



Roj: **STSJ CAT 10171/2015** - ECLI: **ES:TSJCAT:2015:10171**

Id Cendoj: **08019310012015100095**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **14/10/2015**

Nº de Recurso: **104/2014**

Nº de Resolución: **71/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **CARLOS RAMOS RUBIO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 6157/2014,**
STSJ CAT 10171/2015

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA

Sala Civil i Penal

R. Casación y extraordinario por infracción procesal nº 104/2014

SENTENCIA Nº 71

Presidente :

Excmo. Sr. D. Miguel Ángel Gimeno Jubero

Magistrados :

Ilma. Sra. D^a. María Eugenia Alegret Burgués

Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio

En Barcelona, a 14 de octubre de 2015.

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los magistrados que se expresan más arriba, ha visto los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal que han dado lugar al presente Rollo núm. 104/2014, ambos presentados contra la sentencia de 12 junio 2014 dictada por la Sección 12^a de la Audiencia Provincial de Barcelona en su Rollo de apelación núm. 323/2013, dimanante del procedimiento de modificación de medidas de divorcio núm. 1393/11 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Sabadell. D^a. **Lucía** ha interpuesto los dos recursos, representada en este Rollo y en el acto de la vista por el procurador Sr. D. Sergi Bastida Batlle, habiendo sido defendida por la letrada Sra. D^a. Esther Borrás Pérez. D. **Urbano**, actor en la primera instancia, se ha opuesto a la estimación de los recursos tanto en el Rollo como en el acto de la vista, habiendo sido representado por el procurador Sr. D. Jaume Guillem Rodríguez y defendido por el letrado Sr. D. Josep Lluís Gómez Gusi. Ha intervenido, asimismo, el **Ministerio Fiscal** en interés de las dos menores de edad afectadas por la resolución de los recursos, habiendo sido representado en el acto de la vista por la Ilma. Sra. D^a. Nieves Bran Sánchez.

Antecedentes de hecho

Primero.- La representación procesal de D. Urbano presentó en septiembre de 2011 ante los Juzgados de Primera Instancia de Sabadell una demanda de modificación de las medidas establecidas en la sentencia de 14 julio 2009 que decidió su divorcio de la demandada, D^a. **Lucía**, en la que solicitó que fuera acordada la custodia compartida de las dos hijas menores de edad del matrimonio y, como consecuencia de ello, que se suprimiera la pensión de alimentos establecida hasta entonces por importe de 800 euros mensuales, cambiándola por la obligación de cada progenitor de ingresar 300 euros también mensuales en una cuenta



bancaria de titularidad conjunta, destinada a atender aquellas necesidades de las menores que no debieran ser afrontadas autónomamente por cada uno de los progenitores mientras las tuvieren bajo su cuidado.

La indicada demanda correspondió por turno de reparto al Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Sabadell (procedimiento núm. 1393/2011), el cual, con oposición de la representación procesal de la demandada y previos los trámites preceptivos, dictó en 3 diciembre 2012 una sentencia con la siguiente parte dispositiva:

" **FALLO** :

No modificar la sentencia de 14 de julio de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 5 de Sabadell , en los autos de divorcio 1087/09, con imposición de las costas procesales a la parte actora."

Segundo.- Contra esta sentencia interpuso recurso de apelación la representación del actor, que se admitió y se sustanció en la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (Rollo núm. 323/2013), por la cual, contando con la oposición de la demandada y la impugnación del Ministerio Fiscal, se dictó sentencia en fecha 12 junio 2014 , con la siguiente parte dispositiva:

"Estimant en part el recurs d'apel·lació interposat pel senyor Urbano i la impugnació del MINISTERI FISCAL, contra la sentència de data 3 de desembre de 2012 , del Jutjat de Primera Instància n. VUIT de SABADELL, sobre la modificació de mesures de divorci, en el qual ha estat part apel·lada la senyora Lucía , hem de revocar i REVOQUEM EN PART la dita sentència i, estimant en part la demanda:

Establim la guarda compartida de les filles comunes amb alternança setmanal, amb canvi els divendres a la sortida de la escola (o del domicili on estiguin aquella setmana, si és festiu) i les vacances escolars com fins ara segons el conveni regulador de 5 de maig de 2005.

Les despeses ordinàries, excloses les de mantenció de les nenes, que cada progenitor assumeix quan les tingui, i les extraordinàries i, segons es pactin, les extraescolars han de pagar-se amb un compte conjunt, on els progenitors ingressaran per meitat les fons necessaris cada mes; faran comptes abans de cada setembre (inici del curs) per a preveure despeses i adequar els ingressos.

Com a despeses extraordinàries s'han d'entendre les que són necessàries, no periòdiques i imprevisibles (com despeses mèdiques, odontològiques, etc no incloses a la Seguretat Social o assegurança privada) i no requereixen acord, sinó comunicació suficient a l'altre progenitor. Només les despeses no necessàries, com les extraescolars (que no són extraordinàries) requereixen aquest acord, que ha d'incloure la proporció de pagament i que, en cas de desacord (tant sobre el cessament de les actuals consensuades com sobre les noves activitats), pot ser substituït per una decisió judicial.

Confirmem la sentència apel·lada quant al manteniment de la resta de les mesures establertes en la sentència de divorci, sense imposició de les costes d'aquesta alçada" .

Tercero.- Contra dicha sentencia, el procurador Sr. D. Sergi Bastida Batlle, en nombre y representación de Dª. **Lucía** , interpuso -como ya se ha dicho- un recurso de casación y otro extraordinario por infracción procesal, con firma de la letrada Sra. Dª. Esther Borrás i Pérez, de los cuales, tras el incidente previsto en los arts. 473.2 y 483.3 LEC , solo fue admitido a trámite por una interlocutoria de 23 marzo 2015 el recurso de casación, articulado en un único motivo, y los motivos 1º y 2º del recurso extraordinario por infracción procesal, confiriéndose traslado a la parte contraria y al Ministerio Fiscal para que se opusieran y, en su caso, manifestasen lo que a su derecho conviniera respecto a la celebración de una vista pública.

Frente a los indicados recursos, el **Ministerio Fiscal** solicitó que fuesen estimados tanto el recurso de casación como el recurso extraordinario por infracción procesal y que, una vez casada la sentencia recurrida, se fijara por la Sala la cuantía con la que cada progenitor debe contribuir al pago de los alimentos teniendo en cuenta la capacidad económica de cada uno de ellos.

Por su lado, la representación procesal del actor Sr. **Urbano** se opuso a la estimación de ambos recursos y a la vista de los documentos presentados en apoyo de sus pretensiones solicitó la celebración de vista pública de los recursos.

Por providencia de 4 junio 2015 se dispuso la celebración de vista pública para el día 28 septiembre 2015, a las 10.00 horas de su mañana, fecha en la que efectivamente se celebró con asistencia e intervención de las dos partes y del Ministerio Fiscal en defensa de las posiciones respectivamente adelantadas en sus escritos, según es de ver en el acta levantada por el Sr. Secretario de la Sala.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio, que expresa el parece unánime de la Sala.

Fundamentos de derecho



Primero.- A fin de resolver los presentes recursos, es preciso tener en cuenta los siguientes antecedentes:

1.- Las pretensiones explicitadas por el actor en su demanda de modificación de efectos de la sentencia de divorcio (14 julio 2009) fueron que se dispusiese la custodia compartida de las dos hijas menores, que se suprimiera la pensión de alimentos (800 €/mes) que hasta entonces venía obligado a pagar para atenderlas y que se estableciese una cuenta de titularidad conjunta en la que cada uno de los cónyuges viniese obligado a ingresar 300€/mes para atender las necesidades no circunscritas al estricto ámbito doméstico.

2.- El Juzgado de 1ª Instancia núm. 8 de Sabadell, en sentencia de 3 diciembre 2012 , desestimó la demanda y, por tanto, dejó las cosas como habían sido dispuestas en la sentencia de divorcio, pero la Audiencia Provincial decidió estimarla *parcialmente* y, en consecuencia, estableció la custodia compartida con alternancia semanal y decidió que los gastos *ordinarios* que pudiese provocar la atención de las necesidades de las menores fueran asumidos por cada progenitor mientras las tuvieran bajo su inmediato cuidado, y, en cuanto a los *extraordinarios* y los *extraescolares* , que fueran pagados con cargo a una cuenta conjunta en la que los progenitores debían ingresar por mitad cada mes los fondos necesarios conforme a la previsión anual que venían obligados a hacer al inicio de cada curso escolar, sin perjuicio de sustituir el acuerdo por una decisión judicial en caso de no haberse podido alcanzar.

3.- Al contestar a la demanda (Fet Tercer), la demandada alegó que la implantación de la custodia compartida no debía comportar la extinción de la pensión de alimentos, debiendo atenderse, aun en dicha eventualidad, al criterio de proporcionalidad en función de los diferentes ingresos de cada uno de los progenitores para establecer la contribución precisa de cada uno de ellos.

4.- La Audiencia Provincial de Barcelona, a la hora de analizar dicha cuestión en su sentencia (FD4), se limita a enunciar que no se trata de " *un cas on, malgrat la guarda compartida, calgui mantenir la pensió a càrrec d'un dels progenitors* ", limitándose a continuar a disponer que cada uno de ellos deberá soportar los gastos de manutención de las menores mientras las tengan en su compañía y todos los demás (extraordinarios y extraescolares) por mitad, sin fijar cantidad alguna sino solo la forma de pago, al remitir para ello al acuerdo que los alimentantes deban alcanzar, respecto de los imprevisibles, antes de afrontar cada pago o, respecto de los previsibles, al comienzo de cada curso.

Segundo.- *Recurso extraordinario por infracción procesal .*

En el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se denuncia la vulneración de los arts. 216 y 218.1 y 2 LEC en relación con el art. 24 CE .

La recurrente aduce que la Audiencia Provincial omitió razonar en base a qué criterio decidió la extinción de la pensión de alimentos que hasta entonces estaba obligado a abonar el actor en interés de las dos menores, teniendo en cuenta que es doctrina jurisprudencial que la instauración de una custodia compartida no es causa de extinción automática de la pensión de alimentos y que tampoco se aprecia en la sentencia recurrida una valoración de las respectivas situaciones económicas que permita comprender que se ha respetado adecuadamente el criterio de proporcionalidad (art. 237-7 y 237-9 CCCat), conforme al cual hubiera debido distinguirse por razón de los ingresos respectivos de los progenitores, puesto que los del actor prácticamente triplican los de la demandada.

Por todo ello, considera la recurrente que no se advierten en la motivación de la sentencia las razones fácticas y jurídicas de tal decisión, afectando así gravemente al derecho a la tutela judicial efectiva tanto de la demandada como de las dos menores.

Como dijimos en nuestra **STSJCat núm. 43/2013, de 1 julio** , el párrafo primero del art. 218 LEC establece la obligación de congruencia que las sentencias de primera instancia deben cumplir, mientras que el deber de motivación se halla comprendido en el apartado 2º del mismo artículo, cuando dice que " *las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón* " .

La motivación de las sentencias consiste en la exteriorización del conjunto de razonamientos fácticos y jurídicos que justifican un determinado fallo y 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 -o la de intentarlo al menos- de la corrección de la decisión que se adopta.

Tanto el TC como el TS 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 (por todas, STS1 364/2011 de 7 jun . FD4).

De igual forma, esta Sala ha declarado en sus SSTSJCat núm. 11/2006, de 6 marzo, núm. 32/2006, de 4 septiembre, y núm. 38/2008, de 10 noviembre, entre otras , que 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 expone la STS1 180/2011 de 17 marzo (FD3), " *el juicio de suficiencia hay que realizarlo (SSTC, entre otras, 66/2009, de 9 de marzo y 114/2009, de 14 de mayo) atendiendo no solo al contenido de la resolución judicial considerada en sí misma, sino también dentro del contexto global del proceso, atendiendo al **conjunto de actuaciones y decisiones que, precediéndola, han conformado el debate procesal** ; es decir, valorando las circunstancias concurrentes que singularicen el caso concreto, tanto las que estén presentes, explícita o implícitamente en la resolución recurrida, como las que no estándolo, constan en el proceso (STS 9 de marzo de 2010, RC n.º 2460/2005) "* .

Por el contrario, se considera que hay motivación suficiente para satisfacer esas finalidades cuando el órgano judicial explica razonadamente porqué adopta determinadas decisiones, aunque la motivación expuesta no sea extensa ni ofrezca el órgano judicial una respuesta pormenorizada sobre cada una de las alegaciones de las partes, incluso es posible la motivación por remisión, no pudiendo confundirse falta de motivación con el acierto o desacierto ni con la disconformidad del recurrente con la motivación de la sentencia impugnada (SSTS1 225/2011 de 7 abr . FD1, 781/2010 de 10 dic. FD5, 474/2010 de 22 jul. FD5 y 239/2010 de 30 abr. FD5).

Tercero.- Así las cosas, en el presente caso se comprueba sin ninguna dificultad que la sentencia recurrida carece de una motivación suficiente por lo que respecta al pronunciamiento sobre los alimentos de los hijos menores, en relación con el criterio de proporcionalidad que establecen los arts. 237-7 y 237-9 CCCat cuando existen dos o más personas obligadas a prestarlos, en cuyo caso es preciso tomar en consideración sus respectivas posibilidades económicas.

El escueto razonamiento que se ofrece al respecto -" *No sent un cas on, malgrat la guarda compartida, calgui mantenir la pensió a càrrec d'un dels progenitors...* " - parece dar a entender que la supresión de la pensión es consecuencia automática de la guarda y custodia compartida, lo que no es en absoluto cierto.

Ya desde nuestra STSJCat núm. 29/2008, de 31 julio (FD4), y más específicamente desde la núm. 31/2008, de 5 septiembre (FD3§4), establecimos la doctrina de que no puede contemplarse como un efecto necesario o ineludible de la guarda y custodia conjunta o compartida la extinción de la obligación de uno de los progenitores -o de los dos- de abonar una pensión de alimentos en favor de los hijos, toda vez que debe procurarse " *un equilibrio y una razonable estabilidad en la calidad e intensidad de su cuidado integral, en lugar de someterlos a los vaivenes derivados de la diferente capacidad adquisitiva de sus progenitores custodios* " , y ello incluso en aquellos supuestos en que el tiempo de permanencia con los menores sea idéntico.

Dicha doctrina fue reiterada en nuestras SSTSJCat núm. 9/2010, de 3 marzo (FD3), 54/2011, de 16 diciembre (FD3), 38/2013, de 30 mayo (FD4), 43/2013, de 1 julio (FD3), 15/2015, de 16 marzo (FD3) y 29/2015, de 4 mayo (FD8), y finalmente ha sido acogida en el nuevo Llibre II del Código Civil de Catalunya (CCCat), en los artículos 233-4.1 y 233-8, disponiendo en concreto el artículo 233-10.3 que " *la forma de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes, si bien es preciso ponderar el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores y los gastos que cada uno de ellos haya asumido pagar directamente* " .

Ello supone que, aun en el caso de establecer una custodia compartida, el juzgador no puede dejar de analizar las posibilidades económicas de los padres en relación con las necesidades de los hijos, para, en función de los parámetros indicados, resolver lo que proceda conforme a derecho en orden a los alimentos precisos para cubrir sus necesidades de carácter ordinario y extraordinario en la proporción que proceda.

En el presente caso, pese a que la demandada planteó tal cuestión en la instancia y aportó pruebas al respecto, en la Sentencia nada se motiva ni razona sobre los alimentos de los hijos -sin que pueda constituir justificación de ello, como alega la parte contraria, que no hubiese cuantificado su petición, al tratarse de una materia en la que el principio de rogación no puede condicionar el cumplimiento de una obligación impuesta al tribunal directamente por la ley (art. 233-4.1 , 233-8.3 CCCat)-, por todo lo cual se desconoce qué llevó a al tribunal a



quo a dejar sin efecto la pensión de alimentos que venía establecida previamente en la sentencia de divorcio precedente.

Cuarto.- En cuanto a los efectos de la apreciación de este motivo del recurso extraordinario, conforme dejamos dicho en la ya mencionada STSJCat núm. 43/2013, debe tenerse presente lo establecido en la Disposición Final 16ª.17ª LEC, conforme a la cual, *"Cuando se hubiese recurrido la sentencia por infracción procesal al amparo del motivo 2.º del apartado primero del artículo 469, la Sala, de estimar el recurso por ese motivo, dictará nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación."* Estableciendo la regla siguiente (8ª) que: *"En tanto las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia carezcan de competencia para conocer, con carácter general, de los recursos extraordinarios por infracción procesal, no serán de aplicación los artículos 466, 468 y 472, así como los artículos 488 a 493 y el apartado cuarto del artículo 476. Lo dispuesto en el último párrafo del apartado segundo del artículo 476 no será de aplicación en los casos en que se estime el recurso extraordinario por infracción procesal fundado en el motivo 2.º del apartado primero del artículo 469 o en vulneraciones del artículo 24 de la Constitución que únicamente afectaran a la sentencia recurrida"*.

De dicha normativa se infiere que la legislación procesal no contempla con carácter general, en el régimen transitorio mencionado, el reenvío de los autos a las Salas de apelación para que dicten una nueva sentencia sino que sea el propio órgano de casación el que la dicte teniendo en cuenta lo alegado, en su caso, en el recurso de casación.

Sin embargo, en casos excepcionales en los que se hallen comprometidos intereses superiores, tales como el principio de tutela judicial efectiva por la pérdida de una instancia o de las dos instancias, lo que ocurrirá tanto en el caso de haberse apreciado alguna excepción de carácter obstativo, no siendo procedente, como en los supuestos en los que por existir una total falta de motivación deba entenderse la cuestión como no resuelta, será adecuado remitir el asunto para que la Audiencia se pronuncie de nuevo (en igual sentido, entre otras las SSTSJ 854/2011 de 24 nov. o de 287/2011 de 14 abr.; así como las SSTSJ de 52/2009 de 10 dic. y 56/2011 de 19 dic.).

En el presente supuesto, habida cuenta que la sentencia de Apelación fue la primera en estimar la demanda -parcialmente- y ni -lógicamente- en la de primera instancia ni en la de apelación existe razonamiento alguno sobre la distribución proporcional en el abono de los alimentos de los menores en atención a las necesidades de estos, al tiempo que deban estar en compañía de cada uno de los progenitores y a las posibilidades económicas de estos, procede devolver los autos a la Audiencia de Barcelona para que dicte una nueva resolución en la que, a partir de las pruebas practicadas, analice y razone la cuestión relativa a los alimentos de los menores, tanto en lo que se refiere al importe de sus necesidades ordinarias, como a las extraordinarias y a la cuantía en que deban atenderlas sus progenitores.

Quinto.- No se imponen las costas de los recursos examinados (art. 398 y 394 LEC) y se acuerda la devolución de los correspondientes depósitos (DA 1ª.8 LOPJ, introducida por la LO 1/2009 de 3 nov.).

En virtud de todo lo expuesto,

Dispositiva

La SALA CIVIL y PENAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA, ha decidido:

ESTIMAR el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por el procurador de los tribunales Sr. D. Sergi Bastida Batlle, en representación de Dª. **Lucía** contra la Sentencia de fecha 12 junio 2014 dictada por la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en su Rollo de apelación núm. 323/13 ;

DECLARAR la nulidad parcial de la misma; y

ORDENAR la devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, para que proceda a dictar una nueva resolución en la que a partir de las pruebas practicadas, analice y razone la cuestión relativa a los alimentos de los menores por necesidades ordinarias y extraordinarias.

No se imponen las costas de este grado procesal a ninguna de las partes, con devolución de los depósitos constituidos.

Notifíquese la presente a las partes personadas y al Ministerio Fiscal y, con su testimonio remítase el Rollo y las actuaciones a la Sección indicada de la Audiencia Provincial de Barcelona.

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



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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ