

EDJ 2009/325010

Audiencia Provincial de Córdoba, sec. 2ª, S 21-9-2009, nº 232/2009, rec. 220/2009

Pte: Carnerero Parra, José Antonio

Comentada en "La prueba ilícita en el proceso civil"

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
art.225.3 , art.287 , art.460

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO
FUNDAMENTOS DE DERECHO
FALLO

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ALIMENTOS

PENSIÓN ALIMENTICIA FIJADA EN PROCEDIMIENTO MATRIMONIAL

A favor de los hijos

Determinación de la cuantía

Proporcional a ingresos y necesidades

GARANTÍAS REALES

HIPOTECA

Crédito hipotecario

MATRIMONIO

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Custodia de los hijos

Preferencia por la madre

Atribución de la vivienda familiar

Cónyuge con la custodia de los hijos

Régimen de visitas

Favor "filii"

FICHA TÉCNICA

Legislación

Aplica art.225.3, art.287, art.460 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.11.2 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.24 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Bibliografía

Comentada en "La prueba ilícita en el proceso civil"

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada.

Primero.- Seguido el juicio en todos sus trámites se dictó sentencia por la Magistrada-Juez, cuya parte dispositiva dice: " Que debo estimar y estimo en parte la demanda de divorcio interpuesta por Dª Sara contra D. Marcial, y debo declarar y declaro la disolución por causa de divorcio del matrimonio formado por ambos cónyuges, con los efectos legales inherentes y debo aprobar y apruebo las siguientes medidas definitivas:

Se atribuye a la madre la guarda y custodia de la hija menor del matrimonio, sujeta a la patria potestad de ambos progenitores-

El régimen de visitas, estancias y vacaciones, a favor del padre, a falta de acuerdo, durante la semana los martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas en invierno y otoño y hasta las 21:00 horas en primavera y verano; Fines de semana alternos, desde la salida del colegio el viernes hasta las 20:00 horas del domingo, en otoño e invierno y hasta las 21:00 horas en primavera y verano.

Períodos de vacaciones escolares se dividen por mitad entre ambos progenitores. En Navidad, el primer período comprende desde el término del curso escolar oficial a las 19:00 horas hasta el día 30 de diciembre a la misma hora; el segundo período comprende desde dicho día y hora hasta las 19:00 horas del día 7 de enero; En padre tendrá en su compañía a al menor el primer período de los años impares y el segundo de los pares, la madre al contrario. El progenitor a quien haya correspondido el primer período tendrá en su compañía a la menor desde las 12:00 horas a las 18:00 horas del día 6 de enero; El progenitor a quien haya correspondido el segundo período la tendrá en su compañía a desde las 12:00 horas a las 18:00 horas del día 25 de diciembre. Vacaciones de semana santa, el primer período comprende desde el viernes previo a la semana santa hasta el martes santo a las 19:00 horas; el segundo período desde ese día y hora hasta el domingo de resurrección alas 21:00 horas El padre tendrá en su compañía a la menor el primer período de los años impares y el segundo de los pares. La madre al contrario. Vacaciones de verano, e primer período comprende desde el término del curso escolar oficial hasta el día 31 de julio; el segundo desde el día 1 de agosto hasta el día 14 de septiembre. El padre tendrá en su compañía a la menor el primer período en los años impares y el segundo en los pares. La madre al contrario, quedando interrumpido el régimen de visitas semanales y fines de semana del progenitor a quien no corresponda el período de vacaciones. La menor será recogida por el padre a las 19:00 horas bien del día 22 de junio o del día 31 de julio y reintegrarla al domicilio familiar a las 19:00 horas del día 31 de julio o del día 14 de septiembre, según período.

El uso y disfrute de la vivienda familiar se atribuye a la hija menor y a la madre en cuya compañía queda, de la que saldrá el padre, pudiendo retirar sus ropas y enseres de uso personal.

Se fija la cantidad mensual de 400 euros, en concepto de pensión de alimentos a favor de la hija del matrimonio, a abonar por el padre, pagadera por anticipado, dentro de los cinco primeros días de cada mes, mediante ingreso en la cuenta que al efecto designe la madre. Di cha cantidad se actualizará anualmente, con efectos de primero de enero de cada año en proporción a las variaciones que experimenten los índices de precios al consumo según el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya.

Los gastos extraordinarios que tengan la hija menor se abonarán por mitad entre ambos progenitores.

Los gastos de hipoteca se abonarán por mitad entre ambos cónyuges. Cada cónyuge asume el 100 % de los gastos de sus préstamos y tarjetas personales.

El uso del vehículo Mondeo Ranchera se atribuye al esposo, hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, cuando proceda, que se hará cargo de todos sus gastos.

El uso de la motocicleta se atribuye a la esposa, hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, cuando proceda, que se hará cargo de todos sus gastos.

Sin pronunciamiento sobre las costas."

Segundo.- Contra dicha resolución, se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación por ambas partes, que comparecieron como apeladas, y en esta última calidad el Ministerio Fiscal. Recibidos los autos en esta Audiencia, se les dio el trámite establecido en la ley, estándose en el caso de poder dictar sentencia; personándose en tiempo y forma las Procuradoras D^a María Dolores Ramiro Gómez y D^a Amalia Guerrero Molina, en representación de la demandante y del demandado, respectivamente.

Tercero.- La Sala se reunió para deliberación el día de septiembre de 2009 .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En este procedimiento se instaron medidas provisionales coetáneas a la interposición de la demanda, en las que existió un acuerdo entre las partes en el acto de 4-12-2008, que se plasmó en el Auto posterior de fecha 11-12-2008 . En lo que al objeto de este recurso interesa, habiéndose acordado atribuir la guarda de la hija menor a la madre, se estableció una pensión de alimentos a abonar por el padre en la cantidad de 400 euros mensuales, con reparto al 50 % de los gastos extraordinarios. De otro lado, se estableció que el uso del vehículo Mondeo Ranchera y el de la moto de su negocio, se atribuían a la esposa; mientras que el uso de la furgoneta Opel Vivaro se atribuía al esposo, que debía asumir el abono del préstamo que pesaba sobre la misma.

En el procedimiento principal se celebró el juicio el día 10 de febrero de 2009, debiendo destacarse las siguientes circunstancias. La parte demandada solicitó que cierta prueba documental propuesta por la actora se declarase ilícita, siguiendo el procedimiento previsto en el art. 287 L.E.C EDL 2000/77463 .; lo cual le fue denegado por la señora jueza, sin hacer pronunciamiento alguno, formalizando el instante su protesta. En segundo lugar, la titular del Juzgado solo permitió que el juicio se debatiese sobre la cuantía de la pensión de alimentos a favor de la hija menor, impidiendo alegaciones o prueba sobre las medidas económicas definitivas, el uso de bienes comunes y las cargas matrimoniales. Por último, inadmitió todas las pruebas de carácter personal propuestas por las partes e incluso alguna documental, limitando la prueba a las documentales que ya se habían incorporado anteriormente al procedimiento.

La sentencia dictada en fecha 19-2-2009, viene a mantener la cuantía de la pensión de alimentos en 400 euros al mes, con el reparto por mitad de los gastos extraordinarios, acudiendo para ello a la valoración de la prueba documental incorporada, incluida la denunciada por la parte demandada como ilícitamente obtenida, y valorando el acuerdo de 4-12-2008 alcanzado entre las partes. Respecto de las medidas económicas, mantiene las adoptadas en el auto de medidas provisionales; si bien modifica la atribución del uso del vehículo Ford Mondeo, que atribuye al esposo hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, sin argumentar el cambio de decisión respecto del Auto dictado en la pieza de medidas provisionales; y decide no hacer pronunciamiento en relación al uso de la furgoneta, al no ser

titular de la misma ninguno de los cónyuges. Por último, deniega la solicitud de la parte demandante para que se le otorgue una pensión por desequilibrio económico.

La representación de la demandante, D^a Sara, recurre la sentencia en apelación, con tres pedimentos: elevar la cuantía de la pensión de alimentos a 750 euros mensuales; otorgarle el uso del vehículo Mondeo Ranchera a ella y a su hija, así como imponer el abono del préstamo de la furgoneta al padre; y por último, que se fije una pensión compensatoria a su favor, durante cinco años, en la cantidad de 150 euros al mes. Al mismo tiempo, plantea nulidad parcial de la sentencia en relación a los pronunciamientos concernientes al uso del vehículo familiar y la carga del préstamo de la furgoneta.

También la parte demandada, D. Marcial, recurre la sentencia. Interesa primero que se decrete su nulidad y la del juicio en base a dos motivos: infracción del derecho de defensa en cuanto a la proposición y practica de las pruebas; e infracción de las normas y garantías del procedimiento, al omitir el mismo en cuanto a la solicitud de que se declarase ilícitamente obtenida cierta prueba documental aportada por la actora. Subsidiariamente, interesa la revocación de la sentencia en cuanto a la cuantía de la pensión de alimentos, solicitando se reduzca a 200 euros mensuales.

SEGUNDO.- Tres motivos diferentes se alegan por las partes para interesar, en forma más o menos ortodoxa, se declare la nulidad del juicio y de la sentencia dictada en primera instancia, con retroacción del procedimiento.

En primer lugar, se analiza la denuncia que realiza la parte demandada de haberse infringido por la juzgadora de instancia las normas y garantías del procedimiento, en concreto lo establecido en los arts. 11.2 L.O.P.J. EDL 1985/8754 y 287 L.E.C. EDL 2000/77463 .

De la audición de la grabación del acto del juicio celebrado el día 10-2-2009, se comprueba que al minuto 4#25##, la parte demandada interesa que con carácter previo se declare ilícita determinada prueba documental propuesta e incorporada por la contraparte.

Lo anterior tiene regulación expresa en la Ley de Enjuiciamiento Civil en su art. 287 EDL 2000/77463 , como expresamente le significó la parte a quien presidía el acto, y pese a ello ni siquiera permitió que se introdujese la cuestión en el juicio. Por lo tanto, ni se dio el trámite de audiencia que exige la ley, ni se permitió la proposición de prueba que pudiese acreditar que en la consecución de aquéllas se habían vulnerado derechos fundamentales, ni se dictó resolución expresa estimatoria o desestimatoria de la pretensión, ni se permitió recurso de reposición contra ésta.

No sólo se han infringido las normas de procedimiento legalmente establecidas, sino que esa prueba cuya ilicitud se denunciaba, las documentales núm. 9 y 10 acompañadas con el escrito de demanda, fueron tenidas expresamente en cuenta en la sentencia que se combate, en cuyo fundamento jurídico tercero se hace referencia a la acreditación de ingresos de cantidades importantes por parte del demandado en base a dichos documentos.

Se entra de lleno en la causa de nulidad prevista en el art. 225-3 L.E.C EDL 2000/77463 ., pues el quebrantamiento de aquellas normas esenciales de procedimiento han producido efectiva indefensión a una de las partes en el proceso. Ello afecta al principio de tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 C.E EDL 1978/3879 ., y motiva de por sí, la nulidad del juicio, y por ende, de la sentencia dictada.

TERCERO.- La misma parte procesal alega que se ha producido infracción de su derecho de defensa, en relación al derecho de proponer y practicar las pruebas oportunas para acreditar y desvirtuar las pretensiones objeto de litigio. Debe estimarse igualmente este motivo de nulidad, que podría extenderse, aunque no lo hayan alegado en estos términos, a la otra parte en el procedimiento.

En el acto de juicio, la señora Juez de Primera Instancia sólo admitió como pertinente la prueba documental que ya habían incorporado las partes en sus anteriores escritos, y que daban por reproducidas; denegando el resto de las pruebas que las partes proponían en ese acto.

De este modo, vino a denegar pruebas claramente pertinentes, y al mismo tiempo necesarias. El interrogatorio del demandado que proponía la parte actora es prueba totalmente admisible en juicio, desde el momento en que aquel no asume los hechos de la demanda; debiendo haberse considerado también válida la prueba testifical propuesta dirigida a determinar la capacidad económica del esposo, fundamental para fijar la pensión de alimentos y resolver sobre la compensatoria, e incluso, la documental mediante oficio a librar a la Comunidad de la CALLE000 núm. NUM000 .

Igualmente se denegaron sin justificación alguna, las dos pruebas testificales propuestas por la demandada, que tenían por objeto desvirtuar las afirmaciones efectuadas de contrario sobre su situación económica real, y desacreditar la prueba documental aportada por aquélla. Tanto la testifical del experto contable que había examinado la contabilidad del negocio del demandado, como la de quien proponía como propietario de los perros que se atribuyen en calidad de dueño al demandado, no encuentra la Sala razón alguna para que se denegasen; y debe ponerse de relieve que sobre ambas circunstancias descansó la resolución de instancia en cuanto al parámetro de la capacidad económica del Sr. Marcial .

El Tribunal Supremo, entre otras en su sentencia de 14 de noviembre de 2002, viene a sostener que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa de las partes en el proceso, constituye parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 .2 de la Constitución Española EDL 1978/3879 , como un aspecto del principio de igualdad en el proceso. Para que este derecho se sienta menoscabado exige que sea de relevancia absoluta en la decisión final, alegada y fundamentada adecuadamente por el recurrente, acreditando la indefensión general, que derive de la denegación sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.

Es cierto que el art- 460 L.E.C. EDL 2000/77463 permite la práctica de prueba en segunda instancia cuando sea indebidamente denegada la propuesta en la primera, pero como ya se le decía a la misma juzgadora en Auto de esta Sala de 3 de octubre de 2008, "... dicho precepto ha de entenderse referido a determinadas pruebas que no constituyan el núcleo fundamental, desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo, de las que las partes quieran hacerse valer, pues lo contrario, al margen de suponer una evidente denegación del servicio público que todo órgano jurisdiccional ha de prestar, constituye la desnaturalización del principio de la doble instancia, pues

evidente resulta entonces que la resolución recaída en la primera adolece de total y absoluta falta de motivación en cuanto que no se apoya en un conocimiento completo del juzgador en atención al esfuerzo de aportación de hechos de las partes.

Por tal circunstancia, la práctica de la prueba en segunda instancia en supuestos en que, tal y como acontece aquí, la juzgadora ha seguido el cómodo criterio de practicar la documental no remedia el vicio de haber privado a los ciudadanos de una resolución que, adoptada con plenitud de conocimiento, pueda ser revisada tanto en cuanto a la aplicación del derecho como a la correcta y racional valoración de la prueba por el tribunal de apelación, al que se convierte así en órgano de única instancia".

Corolario de lo expuesto es que la denegación de la prueba realizada de manera tan arbitraria por parte de la juzgadora de instancia, ha provocado una situación de indefensión para ambas partes, que motiva prospere igualmente la nulidad del juicio por este motivo, en los términos en que se alega por la demandada.

CUARTO.- La parte actor solicita nulidad parcial del juicio y de la sentencia, en lo concerniente a las medidas económicas adoptadas por el juzgado, tanto en la atribución del vehículo familiar al esposo, como en la falta de pronunciamiento sobre la asunción del préstamo que recae sobre la furgoneta. También debe prosperar este motivo de nulidad, en la medida en que se han infringido las normas del procedimiento, provocando indefensión a aquella parte, dado que la jueza de instancia no permitió que se debatiese en el juicio sobre estas medidas, limitándolo solo a la cuantía de la pensión de alimentos. Así lo dijo de manera repetida tanto en el minuto 5#, afirmando que allí estaban solo por 200 euros, haciendo alusión a dicha pensión, como en las continuas acotaciones que realizó requiriendo de brevedad a las partes, como al admitir de manera exclusiva como medios de prueba la documental ya unida afirmando que era suficiente para fijar la pensión de alimentos, ya que sólo eso se discutía (minuto 27#40#), o al abrir el trámite de conclusiones otorgando la palabra a las partes sólo en relación a la pensión de alimentos.

La circunstancia de que hubiese existido un acuerdo entre las partes sobre aquellos extremos, en orden a la fijación de las medidas provisionales, no puede suponer que el Juez de Familia considere que ello resuelve de manera definitiva las medidas derivadas de la ruptura del matrimonio. Una solución coyuntural en ese primer momento del procedimiento en orden a lograr una situación de paz entre las partes, no puede impedir que éstas intenten que de manera definitiva se adopten otras diferentes, ya en un juicio con mayores garantías procesales y plenitud probatoria.

Y si aquello no se puede traducir como un consenso definitivo, más paradójica resulta la actuación de la juzgadora cuando, sin permitir alegaciones ni medios de prueba sobre estas medidas, dando a entrever que procedía la ratificación de las acordadas en el auto de medidas provisionales, modifica dos de ellas en la sentencia sin fundamentación alguna. De atribuir el uso del vehículo Mondeo ranchera a la madre, pasa a otorgar ese uso al padre sin que explique la razón de ese cambio. Respecto del uso de la furgoneta y el pago del préstamo sobre la misma, pasa de atribuirlos al señor Marcial a excluir cualquier pronunciamiento, afirmando simplemente que no es titular del mismo ninguno de los cónyuges .

Esta situación ha dejado en absoluta indefensión a la parte demandante, y es causa igualmente de nulidad del juicio y de la sentencia dictada.

QUINTO.- La naturaleza del pronunciamiento de esta resolución motiva que no puede hacerse condena en costas a ninguna de las partes.

FALLO

Declaramos la nulidad del juicio celebrado en fecha 10 de febrero de 2.009, y de la sentencia de 19 de febrero de 2.009 dictada en los autos de Juicio de Divorcio núm. 940/08, por la Il.tra. Sra. Magistrada-Jueza del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Córdoba, con retroacción del procedimiento al momento de la celebración del juicio; todo ello sin pronunciamos expresamente en cuanto a las costas de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a su debido tiempo remítanse, junto con los autos originales, certificación de esta Sentencia, al Juzgado referido, para su conocimiento y cumplimiento, interesándole acuse recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

Número CENDOJ: 14021370022009100408