La revocación de los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

Guarda y custodia de los tres hijos comunes, Marta, Víctor y Ales, a Dña. Gloria , manteniéndose compartida la patria potestad.

Régimen de visitas a favor del progenitor paterno y sus tres hijos de:

Durante el período ordinario de escolaridad:

Fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes en el centro escolar, ampliándose para el caso de que sea festivos los viernes o/y el lunes.

Día intersemanal, que a falta de acuerdo será el miércoles desde la salida del colegio hasta la mañana siguiente, en el centro escolar.

Períodos vacacionales:

Durante las vacaciones de Navidad se establecerán dos períodos, el primero desde el inicio de las vacaciones escolares desde la salida del colegio hasta el 30 de diciembre a las 21.00 horas y el segundo desde las 21.00 horas del 30 de diciembre hasta el inmediatamente anterior a la incorporación de la menor al centro educativo a las 21.00 horas.

Semana Santa: se repartirán por mitad correspondiendo el primer período desde el último día del colegio a la salida del mismo hasta el jueves Santo a las 11.00 horas , y el segundo desde el Jueves Santo a las 11.00 horas hasta el día inmediatamente anterior al que comiencen las clases a las 21.00 horas.

Se dividirán por mitades durante los meses de julio y agosto en las fechas que libremente determinen sus padres, por períodos quincenales, alternativos y no acumulativos. Los días festivos escolares de junio y septiembre se distribuirían por mitades entre ambos progenitores.

En todos los períodos vacacionales, le corresponderá la elección al padre en los años pares y a la madre los impares. En todo caso cada progenitor deberá de comunicar al otro el período elegido con al menos un mes de antelación. Los períodos vacacionales se iniciarán el mismo día en que comiencen las vacaciones a la finalización de las clases o actividad extraescolar, terminando el día inmediatamente anterior al que comiencen las clases a las 21.00 horas.

Pensión de alimento a favor de sus tres hijos menores y con cargo de D. Camilo de 900 # por cada hijo, es decir, 2700 que deberán de ser ingresados en la cuenta bancaria que Dña. Gloria designe dentro de los cinco primeros días de cada mes, suma que será incrementada conforme al IPC, más la mitad de los gastos extraordinarios.

No se hace expresa imposición de las costas causadas".

En fecha 30 de junio de 2009 se dictó Auto con la siguiente parte dispositiva:

"SE RECTIFICA la Sentencia, de 12 de junio de 2009 , en el sentido de que donde se dice 21 de junio de 1976, debe decir 21 de junio de 1996".

Segundo.- Contra esta Sentencia, la parte actora interpuso recurso de apelación, que se admitió y se sustanció en la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona la cual dictó Sentencia en fecha 28 de septiembre de 2010 , con la siguiente parte dispositiva:

"Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Camilo contra la sentencia del Juzgado de primera instancia número 19 de Barcelona de 12 de junio de 2009 , estableciendo una pensión de alimentos a favor de sus hijos en 2.000 (dos mil) euros al mes, con las correspondientes actualizaciones, y manteniendo intactos el resto de sus pronunciamientos. No ha lugar a la imposición de las costas de esta alzada".

En fecha 3 de noviembre de 2010 se dictó Auto, que en su parte dispositiva decía:

"Ha lugar a la aclaración de la Sentencia, dictada en esta alzada, en fecha 28-9-10 , en el sentido de que la fecha a partir de la cual produce efectos y por lo tanto a partir de la cual debe pagarse la nueva cantidad fijada como prestación de alimentos es la de la Sentencia objeto de aclaración, manteniéndose el resto de sus pronunciamientos".

Tercero.- Contra esta Sentencia, el Procurador Sr. Fernando Bertrán Santamaría en nombre y representación Don. Camilo , interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal que por auto de esta Sala, de fecha 21 de febrero de 2011 , se admitió a trámite dándose traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para formalizar su oposición por escrito en el plazo de veinte días.

Cuarto.- Por Auto de fecha 11 de abril de 2011 se tuvo por formulada oposición a los recursos interpuestos, se denegó la práctica de la prueba propuesta y, de conformidad con el *art. 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , se señaló para la celebración de Vista el día 19 de mayo de 2011 en que ha tenido lugar.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. D^a. M^a Eugènia Alegret Burgués.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada en fecha 28 de septiembre de 2010 , rectificada por Auto de 3 de noviembre de 2010, por la Sección 18^a de la Audiencia Provincial de Barcelona en procedimiento de divorcio seguido entre Don. Camilo y Doña. Gloria interpone la representación procesal del Sr. Camilo recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, este último admitido en razón a la cuantía.

SEGUNDO.- Para una mejor comprensión de lo que se debate deben resaltarse los siguientes antecedentes:

En fecha 31 de julio de 2008 el Sr. Camilo presenta contra su todavía esposa la Sra. Gloria demanda de divorcio contenciosa con la pretensión de que se declarase disuelto el matrimonio y además se modificasen los efectos derivados de la crisis matrimonial, recogidos en anterior Sentencia de separación dictada en fecha 6-7-2005 por la que se aprobaba el convenio regulador firmado el 28-6-2005 que ambos cónyuges habían presentado.

En dicho convenio, tras otorgar la guardia y custodia de los tres hijos menores a la madre, con un amplio régimen de visitas para el padre, los esposos pactaron en orden a los aspectos económicos en lo que aquí interesa, lo siguiente:

" Cuarto.- Contribución a los alimentos de los hijos y a las cargas familiares. *En concepto de alimentos para los hijos Don Camilo abonará la suma de dos mil cuatrocientos euros al mes, pagaderos anticipadamente y dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente que designe la esposa. Dada la profesión del Sr. Camilo , en el supuesto de que un mes no pudiera hacer efectivo el pago total de dicha cantidad antes del día cinco, podrá diferir el pago de la mitad de la totalidad de la pensión, es decir 1.200 euros, hasta el día 20, como máximo, de ese mes, debiendo preavisarlo a la esposa antes de la finalización del mes inmediatamente anterior.*

Dicha contribución a los alimentos de los hijos se actualizará anualmente en el mes de julio a tenor de las variaciones que experimente el coste de la vida reflejado en el Índice General de Precios al consumo (o el que le sustituya) que publica el Instituto Nacional de Estadística (u organismo que le sustituya) a nivel de la comunidad autónoma de Cataluña.

Los gastos extraordinarios necesarios médicos de los hijos (cuyas decisiones de tales gastos se tomarán de mutuo acuerdo por los cónyuges), serán sufragados por mitad por cada uno de los progenitores así como los que no siendo necesarios hayan sido convenidos por ambos cónyuges.

Quinto.- Alimentos entre los esposos. *Atendidas las circunstancias actuales, no es necesario establecer pensión por alimentos a favor de ninguno de los cónyuges con cargo al otro, debiendo subvenir cada uno sus propias necesidades con los recursos de que disponen.*

Sexto.- Pensión compensatoria (artículos 97 del Código Civil y 84 del Codi de Família).- *Ambos cónyuges renuncian a la pensión compensatoria regulada en los artículos 97 del Código Civil y 84 del Codi de Família.*

Séptimo.- Indemnización económica por razón de trabajo del artículo 41 del Codi de Família Catalán.- *Se adjudica a la esposa por este concepto la mitad indivisa, titularidad del esposo, de la vivienda sita en la Calle DIRECCION000 n^o NUM000 de Barcelona, cuya descripción es la que sigue:*

...

La esposa se subroga desde este momento en el préstamo hipotecario que pesa sobre la finca establecida a favor de Banco Sabadell, obligándose al pago de todas las cuotas por principal e intereses que se devenguen desde el día de hoy hasta su total cancelación, liberando al esposo de cualquier responsabilidad que pudiera serle reclamada en relación a la misma por cualquier concepto. Todo ello en el bien entendido que la esposa asume frente al Banco de Sabadell la devolución de la totalidad del préstamo hipotecario, que se devenguen desde el día de hoy. Los esposos se comprometen a comunicar dicha adjudicación de la mitad indivisa de la finca y subrogación de la hipoteca que la grava al Banco de Sabadell a fin de que se acepte por el mismo y éste libere por completo al esposo de toda responsabilidad por la hipoteca. Dado que la hipoteca viene afianzada por la entidad Eurovipe Consulting Group, S.L., la esposa se obliga a liberar a dicha entidad de su condición de fiador solidario. La adjudicación de la finca aquí pactada queda condicionada a que el Banco de Sabadell libere de sus responsabilidades hipotecarias al esposo así como a Eurovipe Consulting Group, S.L.

Ambos cónyuges renuncian expresamente a pedirse cualesquiera otras cantidades por dicho concepto.

Octavo.- Liquidación del régimen económico familiar. Siendo el régimen económico matrimonial el de separación absoluta de bienes previsto en el derecho civil de Catalunya, no procede el establecimiento de disposición especial liquidatoria del mismo. Sin perjuicio de ello los cónyuges convienen:

a) Sin perjuicio de lo pactado en el punto séptimo, el esposo se compromete a colaborar solicitando ante el Banco de Sabadell un periodo de carencia en la amortización del capital de la hipoteca de dos años, desde julio 2005 hasta julio de 2007. Durante dicho período de carencia, la mitad de lo que corresponda a la parte de intereses del recibo mensual de la hipoteca será pagado por el esposo al Banco, considerándose tales entregas un préstamo sin intereses del esposo a la esposa, que ésta le deberá devolver en su totalidad cuando se proceda a la venta del citado inmueble, o como máximo antes del 31.12.2008, si a esa fecha no se ha vendido el inmueble. Para ello el esposo garantizará frente al Banco de Sabadell el pago de dichas cantidades, así como la esposa garantizará al esposo la devolución del mentado préstamo.

...".

2) En la demanda de divorcio afirmaba el actor en orden a los medios económicos de la esposa que la demandada tenía un empleo estable del que desconocía lo que cobraba y que disponía de importantes medios por haber comprado una vivienda y dos plazas de parking, habiendo vendido la vivienda que fuese conyugal con importantes beneficios en la operación.

Por su parte se afirmaba que el actor era Abogado en ejercicio pero sin posibilidades económicas y que había perdido en el año 2008 a uno de sus clientes más importantes, precisamente por el embargo decretado en el procedimiento de separación matrimonial tras el impago de las pensiones, viniendo a ganar por todos los conceptos antes de la pérdida del cliente entre 26 y 35 mil euros anuales.

3) Se aducía también que el actor había sido padre de nuevo y que respecto de los gastos de los tres hijos menores habidos con la demandada, cifraba los mismos en la suma total de 1.860 euros al mes, de los cuales, teniendo en cuenta el tiempo que los tenía cada uno en su poder, correspondía abonar la cantidad de 210 euros por cada menor, comprensivo de parte de los gastos escolares y mutua médica.

4) En la demanda interesó también que se le concediese la guardia y custodia de los menores con régimen de visitas para la madre y pago de alimentos y subsidiariamente se ampliase el régimen de visitas en su momento acordado.

5) La demandada se opuso al cambio de las medidas acordadas en su día para regular los efectos del divorcio y solicitó incremento de la pensión sobre la base de que los menores tenían unos gastos de 4.500 euros mensuales. Afirmaba que durante el matrimonio había trabajado con el marido y que después consiguió un empleo estable con un sueldo de unos 1.900 euros netos mensuales. De igual forma explicaba que la mitad indivisa del domicilio conyugal, casa unifamiliar situada en la DIRECCION000 de Barcelona, que el matrimonio había comprado con una hipoteca, le había sido adjudicada en el convenio de separación matrimonial y que después vendió el inmueble para poder adquirir otra vivienda en la que residir con los tres hijos del matrimonio y cancelar la hipoteca del domicilio conyugal que ascendía a más de 700.000 euros por lo que no existía enriquecimiento alguno.

Respecto de la capacidad económica del marido alegaba que tenía propiedades inmobiliarias a través de sociedades y que continuaba teniendo signos de riqueza superiores a los ingresos declarados a Hacienda.

Afirmaba, en definitiva, que no se había producido modificación sustancial alguna entre la situación existente en el momento de la separación matrimonial ni en cuanto a los gastos de los menores que, en todo caso, habían aumentado, ni en orden a la capacidad económica de la madre, ni del padre, ni tampoco necesidad alguna de modificar la guarda y custodia de los menores.

6) En el acto del juicio del procedimiento principal, la Juez de instancia denegó al actor y a la demandada los documentos de fecha anterior a la demanda y a la contestación; también denegó el interrogatorio de las partes por haberse realizado ya en la vista de las medidas cautelares que se había celebrado el 5-11-2008, antes de la contestación a la demanda. La denegación fue recurrida en aquel mismo acto y después interesada de nuevo ante la Sala de apelación que mediante Auto de 18-12-2009 rechazó el recibimiento a prueba en segunda instancia por no hallarse las pruebas interesadas en ninguno de los supuestos del art. 460 de la LEC ni ser útiles a los efectos pretendidos, criterio que confirmó tras el recurso de reposición interpuesto.

7) La Sentencia recaída en primera instancia, tras disponer el divorcio de los litigantes, modificó el régimen de visitas de los menores ampliándolo. Incrementó también la cuantía de los alimentos a favor de los hijos hasta la cantidad de 2.700 euros a satisfacer mensualmente por el padre.

8) Recurrida la Sentencia por el demandante, la Audiencia Provincial de Barcelona, después de rechazar que existiesen motivos para estimar las alegaciones realizadas en orden a una presunta desigualdad de trato a las partes por parte de la Juez de instancia, así como que la denegación de las pruebas no tuviese un fundamento jurídico sólido, estimó en parte el recurso Don. Camilo reduciendo la pensión alimenticia hasta la suma de 2.000 euros mensuales manteniendo el régimen de guarda y custodia a favor de la madre y el régimen de visitas establecido en la Sentencia de primera instancia. Argumentaba el órgano de segunda instancia, en relación con la guarda y custodia de los menores y el régimen de visitas, que no existía espacio alguno para su modificación toda vez que la resolución del Juzgado pivotaba sobre el informe de los equipos del SATAF que valoraban que la situación no debía ser sustancialmente alterada y en relación con la pensión de alimentos que procedía su rebaja por haberse modificado las circunstancias tenidas en cuenta en el convenio de separación en relación con el padre.

Los elementos que conformaron su decisión fueron los siguientes:

"1. No hay signos externos de riqueza. No cabría hablar de un elevado nivel de vida y de gasto. Que tenga intenciones de irse a una nueva casa, son sólo informaciones de los menores referidas por la demandada, y por lo tanto de valor probatorio dudoso.

2. Ha tenido un hijo fruto de su nueva relación. Eso, según consolidada jurisprudencia, no tiene por qué repercutir negativamente y de forma automática en la esfera de los hijos acreedores de alimentos, pero sería absurdo negar su incidencia.

3. Ha perdido a un cliente fundamental (PanaRom), que le venía aportando entre el 59 y el 83 por ciento de sus ingresos (informe del auditor señor David , de 14 de julio de 2008), pero no es menos cierto que el señor Camilo tiene los conocimientos y habilidades suficientes para suplir su falta. De la misma manera que en su momento supo crear un bufete de éxito, no hay por qué excluir que pueda recuperarse de la huida de ese cliente y ganar por otro lado lo que pierde por este.

4. No tiene títulos ni fondos depositados en una multitud de entidades de crédito y bancos, que informaron al respecto (documentos en las pp. 249-267 del expediente).

5. Las sociedades de las que es socio personalmente o que se podría llegar a sospechar que controla por medio de testaferro (Mundo Boralbs SL, Eurovipe Consulting Grup SL, Cast Garmon SL, Cor in Barcelona SL) no generan actividad ni ingresos. Además del informe de 2 de febrero de 2009 del mencionado Don David (folios 1075 ss.), constan los datos aportados por la Administración tributaria (p. 1130 ss.) respecto a Eurovipe y Cor in Barcelona, no existiendo información respecto a Cast Garmond, sometida a administración judicial desde 19 de diciembre de 2007. Nada cabe reprochar en este punto al señor Camilo : La prueba de que no hay riqueza oculta es exhaustiva y satisfactoria.

6. Las declaraciones del impuesto de la renta del señor Camilo de las que disponemos son precisamente de la época en la que se mostró dispuesto a pagar la cantidad que ahora cuestiona (pp. 100 ss.: 2006 y 2007). Por lo tanto, no cabe comparar hasta qué punto ha bajado el nivel de ingresos.

7. Por el lado de la señora Gloria , sería relevante constatar que ha aumentado su fortuna, lo que no es el caso. Ni se ha cuadruplicado su salario desde 2005 como pretende su ex marido ni, aunque lo fuera, es asumible que existe la progresión geométrica en el mundo de los salarios. Sus ingresos básicamente permanecen estables.

8. No es demasiado creíble que la vivienda familiar haya sido vendida al precio que consta en la escritura, setecientos mil euros más barata que lo pedido a los autores del informe de Detectives Norton, coincidentes además con los precios de mercado. Pero tampoco cabe deducir que haya incrementado notablemente su patrimonio si aceptamos -y lo aceptamos- que debe hacer frente a una póliza de crédito y que ha tenido que pagar la reforma de la casa recién comprada.

9. Como es lógico pensar, los gastos de los menores se mantienen inalterados desde 2005. Es evidente que lo normal es que a lo largo del periodo escolar de un niño los gastos de colegio, actividades extraescolares, salud, alimentación, vestido y calzado, suministros y ocio o no cambian o crecen. En el presente litigio (folios 596 y siguientes del expediente) se acredita que los escolares ascienden algo más de mil euros al mes (incluyendo extraescolares) y la mutua de salud unos 120 al mes. Súmese clases de refuerzo, material escolar,

colonias de verano y gastos generales. En 2005 el padre estimó que cada hijo necesitaba 800 euros al mes: No puede ser que ahora necesiten la cuarta parte, como asevera el escrito de oposición al recurso. Al menos, no se ha acreditado un cambio tan radical de las circunstancias.

10. A pesar de todo, sí que hay que subrayar que el régimen de visitas fijado comporta que los menores pasen bastante tiempo con su padre, y durante este tiempo él asume sus gastos. Por ello, moviéndonos dentro del respeto de lo pactado por los litigantes, aceptando que ha habido un ligero empeoramiento en la situación patrimonial del señor Camilo (en principio coyuntural) y tratando de mantener la proporcionalidad, se estima procedente rebajar la pensión de alimentos a 2.000 euros al mes para los tres hijos."

9) Contra dicha sentencia interpone Don. Camilo recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, que fue admitido en función de la cuantía del procedimiento, conforme a los criterios habituales de este órgano de casación.

TERCERO.- Recurso extraordinario por infracción procesal.

El recurso extraordinario por infracción procesal se presenta al amparo del apartado 3º del art. 469,1 de la LEC, esto es, por la presunta infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la Ley o hubiere podido producir indefensión.

Los hechos que daban base al motivo venían referidos a la inadmisión de ciertos documentos y a la denegación del interrogatorio de la parte demandada en sede del procedimiento principal.

Para que pueda darse lugar a la nulidad pretendida es necesario, según la dicción legal, que se haya producido una infracción de norma de derecho positivo procesal, y que ésta haya producido indefensión en tanto que tal requisito es exigible al amparo del artículo 238 de la LOPJ.

Conforme determina la doctrina constitucional de la que es exponente la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª de STS 30-10-2009 (Ponente Sr. Xiol Ríos) en lo que se refiere a la actividad probatoria, deberán tenerse en cuenta los siguientes parámetros: a) que la actividad probatoria tiene una configuración legal de modo que será preciso que se hayan interesado y practicado las pruebas en el marco legal establecido en el propio ordenamiento jurídico, tanto en lo que afecta a su temporaneidad, como a su contenido; b) que 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; c) que 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 2 c)]. 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).

Por su parte la STS, Sala 1ª de 22-6-2009 (Ponente Sr. Sierra Gil de la Cuesta) incide en la importancia del concepto de indefensión material en el sentido de que debe analizarse "... siempre en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso (STC 145/1986, de 24 de noviembre "siendo necesario "... b) Que se produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte procesal, un perjuicio de índole material que le impida poder defender sus derechos e intereses legítimos en la esfera del proceso jurisdiccional (SSTC 186/1998, 145/1990, 230/1992, 106/1993, 185/1994, 1/1996, 89/1997, entre otras muchas), y que ese menoscabo esté en relación con la infracción de normas procesales y no responda a otras causas; c) Que la indefensión no haya sido provocada por la parte que la invoca (STC 57/1984, de 8 de mayo), bien a través de un comportamiento negligente o doloso (SSTC 9/1981, 1/1983, 22/1987, 36/1987, 72/1988 y 205/1988), bien por su actuación errónea (STC 152/1985, de 5 de noviembre), ..."

El recurrente reprocha que los órganos de instancia no hubiesen admitido la prueba de interrogatorio de la demandada en el procedimiento principal, ni 45 documentos presentados, estimando vulnerados los artículos 281, 283, 460,1, 265,3 y 265,4 de la LEC. Afirmar que resulta evidente la necesidad del interrogatorio de la Sra. Gloria para acreditar las circunstancias de las partes, el matrimonio que formaban, todo lo relativo a los menores y las razones y circunstancias bajo las que se firmó el convenio de separación del año 2005.

En relación con la prueba documental denegada, estima igualmente que la admisión de los 43 documentos presentados después de la demanda eran necesarios para acreditar en su mayoría la inexistente riqueza del padre a la firma del convenio de 2005 y las razones de haberse firmado el mismo con 800 euros de pensión por hijo y porque los 37 primeros eran indispensables para contrarrestar las alegaciones de la demandada en su escrito de contestación a la demanda.

Sin embargo, el recurrente no desvirtúa en modo alguno las razones jurídicas que opusieron tanto el Juzgado como posteriormente la Audiencia para rechazar, tanto el interrogatorio de la demandada en sede del pleito principal, como los documentos referidos, que venían a incrementar los 148 ya presentados junto con la demanda y los 3 aportados en el acto de comparecencia de las medidas cautelares por el demandante.

Para resolver adecuadamente la cuestión relativa a la prueba documental debe tenerse presente, en primer lugar, que el *artículo 770,2 de la LEC* obliga en los procedimientos de separación y divorcio a presentar con la demanda cuando se pidan medidas patrimoniales, cuantos documentos disponga la parte para evaluar la situación económica de los cónyuges y la de los hijos, tales como declaraciones tributarias, nominas, certificaciones bancarias, títulos de propiedad o certificaciones registrales.

Tal norma debe ser puesta en relación con los *artículos 264 y 265* y con el *art. 270 de la LEC* que obligan a la parte a presentar los documentos en los que funde su derecho junto con el escrito inicial, e impiden unir, salvo que se hallen en alguno de los en los *apartados prevenidos en el artículo 270* antes citado -lo que ni se alegó ni justificó-, aquellos que se presenten con posterioridad.

Cierto es que el *artículo 265,3 de la Ley* ritaria permite incorporar más tarde, documentos relativos al fondo del asunto cuya necesidad o utilidad se ponga de manifiesto a causa de las alegaciones del demandado en la contestación a la demanda.

La finalidad de la norma es evitar que la introducción en el proceso, al contestar a la demanda, de un elemento de controversia que, aún relacionado con la demanda, exceda de los términos en que se dejó planteado el litigio por el demandante, pueda causarle indefensión, lo que requerirá examinar los concretos términos en los que quedó planteado el debate, ya que el principio de preclusión impide que puedan utilizarse estas vías para subsanar errores o inexactitudes con infracción de los principios de contradicción, de interdicción de la indefensión y de igualdad de armas en el proceso, que exigen que las partes tengan conocimiento desde el inicio del procedimiento de todos los elementos sustanciales en que la parte contraria funda su pretensión.

De este modo, si tenemos presente en qué términos quedó fijado el debate tras los escritos de demanda y contestación, tal y como vienen expuestos en el segundo fundamento jurídico de esta resolución, es claro que la pretensión de acompañar después de los escritos iniciales documentos de fecha anterior a la demanda, de los que disponía la parte con anterioridad a ella, para acreditar un cambio esencial de circunstancias desde el momento en que se firmó el convenio de separación, no podía estar fundada en las alegaciones de la parte demandada, que se limitó a oponer que hubiese existido el cambio sustancial en la situación económica de la familia que el demandante afirmaba.

De otro lado, respecto de los documentos nº 38 al 45 presentados junto con el escrito de apelación su inadmisión viene amparada en el *artículo 271 de la LEC* a cuyo tenor no se admitirá a las partes ningún documento que se presente después de la vista o juicio.

De ahí que, ni las nóminas de la Sra. Gloria de enero de 2005, ni las escrituras de la compra de la vivienda conyugal o de una póliza de crédito de fecha anterior a la demanda, o el importe de un equipo completo de deporte, fuesen admitidos por los Tribunales de instancia que aplicaron la normativa citada y lo dispuesto en el *art. 460,1 de la LEC*, por lo que no existe ni vulneración de la normas procesales ni indefensión alguna no provocada, en su caso, por quien ahora la alega.

De otra parte, las pruebas tendentes a acreditar que el Sr. Camilo no es propietario de los bienes inmuebles que posee por pertenecer a distintas sociedades de sus **familiares**, son ahora irrelevantes al declarar la Sentencia de apelación que no hay prueba de una riqueza patrimonial oculta del demandante.

Las nóminas de la Sra. Gloria al tiempo de presentarse la demanda y la contestación obran ya en las actuaciones. No consta que haya cambiado de trabajo sino que lo informado es que la empresa ha sufrido una transformación interna por lo que nuevas nóminas o la declaración fiscal de la Sra. Gloria del año 2008 presentadas en el año 2009 resultan redundantes. No se justifica su inclusión en ninguno de los supuestos del *art. 270 o 460 de la LEC*, al igual que la declaración fiscal del recurrente, razón por la cual su inadmisión resulta adecuada y no causante de indefensión.

Lo mismo puede decirse del informe escolar de la hija menor al que se refiere el doc. 43, más cuando, precisamente, sería indicativo de que la situación anímica de la menor con el actual régimen de guarda y custodia y visitas es del todo favorable. No justifica pues, la indefensión que su no incorporación produce ni cómo podría afectar al resultado del pleito.

En relación con el interrogatorio de las partes al que alude el *artículo 301 de la LEC* , y que la juzgadora de instancia denegó a ambas el día de la vista del juicio de divorcio, tampoco se ha justificado la indefensión que ha comportado al Sr. Camilo y su eventual influencia en el resultado del pleito a los efectos pretendidos en el recurso extraordinario.

La juzgadora de instancia argumentó, para proceder a su denegación, que el mismo había sido ya realizado en sede de medidas cautelares celebrada el 5-11-2008.

Si ciertamente no podemos calificar tal decisión como correcta en línea de principios, pues el procedimiento de medidas cautelares no tiene porque ser coincidente con el del procedimiento principal, lo cierto es que auditado el CD correspondiente a dicha vista, estimamos que, en este caso, no existe ninguna indefensión como resultado de la denegación.

En el acto de la vista del incidente de medidas cautelares, la parte demandada contestó a las pretensiones de la parte actora que se referían al régimen de visitas y a la cuantía de los alimentos de los hijos menores en los términos siguientes: No hay alteración significativa de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la Sentencia de separación matrimonial en la que se recogió el Convenio al que llegaron los litigantes, ni en cuanto a la guarda y custodia de los menores, ni en cuanto a la cuantía de los alimentos.

En relación con el régimen de visitas admitió que los menores pernoctasen el domingo con el padre en lugar de tener que entregarlos por la noche y también que las vacaciones de los hijos se dividiesen por mitad.

En relación con los alimentos, la defensa de la demandada alegó que las necesidades de los menores no habían menguado sino aumentado; negó que los ingresos de la madre hubiesen incrementado significativamente y rechazó, también, que, pese a la pérdida de uno de los clientes del Sr. Camilo , éste hubiese disminuido sus posibilidades económicas que, afirmó, permanecían en la clandestinidad por razones fiscales, alegando finalmente que una serie de propiedades a nombre de terceros eran utilizadas por el demandante.

Siendo ello así, es visto que los términos del debate en su planteamiento económico, fueron sustancialmente iguales en el procedimiento de medidas cautelares y en el procedimiento principal, razón por la cual la denegación del interrogatorio no pudo causar indefensión al actor que bien pudo preguntar a la demandada sobre todas las circunstancias que ahora expresa en su recurso en relación con la firma del convenio y la situación **familiar** existente en aquel momento, de las que, por demás, nada hizo constar en la demanda.

En efecto, conforme al escrito rector, las circunstancias que debían ser valoradas eran: a) la plena incorporación de la Sra. Gloria al mercado laboral: hecho que la Sentencia recurrida admite; b) los importantes ingresos de la Sra. Gloria como consecuencia de haber vendido la vivienda conyugal: hecho que la Sentencia valora en sentido negativo; c) que la misma vivía en la zona alta de Barcelona sin pagar hipoteca: hecho que resulta admitido y no controvertido; d) que el Sr. Camilo había perdido a su principal cliente: hecho que la Sentencia acepta; e) la circunstancia de haber tenido un nuevo hijo el demandante, que tampoco se discute; y, f) la coyuntura económica adversa, hecho notorio sobre el que nada hay que probar.

En suma, no existe indefensión alguna que faculte a anular las Sentencias de instancia para permitir que el demandante pueda volver a interrogar a la demandada respecto de cuestiones sobre las que pudo haber preguntado en un momento anterior del proceso.

CUARTO.- En el segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se invoca, al amparo del *art. 469,1, 2º* la infracción del *art. 218,2 de la LEC* .

Se considera vulnerado este artículo *toda vez que a juicio del recurrente existe una errónea valoración de la prueba efectuada de forma ilógica e irracional* en los extremos que a continuación se relatan y que se refieren: a la capacidad económica de la madre; al importe de la pensión concedida a favor de los tres hijos menores, que califica de irracional y desproporcionada atendidas las necesidades de los menores y los ingresos de los padres; a la valoración de la prueba pericial; al interés de los menores que, a su criterio, quedaría mejor defendido con la atribución de una guarda y custodia compartida, etc.

Pues bien, el motivo presenta insalvables defectos de técnica casacional. Por un lado, no se citan los concretos preceptos legales que, en relación con la prueba, permitiesen inferir que existe una vulneración legal en la aplicación de una norma procesal. De otro, se citan a la vez preceptos de carácter sustantivo. Por último, es claro que lo que se pretende en realidad es que la Sala actúe como órgano de instancia entrando en la valoración de las pruebas practicadas, cuando, como es sabido, tal labor no corresponde a un órgano

de casación, cumpliéndose el principio de tutela judicial efectiva con la real posibilidad de que el análisis del juicio sea realizado por dos Tribunales, uno de ellos, en este caso, además, colegiado.

Es jurisprudencia reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo que la denuncia de error probatorio mediante recurso extraordinario por infracción procesal ha de hacerse por la vía del *ordinal 4º del art. 469.1 LEC* , alegando error patente o notorio y citando como infringido el *art. 24* de la Constitución, pero en ningún caso pretendiendo una nueva valoración conjunta de la prueba que no se corresponde con el carácter extraordinario de este recurso (SSTS 22-4-09 , 30-9-09 , 30-10-09 , 15-1-10 y 15-4-10 , entre otras).

Resume la doctrina del Tribunal Supremo el Auto de la Sala 1ª de 22-3-2011 (Ponente Sr. Gimeno Bayon), al decir que el recurso extraordinario es inadmisibile *"porque lo realmente pretendido por la parte recurrente es una revisión de todo el acervo probatorio a los efectos de modificar la decisión de la sala, como lo demuestra el hecho de que denunciada la errónea e ilógica valoración de la prueba proceda a examinar la prueba pericial, documental y testifical, lo que no resulta admisible, debiendo negarse dicha pretensión de convertir el recurso extraordinario por infracción procesal en una tercera instancia que permita una nueva valoración de toda la prueba practicada en el proceso, razones por las cuales, en definitiva, no le será factible al recurrente, en los casos de valoración conjunta de la prueba, como la presente, desarticularla para ofrecer sus propias conclusiones o deducciones, tal y como ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala, la cual indica que no le será factible al recurrente, en los casos de valoración conjunta de la prueba, desarticularla para ofrecer sus propias conclusiones o deducciones (Sentencias de 10 de diciembre de 2008, recursos 2389/2003 y 2901/2008 -dictadas bajo la vigencia de la LEC 2000 -, 8 de febrero de 2008 y 8 de marzo de 2007, con cita de las de 14 de abril de 1997, 17 de marzo de 1997, 11 de noviembre de 1997, 30 de octubre de 1998, 30 de noviembre de 1998, 28 de mayo de 2001, 10 de julio de 2003 y 9 de octubre de 2004). Es más, la parte recurrente pretende convertir el recurso extraordinario por infracción procesal en una tercera instancia, lo que no es admisible, siendo doctrina reiterada de esta Sala, como señala la sentencia de esta Sala de 4 diciembre 2007 que «la valoración probatoria sólo puede excepcionalmente tener acceso a la casación mediante un soporte adecuado, bien la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba, en cuanto, según la doctrina constitucional, comporta la infracción del derecho la tutela judicial efectiva (SSTS de 20 de junio de 2006 , 17 de julio de 2006), bien la infracción de una norma concreta de prueba que haya sido vulnerada por el juzgador (SSTS de 16 de marzo de 2001 , 10 de julio de 2000 , 21 de abril y 9 de mayo de 2005 , entre otras). En defecto de todo ello, la valoración de la prueba es función de la instancia y es ajena a la casación -y ahora al recurso extraordinario por infracción procesal- (SSTS 8 de abril de 2005 , 29 de abril de 2005 , 9 de mayo de 2005 , 16 de junio de 2006 , 23 de junio de 2006 , 28 de julio de 2006 y 29 de septiembre 2006 , entre las más recientes)». En fecha más próxima, la sentencia de 15 junio 2009 (Rec. 1623/2004), seguida por las de 2 julio 2009 (Rec. 767/2005), 30 septiembre 2009 (Rec. 636/2005) y 6 de noviembre de 2009 (1051/2005), proclama que la revisión de la valoración probatoria «no es admisible ante este Tribunal ni siquiera bajo el subterfugio de citar el artículo 120 de la Constitución Española relativo a la motivación de la sentencia. El artículo 469 de aquella ley enumera como numerus clausus los motivos en que puede fundarse el recurso por infracción procesal y ninguno de ellos se refiere a la valoración de la prueba; sólo en caso excepcional en que se diera una clara y hasta grosera desviación del resultado probatorio podría pensarse en vulneración del artículo 24 de la Constitución Española, que contempla el número cuatro de dicho artículo;... A ello se añade que solamente cuando se conculque el art. 24.1 de la Constitución por incurrirse en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad (la cual puede darse cuando se desconoce una norma de prueba legal o tasada) cabe la posibilidad de un control a través del recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC .."*

Sin embargo como quiera que en el motivo siguiente del recurso extraordinario presentado, con invocación del *nº 4 del artículo 469,1 de la LEC* , se aduce que la Sala de apelación ha infringido el *art. 24* de la Constitución por la errónea, arbitraria e irracional valoración de la prueba apuntada en el anterior motivo, deberemos analizar si puede estimarse que los elementos tenidos en cuenta por la Sala constituyen un error notorio, grosero o absurdo derivado de la arbitraria valoración de los distintos medios de prueba, o bien, dicho error, en los términos apuntados, se halla en las conclusiones a las que llega.

Comenzando por el dictamen pericial llevado a cabo por los servicios técnicos del Juzgado en relación con la guarda y custodia y régimen de visitas de los menores, dice la Sentencia recurrida lo siguiente:

"Por lo que se refiere a la guarda y custodia de los hijos (y el asunto correlativo del régimen de visitas), la sentencia recurrida no deja espacio a la crítica, basculando sobre el informe del SATAF. Baste entresacar alguno de sus asertos: No es el momento de crear una relación fluida entre los padres; los proyectos parentales no difieren -en esto insiste el recurso- pero "no presentan el perfil adecuado para llevar a término

una atención compartida de los niños". "La madre es la figura de referencia principal de los tres hermanos", que "tienen organizada su cotidianeidad alrededor de ella". En conclusión, "Se valora adecuado que los hermanos Guillermo permanezcan bajo la atención diaria de la madre, manteniendo un contacto continuado con el padre". El informe no pierde su imparcialidad por el mero hecho de que su autor se haya entrevistado con la psicóloga de la apelada y con los testigos propuestos por ella: De nuevo podemos decir mutatis mutandis lo que se dijo más arriba: Si se hubiera limitado a hacerse eco de las aseveraciones de aquélla o de éstos, se pondría dudas de su imparcialidad, pero es evidente que no es el caso.

Por lo demás, la atribución de la guarda y custodia a la madre fue aceptada por el apelante desde el primer momento, cuando elaboraron el convenio de separación, en 2005. Por qué ha devenido "viejo y obsoleto" en este tema es precisamente lo que tenía que haber sido probado.

En consecuencia, el recurso debe ser desestimado en este punto".

Ninguna irracionalidad apreciamos en el razonamiento de la Sala destinado a valorar la prueba pericial.

El equipo técnico que asiste al Juzgado goza de total imparcialidad, realiza las entrevistas que estima oportunas (en este caso, a los dos padres por separado y juntos) y se coordinó con la psicóloga que atendió a la madre en el momento de la separación y con la profesional del equipo psicopedagógico de la escuela que atiende a uno de los menores. Tras el acopio de material que estimó oportuno llegó a las conclusiones pertinentes.

Si a todo lo anterior añadimos que la conflictividad entre los progenitores es patente, es claro que la decisión de la Sala es perfectamente razonable.

En orden a la estimación de la capacidad económica de las partes así como a las necesidades de los menores, tampoco apreciamos una patente equivocación del juzgador al valorar las circunstancias existentes en los autos.

Y es que, en efecto, no se aprecia error alguno en orden a la sustancial variación de los ingresos de la madre. La Sentencia admite que gana más que cuando se firmó el *Convenio de separación en el mes de Junio de 2005* , y por tanto, una vez iniciado el procedimiento de separación matrimonial que data de 2004, pero no que exista una diferencia sustancial. El recurrente afirma que la nómina de la Sra. Gloria ha pasado de 600 euros al mes a 3.000, cuando ni se acredita que en el mes de Junio de 2005 la Sra. Gloria cobrase 600 euros, ni tampoco que ahora cobre los 3.000 que se dicen. Al contrario, los ingresos de la Sra. Gloria , a diferencia de los del esposo, constan en nóminas aportadas a los autos de las que se desprende que sus ingresos habituales se hallan alrededor de los 2.000 euros netos al mes.

Tampoco resulta ilógica la Sentencia de la Sala respecto de la nueva situación económica que habría adquirido la Sra. Gloria por la venta de la que fuese vivienda conyugal.

Dicha vivienda consta vendida en escritura pública por un precio de 1.450.000 euros, habiéndose cancelado, tras su venta, un préstamo hipotecario que recaía sobre la misma de unos 700.000 euros y en el que ella se había subrogado.

Teniendo en cuenta que la Sra. Gloria adquirió otra vivienda por 700.000 euros escriturados y que ha debido acondicionarla, es obvio que no se ha producido el enriquecimiento que se aduce por el cambio de domicilio, ni tan siquiera considerando que el precio obtenido por la venta de la vivienda conyugal pudiese ser algo superior al escriturado, porque también pudo haberse pagado otro superior por la compra del nuevo inmueble. Se trata pues de meras elucubraciones que no conforman irracionalidad alguna en las consideraciones de la Audiencia.

Tampoco se evidencia arbitrariedad en la consideración de la situación económica del padre. Ya dice la Sentencia que en el pacto 4 del convenio suscrito en el mes de junio de 2005 el padre se comprometió a pagar una pensión de 2.400 euros al mes en concepto de alimentos para los hijos comunes. Además y en pacto aparte (por lo que no son reales las afirmaciones de que en la cuota de los 800 euros se incluía el coste de la hipoteca) se avino a pagar la mitad de los intereses del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda conyugal hasta que pudiese ser vendida (se había conseguido una moratoria en el pago del capital) sin perjuicio de que lo fuese en concepto de préstamo. El Sr. Camilo abonó hasta julio de 2006 mensualmente la cantidad convenida ascendente a 2.400 euros más unos 900 euros por la mitad de la cuota de intereses del préstamo hipotecario, pasando en el mes de marzo de 2007 a rebajar la pensión a la cantidad de 1.200 euros al mes, para dejar de abonarla en el mes de mayo de 2008. Los pagos realizados no se avienen tampoco con los ingresos declarados por el Sr. Camilo a la Hacienda pública en los períodos correspondientes. El hijo del

Sr. Camilo nació en el año 2007 y el principal cliente del Sr. Camilo no advirtió de la rescisión del contrato hasta el mes de junio de 2008.

Es claro pues, que ni el nacimiento del hijo del Sr. Camilo ni la pérdida del cliente fueron factores influyentes para reducir y finalmente impagar la pensión alimenticia convenida para los hijos. Es igualmente claro que el Sr. Camilo no ha facilitado el conocimiento por parte de los órganos judiciales de sus reales ingresos por su actividad profesional como Abogado ni antes ni ahora. En estas condiciones la conclusión de la Sala es perfectamente coherente: Si en el mes de junio de 2005 el Sr. Camilo podía hacerse cargo del pago de las obligaciones económicas asumidas (2.400 más 900 euros, al mes), no explica porqué razón reduce la pensión a la mitad en marzo de 2007 (cuando todavía no se habían producido las circunstancias adversas que aduce), parece claro que la pérdida de uno de los clientes anunciada en el mes de junio de 2008, por importante que fuese, no podía ser razón suficiente para reducir la pensión a una cuarta parte, máxime cuando el Sr. Camilo no ha perdido la capacidad para suplir su falta. Con todo, la Sala de apelación considera esta circunstancia, entre otras, para rebajar la pensión alimenticia del padre. El razonamiento es lógico y no debe ser modificado.

Lo mismo sucede con las necesidades de los hijos.

El recurrente parte de que está obligado a pagar además de la pensión fijada, los gastos de todo tipo de los menores cuando los tiene en su compañía, cuando ello no es estrictamente necesario. En el concepto de alimentos, que ha de administrar el cónyuge custodio, se incluyen colonias extraescolares, ropa, calzado, ocio, transporte, colegio y comedor escolar, mutua médica, material escolar y deportivo, farmacia, canguro, etc. Gastos que, en consecuencia, se obliga a abonar la madre a los diferentes proveedores. Sólo los gastos de colegio y mutua médica ascienden a unos 1.300 euros al mes. El padre se hace cargo, lógicamente, del mantenimiento de los menores cuando los tiene en su poder (alimentación y habitación) pero ello no implica que deba satisfacer otros conceptos (colonias, ropa, calzado, material...) que corresponde pagar a la madre como administradora de la pensión alimenticia de los hijos.

La conclusión de la Sala referida a que si el padre estimó en el año 2005 que debía aportar por cada hijo 800 euros (además del pago de la mitad de los intereses de la cuota hipotecaria aunque la madre tuviese menos ingresos entonces) los gastos de los hijos no pueden haber descendido hasta la cuarta parte. Con todo, como se ha dicho, la Sala aprecia que los hijos están ahora más tiempo con el padre, y que éste ha perdido coyunturalmente ciertos ingresos, y tiene un nuevo hijo, por lo que reduce la cuota hasta 2.000 euros al mes, que suponen en la fecha de la Sentencia (junio de 2010), por cada hijo la suma de 666 euros al mes, en lugar de los 800 tenidos en cuenta en el año 2005.

En consecuencia todo el motivo se desestima.

QUINTO.- La misma suerte merece el siguiente motivo del recurso que alude como antes se ha dicho a la presunta infracción del *artículo 24* de la Constitución tanto por haberse denegado pruebas procedentes como por la valoración arbitraria de la prueba realizada, remitiéndonos a lo ya dicho en los dos anteriores motivos del recurso extraordinario.

SEXTO.- Recurso de casación.

En el primer motivo del recurso de casación, al amparo del *artículo 477,2, 1º de la LEC* se alega la vulneración del *artículo 14* de la Constitución española por estimar el recurrente que se ha infringido el principio fundamental de igualdad consagrado en dicha norma.

Cabe indicar, ante todo, que la vía elegida no es la adecuada ya que el *art. 477,2, 1 de la LEC* se refiere a aquellos procedimientos que se han seguido por los trámites procesales previstos para la protección de los derechos fundamentales, cuya sentencia siempre es susceptible de ser revisada en casación previa invocación de la norma sustantiva que se estime infringida. En el presente caso se trata de un procedimiento de divorcio que no estaría comprendido en el *art. 477,2, 1 de la LEC*.

De cualquier forma, es claro, que no se ha vulnerado el principio de igualdad previsto en el *art. 14 del texto constitucional*.

No cabe confundir este principio, que quedaría contrariado si se hubiese producido una diversidad de trato entre ambas partes, estableciendo una distinción perjudicial en la posición jurídica de una respecto de la otra, con decisión contraria a los intereses de uno de los litigantes. No se ha infringido este principio pues es la propia Ley (art. 76, en relación con los *artículos 143,1 y 267,1 del Código de Familia de Catalunya*), la que en materia de alimentos de los menores establece que serán sufragados no en idéntica cuantía por ambos

progenitores sino en proporción a sus posibilidades lo que resulta adecuado a la protección de la familia y a los intereses de los menores.

El Juzgado y la Sala dieron el mismo trato procesal a las partes, a ambas les fueron denegada la prueba de interrogatorio de la contraria y, a las dos, pruebas documentales.

En todo caso, ya se ha analizado anteriormente que no existe indefensión material alguna por esas decisiones.

El motivo se rechaza por su manifiesta falta de fundamento.

SÉPTIMO.- En el segundo motivo del recurso de casación se alega que la Sentencia vulnera los arts. 264 y 267 del Código de Familia de Cataluña de 1998 , aplicable por razones temporales.

Se aduce la violación de las normas invocadas en tanto se afirma que la suma fijada de 2.000 euros mensuales por los tres hijos, que debe pagar el recurrente, deja sin efecto la citada regla de proporcionalidad, ya que una vez relacionados y detallados los gastos de los hijos resulta que la cantidad total asignada es satisfecha en su totalidad, por el recurrente, sin respetar el criterio de proporcionalidad del art. 267 CF .

Como recuerda la STSJC de 25-6-2009 : " El art. 267 CF ... (SSTC 12/2005, de 24 de febrero , 33/2005, de 5 de septiembre , 20/2007, de 30 de mayo y 41/2008, de 11 de diciembre entre otras) establece que la cuantía de los alimentos se determina en proporción a las necesidades de alimentistas y a los medios económicos y posibilidades de las personas obligadas a prestarlos, proporcionalidad que debe considerar el binomio "necesidad" de quien ha de recibirlos y "posibilidad" de quien deba satisfacerlos, por lo cual, en cada caso concreto se habrán de ponderar ambos factores teniendo en cuenta, por lo que afecta al obligado, a los recursos propios, sus posibilidades, medios económicos e incluso las rentas y su patrimonio, como se desprende de los arts. 264.1, 265, 267.1 y 271. b) CF. Asimismo, ha de señalarse que la determinación de la cuantía es facultad exclusiva de la Sala de instancia lo que implica una cuestión de hecho (SSTS 5 noviembre 1983 , 30 diciembre 1986 , 12 septiembre 2005 , entre otras) consistente en determinar de una manera real y efectiva la citada proporcionalidad que entra de lleno en los pronunciamientos discrecionales o facultativos que ha de ser mantenida, a salvo de razonamientos arbitrarios o ilógicos".

Es verdad que la Sentencia de la Audiencia solamente alude(y en forma imprecisa) a las necesidades escolares de los menores (algo más de 1.000 euros al mes) más el coste de 120 euros mensuales de la mutua médica, pero a dichos gastos deben sumarse los de refuerzo extraescolar de uno de los hijos, el material escolar y deportivo no pagado por el colegio, colonias, gastos generales de alimentación, vestido, calzado, farmacia, habitación, canguro y ocio. La partida por alimentos de los hijos menores no se circunscribe a los gastos indispensables a los que se refiere el art. 259 del Código de Familia , sino a los más amplios a los que alude el art. 76 en relación con el art. 143,1 del mismo Código , teniendo en cuenta, además, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4,1 a) del Código de Familia deben ser acordes con el nivel de vida de la familia.

Siendo ello así, es visto que el nivel de vida de ambos progenitores no puede calificarse de bajo. Mientras duró el matrimonio residieron en la zona alta de Barcelona, en una vivienda unifamiliar, por la que debían hacer frente a una elevada carga hipotecaria.

Tras la separación tampoco el nivel de vida aparente es mucho menor: ambos progenitores continúan viviendo en la zona alta de Barcelona y disfrutando de segundas residencias. Como se ha dicho el padre no ha facilitado el conocimiento exacto de sus ingresos. Teniendo en cuenta estas circunstancias, partiendo de una premisa lógica que es la propia evaluación que sobre las necesidades de los hijos habían realizado las partes en el año 2005, cuando la Sra. Gloria ya se había incorporado al mercado laboral aunque fuese con menos ingresos, no cabe apreciar infracción alguna de los criterios de proporcionalidad exigidos por el artículo 267 del CF por el establecimiento de una pensión alimenticia de 2.000 euros al mes como contribución del padre al mantenimiento de los menores.

Recordar que la determinación de la concreta cuantía de los alimentos debe dejarse al prudente arbitrio del Juez o Tribunal sentenciador, cuyo criterio no debe sustituir el órgano de casación -salvo, como se ha dicho, arbitrariedad- aunque pueda no coincidir con el del Tribunal inferior, pues el recurso de casación no es una tercera instancia en la que quepa una revisión general de lo anteriormente debatido.

OCTAVO.- En el mismo motivo y con defectuosa técnica procesal, por incluir varias infracciones de preceptos heterogéneos en uno solo, sin la debida claridad ni precisión, que solo resolveremos por afectar al interés de los menores, materia indisponible y de orden público, se denuncia la infracción de los artículos

76,1,a), 82,2 y 135 del Código de Familia en cuanto que las Sentencias de instancia no concedieron la guarda y custodia compartida de los menores a ambos progenitores, como se interesó en la demanda.

Como argumento, se aduce en el recurso, que la Sentencia no respeta el principio de igualdad entre los progenitores y las ventajas ineludibles que conlleva este sistema para los menores conforme a reiterada doctrina de esta Sala.

Sin embargo, si analizamos la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña al respecto, comprobaremos que el único principio que hemos declarado preponderante en estos casos es el *favor filii*, de modo que, como indica la STSJC de 8 de marzo de 2010 , con cita de otras anteriores (así la de 31-7-2008 , 25-6-2010 o 3-3-2010 : "... es el interés superior de los hijos el criterio preferente a examinar y resolver en la atribución de la guarda y custodia compartida , siendo que su aplicación debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada a la protección jurídica de la persona y de los derechos de personalidad de los menores afectados; procurando su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores de tal modo que ni la guarda y custodia compartida constituye una situación excepcional frente a la custodia monoparental o que haya de primar una de ellas, en cualquier caso, frente a la otra pues es el interés del menor el criterio preferente" .

Declaramos en la STSJC 9/2010, de 3 de marzo , "... que el interés del menor, por tratarse de un concepto indeterminado y no establecer nuestra legislación pautas uniformes y generales -no se encuentra entre aquéllas de derecho comparado que ofrecen lista de criterios referenciales para su identificación- habrá de valorarse en cada caso sobre la prueba practicada en los autos, dando preferencia a los acuerdos de los progenitores siempre que sean respetuosos con el interés de los hijos y atendiendo, a falta de acuerdo, a las relaciones interparentales y valoración de sus capacidades, sin perjuicio de considerar la voluntad del menor cuando contiene suficiente uso de razón. "

También hemos dicho que la guarda y custodia compartida no es adecuada en supuestos de grave conflictividad entre los progenitores, (SSTSJC 29/2008, de 31 de julio , 24/2009, de 25 de junio), **sin que ello signifique, sin embargo, que deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y que no deba procurarse su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores, aunque sea imponiendo en determinados casos la mediación familiar o terapias educativas (art. 79.2 CF), teniendo en cuenta la edad de los hijos, el horario laboral o profesional de los progenitores, la proximidad del lugar de residencia de ambos progenitores, la disponibilidad por éstos de una residencia adecuada para tener consigo a los hijos, el tiempo libre o de vacaciones, la opinión de los menores al respecto, u otras circunstancias similares, teniendo siempre en cuenta el preferente interés de los menores".**

En dicho sentido, aun cuando la custodia conjunta por ambos progenitores puede presentar indudables ventajas para la evolución y desarrollo del niño en las situaciones de conflicto familiar producido por la crisis matrimonial, no puede afirmarse que constituya una solución única que valga para todos y en todo caso, ni tampoco puede afirmarse, como hemos señalado precedentemente, que dicha solución radique en el sistema de la custodia monoparental acompañado de un régimen de visitas más o menos amplio, lo que habrá de tener un examen específico en cada caso. Tampoco el legislador posterior ha instaurado la guarda y custodia compartida como sistema preferente en materia de guarda y custodia.

Por su parte la Sentencia del Tribunal Supremo de STS 7-4-2011 (ponente E. Roca) incide en la importancia de los dictámenes periciales o técnicos si existen en autos, aunque no sean vinculantes.

"En el caso de que figuren estos informes, el juez debe valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte esta medida, o bien cualquier otra siempre en beneficio del menor, como ha venido recordando esta Sala en sentencias de 1 y 8 octubre y 11 marzo 2010 y 28 septiembre 2009 ".

Pues bien, aplicando el anterior contexto doctrinal al caso debatido, la resolución de la Audiencia, que confirmó la del Juzgado en orden a este extremo, al no resultar arbitraria ni ilógica en sus razonamientos no permite modificar ni la guarda y custodia de los menores, atribuida desde el primer momento a la madre, ni el régimen de visitas existente, que se estima suficiente para mantener el grado de relación necesario de los menores con el padre. No es beneficioso, en suma, alterar el *status quo familiar* que se ha revelado adecuado para el correcto desarrollo de la personalidad de los menores.

El régimen de guarda y custodia compartida ha sido desaconsejado por los peritos del Juzgado resultando inconveniente en este momento en que la conflictividad entre los padres todavía es muy alta, como lo prueba la existencia, puesta de relieve en el escrito de demanda, de algún juicio de faltas entre ellos.

En este punto cabe recordar la doctrina del Tribunal Supremo expuesta en la STS 28 septiembre 2009 conforme a la cual "... *Ciertamente, la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 mayo*), que lo califica como "estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional".... Y reconocida esta característica, el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá. Este Tribunal ha considerado que por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren "esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa" (STS 17 julio 1995), así como que "el interés superior del menor es un bien jurídico protegido en esta materia (la privación de la patria potestad), tal como se deriva de la Convención de 1989 y de la LO de 1996, y acreditado aquél en autos, no puede ser objeto de recurso de casación"

Como hemos declarado en el Auto TSJC de 27-9-2010, no puede entenderse vulnerada la jurisprudencia de esta Sala, aun cuando se den en el caso algunos de los criterios que hemos tenido en consideración (referidos, por ejemplo, a la edad de los hijos, horario laboral, proximidad de lugar de residencia, disponibilidad por éstos, tiempo libre o de vacaciones, opinión de los menores, práctica anterior, número de hijos, cumplimiento de los deberes por los padres, los acuerdos entre los progenitores, el resultado de los informes periciales o cualesquiera otros que permita a los menores una vida adecuada de convivencia) puesto que la Audiencia Provincial no viene obligada a examinar todos ellos como si se tratase de un listado de supuestos taxativos y de forzosa y legal observancia, sino que atendido a uno o varios de ellos y de forma casuística se deberá proceder a examinar la bondad o no de la guarda y custodia compartida en función de todas las circunstancias concurrentes.

No cabe olvidar que las decisiones en esta materia no producen efecto de cosa juzgada material de modo que, si se modificasen las circunstancias ahora tenidas en cuenta y el cónyuge custodio menoscabase el derecho de los hijos a relacionarse con el otro con plena normalidad y sin prejuicios, siempre cabría interesar un cambio de la situación actual.

Todo ello abona el rechazo del recurso de casación, también en este punto.

NOVENO.- Como tercer submotivo del recurso de casación se alega la infracción de lo dispuesto en el artículo 148,1 del CC de 1889 , así como del art. 921 de la LEC de 1881 y el art. 576 de la LEC en relación con la fecha de los efectos de la Sentencia de apelación.

El submotivo tampoco puede ser acogido. En primer lugar se mezcla un precepto de carácter sustantivo -la supuesta infracción del art. 148 del CC - con otros de carácter procesal, lo que no resulta admisible. De otro, ni el art. 148 del CC es de aplicación en Cataluña, por mucho que exista un precepto similar -el art. 262 del Código de Familia -, ni el segundo precepto se halla en vigor por haber sido derogado por la LEC 1/2000 , no resultando tampoco de aplicación al caso el artículo 576 de la LEC , referido a los intereses de demora procesal.

Por el contrario, teniendo en cuenta: a) que lo que se pidió fue la modificación de una pensión alimenticia ya acordada en su día en el anterior procedimiento de separación matrimonial de los hoy litigantes, lo que haría inaplicable el artículo 262 del CF y sí el art. 80,1 del CF , conforme al criterio sentado en la STS de 3-10-2008 y STSJC de 14-10-2009-; b) que se instaron medidas cautelares que se resolvieron sin dar lugar a la disminución de la pensión, por lo que conforme a lo dispuesto en el artículo 773,5 de la LEC , estas medidas permanecen en vigor hasta que sean sustituidas por las que se establezcan definitivamente en la Sentencia (STSJC de 6-11-2003); y c) que una vez dictada la misma, de conformidad con el artículo 774,5 de la LEC , los recursos no suspenden la eficacia de las medidas acordadas en ellas, que son directamente ejecutables, procede rechazar el recurso, también, en relación con este concreto punto.

Hacer notar que el ya vigente nuevo Libro II del CCCat, regula dicha cuestión en parecidos términos ya que conforme al artículo 233.7 las medidas ordenadas en un proceso matrimonial pueden modificarse, mediante una resolución judicial posterior, si varían sustancialmente las circunstancias concurrentes en el momento de dictarlas, contemplando como excepción al principio de no retroactividad de los efectos de la nueva sentencia, el supuesto de intento de acuerdo extrajudicial previo mediante el inicio de un proceso de mediación.

No cabe olvidar, además, que los alimentos son consumibles y que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 270,1 CF , tampoco serían compensables.

DÉCIMO.- En el último motivo de casación se aduce la infracción de los artículos 76 y 80 del Código de Familia , al ser el divorcio una materia de tratamiento ex novo, no contemplado por la Sentencia de instancia que se basa en el Convenio de separación del 2005 .

La parquedad del argumento nos exime de un análisis exhaustivo de la cuestión, expresando únicamente que si ciertamente el órgano judicial debe pronunciarse en todos los procedimientos matrimoniales, sean de separación o de divorcio o de nulidad, sobre los aspectos a los que se refiere el art. 76 del Código de Familia (art. 79 CF), teniendo en cuenta las circunstancias del momento, no lo es menos que ningún precepto legal impide tener en consideración lo ya resuelto en anteriores resoluciones que no desaparecen de la vida jurídica, sobre todo en aquellas cuestiones que sean homogéneas y para cuya modificación es preciso que concurren determinados supuestos legales, como es el caso de los alimentos.

Si a los pronunciamientos recogidos en estas Sentencias, en lo que a las medidas se refiere, no les alcanza el principio de cosa juzgada material, según se infiere de los artículos 80,1 del CF , artículo 775,1 de la LEC , es, precisamente, porque se entiende que en esta materia pueden producirse cambios que hagan exigible una revisión de lo resuelto, en aras de la justicia material pero, aun así, los cambios tendrán que ser relevantes, so pena de introducir elementos desestabilizadores en las relaciones familiares , contrarios al principio de seguridad jurídica.

En el caso presente, la Sala de apelación ha tenido en cuenta las circunstancias concurrentes al rebajar la contribución del padre a los alimentos de los hijos respecto a la Sentencia que resolvió el anterior procedimiento de separación matrimonial, por lo que ninguna infracción se ha producido de los artículos que se dicen vulnerados.

En consecuencia se rechaza también dicho motivo de casación.

UNDÉCIMO.- Las costas de ambos recursos se imponen al recurrente de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 LEC .

Por todo lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA, ha decidido:

DESESTIMAR los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal Don. Camilo contra la Sentencia de fecha 28 de septiembre de 2010 , rectificada por Auto de 3 de noviembre de 2010, dictada por la Sección 18ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el rollo de apelación núm. 824/09 , la cual se confirma íntegramente con expresa imposición de las costas al recurrente y pérdida de los depósitos constituidos.

Notifíquese la presente a las partes personadas y con su testimonio remítase el Rollo y las actuaciones a la Sección indicada de la Audiencia.

Así por ésta, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. La sentencia se ha firmado por todos los Magistrados que la han dictado y publicada de conformidad con la Constitución y las Leyes. Doy fe.