

Rollo 368/06

Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Tarragona

A LA SALA

GERARD PASCUAL VALLES, Procurador de los Tribunales y de **REMEI TREMOSA CASTELLS, COMPAREZCO y D I G O**

Que en fecha 5 de Septiembre del 2.006 recayó Resolución en grado de apelación dimanante de medidas cautelars 47/05 del juzgado de 1ª Instancia 4 de los de Reus, que trae causa en el procedimiento de medidas modificativas de divorcio 38/05 que ha estimado en parte la demanda de mi principal de 17.01.05, mediant sentencia 178/06 de 29.09.06, tal como consta en el citado procedimiento.

Contra la Resolución de 5.09.06, que recayó Auto resolutorio del ecurso de aclaración de fecha 29.09.06, interpusimos recurso extraordinario por infracción procesal y casación que al no ser admitido a trámite por Resolución de 9.10.06, interpusimos recurso de reposición previo a la queja para ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya e inadmitido finalmente por Auto de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 26.02.07, notificado el 8.03.07.

Qu, dentro del plazo de los **VEINTE DIAS HABILES** a contar desde el día siguiente a la notificación en tiempo y forma, esta parte insta como petición principal **INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES DE LA RESOLUCION DE 5.09.06, AUTO DE 29.09.06, Y AUTOS DE 9.10.06 Y 17.11.06, TODOS ELLOS DE LA SECCIÓN TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA**, al amparo del arto. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 19/03. en relación con el arto. 238 del mismo texto legal, por **DEFECTO DE FORMA** por el Antecedente de Hecho Segundo, Tercero y Cuarto, y Fundamento de Derecho Segundo en relación con el Fundamento de Derecho Primero de la citada Resolución de 5.09.06.y Auto de 29.09.06 e **INCONGRUENCIA** en los Fundamentos de derecho Tercero, Cuarto y Quinto y entre la pretensión oportunamente deducida en la formalización de nuestro recurso de apelación en relación con las pruebas que constan en los autos y la Parte Dispositiva de la Resolución de 5.09.06.

Interesamos retroacción de las actuaciones hasta el momento procesal anterior a la Providencia de 27.07.06, por el que se designa el Tribunal y se señala vista para la deliberación y fallo, y providencia de de 31.07.06, notificada el 1.09.06, por la que se inadmite una prueba conocida con posterioridad a la formalización del recurso de apelación por causa no imputable a la parte actora, no pudiendo señalar el Tribunal votación y fallo hasta que la misma sea firme, por lo que no es conforme a derecho la deliberación y fallo para el día 5.09.06.

Fundo el presente **INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES** en base a los siguientes

MOTIVOS JURIDICOS

CUESTION PREVIA.- La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya ha desestimado nuestro recurso de queja contra los Autos de 9.10.06 y

17.11.06 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Tarragona que no admitían el recurso extraordinario de infracción procesal y recurso de casación contra el Auto de 5.09.06. Contra el Auto de 26.02.07, notificado el 8.03.07, mi principal ha interpuesto incidente de nulidad que ha sido proveído en fecha 16 de marzo del 2.007 en el sentido de indicar que **“es té per formulat l'incident de nul.litat contra la intrlocutòria de 26 de febrer del 2.007”**. Al no precisar qué diligencias son las que se van a acordar, mi principal ha presentado escrito de aclaración y complementación a los efectos que indiquen que se cumplan los requisitos del art. 241.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 19/03. O indiquen con motivación suficiente, en su caso, la inadmisión del incidente de nulidad contra el Auto de 26.02.,.07.

En todo caso, y para que no opere el instituto de la prescripción, se interpone en este momento procesal y **AD CAUTELAM**, incidente de nulidad de actuaciones por **DEFECTO DE FORMA E INCONGUENCIA** contra el Auto de 5.09.06, y complementarios Auto de 9.10.06 y Auto de 17.11.06 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Tarragona, dentro de los **VEINTE DIAS** de la notificación del Auto de 26.02.07 de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, que desestima el recurso de queja para interponer recurso extraordinario de infracción procesal y casación. No pudiendo interponerlo con anterioridad a la notificación del citado Auto de 26.02.07, notificado el 8.03.07, por imperativo legal.

Se aporta como Bloque de Doc. 1 Auto de 26.02.07, Providencia de 16.03.07 y escrito de aclaración.

I.- DEFECTO DE FORMA.-

PRIMERO.- Incumplimiento del art. 196, 197 y ss. de la LEC 1/00 en relación con el art. 203 del mismo texto legal, con infracción del art. 24.1 y 24.2 de la Constitución por falta de tutela judicial efectiva que provoca efectiva indefensión, con respecto a la votación, deliberación y fallo que se había acordado en Resolución de fecha 27.07.06 para que se produjera el día 5.09.0 a las 11h. 30m.

Según Certificación de la Ilustre Sra. Secretaria Judicial de 2.03.07, **consta en el archivo informático Temis del rollo 368/06**, que el **AUTO RESOLVIENDO EL RECURSO DE APELACION, DECISIÓN RECURS- SENTENCIA se produjo en fecha 7.08.06, a las 11h. 26m., ya que así consta en el Registro del Programa informático Temis de la Secretaría de la Sección Tercera, EL AUTO DE 5.09.06, IMPRESO UN MES ANTES DE LA FECHA DE VOTACION Y FALLO**, que se había dictado en Providencia de fecha 27.07.06.

En la Providencia de 27.07.06 los Magistrados que decidirán sobre votación y fallo son Ilma. Presidenta D^a M^a Angeles García Medina, Ilmo. Sr. D. Antonio Carril Pan e Ilma. Sra. D^a Pilar Aguilar Vallino. y la Providencia dice textualmente **“...señalar para el próximo día 5 de septiembre a las 11h.30 horas, para su deliberación, asumiendo la ponencia la única Magistrada existente de esta Sección, Ilma. Sra. D^a Angeles García Medina.”**

Consta por tanto acreditado que el Auto de 5.09.06 resolutorio del recurso de Apelación se dictó y realizó en fecha 7.08.06, en pleno mes de agosto, **mes inhábil para las causas civiles, PUESTO QUE LA SALA NO HABIA ACORDADO NINGUNA**

MEDIDA URGENTE EN ESE PROCEDIMIENTO PARA PRACTICAR DURANTE EL MES DE AGOSTO. Se realizó, además, **INAUDITA PARTE**. al no comunicar la Sala en ningún momento ni una actuación durante el mes de Agosto,. Y recayendo el Auto de 5.09.06 el día 7.08.06 cuando los miembros del Tribunal están de vacaciones.

La Certificación de la Ilustre Secretaria no precisa quién introdujo el Auto resolviendo recurso de apelación en fecha 7.08.06, pero el lo lógico que la redacción y confección la realizara la Ilma. Magistrada Ponente, y la entregara junto con los autos 47/05 a Secretaría junto con CD para su incorporación al programa informática Temis de la Sección. si se se hace en sistema pdf.- portable document format- como es lo usual, no permite cambios ni rectificaciones en las Resoluciones judiciales

En todo caso, la Ilustre DSra. Secretaria no estuvo presente en la deliberación y fallo, y tal como certifica, se le entregó a ella el Auto el día 5.09.06 para su publicación a las 13 horas. Auto que ecpnstaba redactado y mecanizado en el ordenador el 7-.08.06 a las 11h. 26m.

El programa informático Temis es el que se encuentra en la Secretaría de la Sala, y se apertura para cada número de rollo y sirve de una inestimable ayuda a los órganos judiciales por su precisión y fidedignidad de todos los actos judiciales que operan en un asunto judiicial. Es dónde se reseñana todas las actuaciones judiciales que se realizan. Por tanto, **las resoluciones que se dictan y constan en el ordenador, son las ya decididas por el Tribunal según proceda**, y no se incorporan proyectos o borradores, sino que lo que consta en los ficheros Temis son las Resoluciones dictadas y ya listas para imprimir, firmar y notificar. O dicho de otro modo, el progrma Temis no es un borrador sujeto a cambios, y cuando se introduce en un fichero una resolución s porque ya se ha acordado previamente por el órgano judicial.

Pero en todo caso no se notificó ni estaba prevista actuación alguna el 7.08.06 Ni consta en el Auto que se acordare introducir el citado Auto dicho día, ni hay constancia de ninguna aclaración o rectificación Pero es evidente y lógico que, si de la deliberación y fallo del día 5.09.06, se hubiera previsto alguna rectificación o aclaración de los miembros de la Sala, no se hubiere introducido en el ordenador de la Sala con anterioridad y se hubiera esperado a la deliberación y fallo para redactarlo y en los términos previstos en la LEC 1/00.

A mayor abundamiento, cuando la Ilma. Presidenta Sra. D^a M^a Angeles García Medina, concedió finalmente audiencia a mi principal en fecha 26.02.07 a las 13 horas, y antes de que mi principal tuviera vista del programa Temis ésta le manifestó, delante de la Ilustre Sra. Secretaria, que se había producido la deliberación y fallo el día 5.09.06, y el mismo día se pasó a Secretaria para su transcripción en el ordenador. Cuando mi principal manifestó **la imposibilidad material de que en una hora y media**, de 11h. 30 m. a 13 horas en que se entregó el Auto confeccionado y firmado a la Ilustre Sra. Secretaria para publicarlo, pudiera la Ilma. Ponente dar cuenta a la Sala de los 344 folios que componen las medidas cautelares, deliberar, pasar los autos a Secretaría, y que por la funcionaria encargada se mecanizara todo el Auto de seis folios, pasarlo nuevamente a los Magistrados para corrección y firma, y entregarlos a la Ilustre Sra. Secretaria para su publicación, la Ilma. Presidenta indicó que se había procedido de esta forma y que no permitía ninguna duda al respecto **No dijo en ningún momento que el**

día 7.08.06 se hubiera introducido el Auto resolutorio del recurso de apelación en el ordenador.

Es relevante además que hay omisiones importantes en el Auto, que inciden sobre el fondo del asunto, produciendo efectiva indefensión del arto. 24.2 de la CE que no se hayan reseñado y valorado en el Auto. Tales como la referente a que mi principal ofrecía caución por la misma cantidad que solicitaba como aval, **lo cual elimina la utilización abusiva de derecho a que hace referencia el Auto y, en aplicación de la ley, no hubiera permitido la condena en costas.** O el hecho relevante de que el Sr. Font reconoce expresamente que oculta sus bienes a la Sra. Tremosa y que además ofrece aval, **lo que hubiera obligado a la Ilma. Sala en aplicación de la ley, a estimar el recurso de apelación y acordar la medida cautelar.** O el dato relevante de que indique el Auto que el Sr. Font no ha tenido ingresos cuando constan en documentos públicos ingresos de 18.157,76 euros en 20.05.03 y 306.516,17 euros en 8.06.07 por certificación del registro de la Propiedad. Independientemente del resultado del Auto, **eran hechos documentados y acreditados de tamaño enjundia que hacían imposible que hubieran pasado desapercibidos a tres magistrados.**

Pero al margen de lo anterior, es lo cierto y por lo que aquí interesa que no se ha procedido con arreglo al arto. 203 de la LEC 1/00, según el cual en los Tribunales Colegiados corresponde al Ponente la redacción de las resoluciones judiciales **que se hayan sometido a discusión de la Sala o Sección ...**” pero no con anterioridad a la fecha de deliberación y discusión, como consta en este caso.

Los artos. 196 y 197 de la LEC 1/00 establecen que será la Ponente quién exponga a la Sala los puntos de hecho y las cuestiones de derecho así como a su juicio, la decisión que deba recaer. Por tanto no procedía redactar e imprimir en el ordenador de la Sala el Auto resolutorio del recurso de apelación en fecha 7.08.06 a las 11h.26horas, **en pleno mes de vacaciones, por ser agosto y ser inhábil además para pleitos civiles,** 29 días antes de la deliberación y fallo en 5.09.06 a las 11h. 30m.

Por lo que no es cierto el Antecedente de Hecho Cuarto del Auto de 5.09.06 que dice que “ **en la tramitación de esta instancia del procedimiento se han observado las normas legales**”. habiendo producido efectiva indefensión al amparo del arto. 24.2 de la C.E.

Por lo que interesamos la nulidad del Auto de 5.09.06 por haberse redactado e impreso en fecha 7.08.06 a las 11,26 m en fecha inhábil por ser el mes de Agosto y estando de vacaciones . Y con anterioridad a la votación y fallo que constaba el 5.09.06 a las 11h.30m., con retroacción de las actuaciones al momento anterior a la designa de los Magistrados y Ponente y señalando nueva fecha para votación y fallo.

Se aporta como Bloque de Doc. 2 Certificación del programa Temis del rollo 368/06 en dónde consta que el Auto de 5.09.06 se redactó, imprimió en fecha 7.08.06 a las 11h. 26m. y Auto de 5.09.06.

SEGUNDO.- Nulidad del Auto de 5.09.06 por no comparecer en el procedimiento de medidas cautelares en la instancia ni en la apelación el Ministerio Fiscal, no proponer pruebas y no poder formular conclusiones. Infracción del arto. 748. 3º y 749.2 de la Lec

1/00 en relación con el arto. 3.6 del Estatuto Fiscal y Codi de Família 9/98 de 15 de julio y arto. 770 de la Lec 1/00.

Por ser normas de derecho público procesal, indisponible por las partes y el órgano judicial, son de preceptivo y obligado cumplimiento, siendo irrelevante el momento procesal en que se denuncie su no intervención por las partes.

El Ministerio Fiscal que no compareció en el acto de la vista, indica en el rollo de apelación justifica su no comparecencia por el mucho trabajo existente. Entendemos que no es de recibo tal manifestación, que ha impedido asistir al acto de la vista dónde prodía haber propuesto todas aquellas pruebas tendentes a asegurar la pensión de alimentos de la menor Alba, y preguntar al progenitor no custodio sobre sus medios de vida que nos e conocen en muchos años, tal como se constata en las sentencias de divorcio, los motivos de la venta del piso y con qué dinero pagó la actual esposa la nueva casa si no se le conocen medios de vida, etc.

Tales hechos fueron denunciados oportunamente en el recurso de apelación, Orden Jurídico Procesal, I, Intervención del Ministerio Fiscal que designo.

TERCERO.- Pronunciamiento judicial sobre la prejudicialidad penal, del arto. 40 de la LEC 1/00. Ha quedado acreditado en la documental aportada en la pieza de medidas cautelares. que se levantó el embargo del piso de C/ rocafort 221 4º 1ª que se levantó el embargo en base a un Convenio de 15.04.03 suscrito entre las partes, y que el Sr. Font, de inmediato que fue levantado el embargo en base a este Convenio, incumplió el mismo para poder conseguir cobros judiciales de más de 25.000´- Euros y que los que había renunciado como consecuencia del citado Convenio. En la página 86 se indica que **“El Sr. Font renuncia a cualquier indemnización de cualquier clase derivada de los procedimientos 823/02, 256/02. 80/01 y 38/03”**. Reconoce posteriormente en fecha 4.06.04 que no se homologó dicho Convenio, cuando ya había sido levantado como consecuencia del mismo, tal como se constata en el Auto de 23.04.03 de la swección 12º. Es evidente que ha ahbido un fruade procesal por parte del sr. Font, quién incumplió el Convenio para poder embolsarse cantidades a las que había renunciado en base al mismo, y al mismo tiempo, conseguir levantar el embargo del piso de C/ rocafort 221, 4º 1ª, si se homologaba el citado Convenio.

El arto. 40 de la Lec 1/00 dice que **“cuando en un proceso civil se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca apariencia de delito o falta perseguible de oficio, el Tribunal civil, mediante providencia, lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal por si hubiera lugar al ejercicio de la acción penal.**

A la Sección 3ª le han quedado palmariamente acreditadas las maniobras del Sr. Font para que se levantara el embargo en base a un Convenio que incumplió el mismo. Además el sr. Font reconoce expresamente que oculta la venta de su piso y la compra de uno nuevo en escrito de 4.06.04 que consta en la pieza de medidas cautelares. En el motivo tercero, el Sr. Font dice textualmente. **“Quiere esta parte hacer mención del hecho de que mi mandante efectivamente tal y como se ha enterado la adversa, tiene intención de vender su piso habiendo suscrito un compromiso de compraventa. Asimismo esta parte tiene suscrito otro documento de compormiso de otro inmueble en Catalunya, Y DEL QUE NO DAMOS MAS DATOS POR SEGURIDAD DE MI PODERDANTE, YA QUE LA SRA. TREMOSA SIN**

SABER ESTA PARTE COMO, se enteró de la venta proyectada del piso de C/ Rocafort 221, 4º 1ª ...” folio 100,101 y 102 de la pieza de medidas cautelares.

Se aporta como Bloque de Doc. 3, Convenio de 15.04.03,, Auto de 23.04.03 y Escrito de 4.06.04.

CUARTO.- Si bien, como queda acreditado, ya se había redactado y decidido el Auto de 5.09.06 en fecha 7.08.06 a las 11h.26m., tal como consta en el fichero informático Temis, es lo cierto que en ningún caso procedía señalar el día 5.09.06 a las 11h. 30m., para deliberación y fallo, por cuanto no era firme la Resolución de 31.07.06 notificada el 1.09.06, según la cual no se admitía una documental aportada el 26.07.06, que eran hechos nuevos, nuevas noticias, consistentes en Certificaciones de la Agencia Tributaria conforme el Sr. Font no había declarado a Hacienda en 20.05.03 18.157,76 euros percibidos por cobros judiciales, y 306.516,17 euros en el 2.004, percibidos por la venta de su piso en C/ Rocafort 221, 4º 1ª. y que eran pruebas a las que habíamos tenido acceso por requerimiento judicial en el pleito principal 38/05, con posterioridad a la formalización de la apelación. Y que acreditaban el periculum in mora, puesto que el Sr. Font no sólo oculta a mi principal sus bienes, también lo hace a la Agencia Tributaria. La Resolución que deniega esta documental es recurrida en reposición en fecha 8.09.06, por tanto había que esperar a que fuera firme la resolución de 31.07.06 antes de proceder a la deliberación y fallo, porque la resolución sobre dichas pruebas podía afectar al Auto que en su día recayera, máxime cuando en fecha 12.09.06 se admite a trámite dicho recurso. y resolviendo en fecha 25.09.06 en el sentido de desestimar dicho recurso. Es evidente que no podía haber otra decisión que la desestimatoria, puesto que si se hubiera admitido el recurso y por ende las pruebas aportadas, que cumplían estrictamente con los requisitos legales del art. 270 y 286 de la LEC 1/00, hubiera tenido que decretarse previamente la nulidad del Auto definitivo de 5.09.06.

Hay también otro efecto procesal de suma relevancia.- Se acuerda por Providencia no admitir unas pruebas, cuando debe hacerse por Auto, debidamente motivado por incidir en el fondo del asunto, y ello hubiera representado, de haberse aplicado la ley, la suspensión de la deliberación para el día 5.09.06 a las 11h. 30m. Las Providencias sólo se dictan para impulsar el procedimiento, son de mera tramitación. La admisión o no de pruebas es sobre el fondo del asunto, y no basta con decir que **“auestá fuera de todo cauce procesal”** sino que habrá de motivarse tal extremos. Puesto que lo acreditado es lo contrario, está **dentro de todo cauce procesal**, tal como prevé el art. 286 de la LEC 1/00 en relación con el art. 270 y 271 del mismo texto legal.

Recayó Auto firme sobre petición de prueba en fecha 25.09.06, con posterioridad a dictar el Auto definitivo que se notificó en fecha 6.09.06.

Que la Ilma. Sala dictara Providencia en lugar de Auto no es, por supuesto, causa imputable a esta parte. Como tampoco lo es el que mi principal no pudiera aportar las Certificaciones negativas de la Renta del Sr. Font cuando formalizó la apelación, puesto que éstas las requirió el órgano judicial en el procedimiento principal 38/05 mucho más tarde, y no constaron hasta el mes de julio del 2.006.

Por tanto, procede por este motivo asimismo decretar la nulidad del Auto de 5.09.06 y debe asimismo retrotraerse las actuaciones hasta la Providencia de designa de Magistrados, y resolver por medio de Auto, sobre las Certificaciones de la renta del Sr.

Font aportadas en fecha 27.07.06. Por haberse producido efectiva indefensión, del arto. 24.2 de la C.E.

Como Blouge de Doc. 4 se aportan Certificaciones de la Renta del Sr. Font de 6.07.06 que lo son con fecha muy posterior a la formalización del recurso de apelación en fecha 5.04.06, Resolución de 31.07.06 y Auto de 25.09.06 por el que se resuelve la admisión de dicha prueba, 20 días después de recaer Auto definitivo en 5.09.06.

II INCONGRUENCIA.-

PRIMERO.- INCONGRUENCIA OMISIVA.

UNO.- El Auto de 5.09.06 nada dice sobre la pretensión de la parte con respecto al hecho acreditado en autos, de que el Sr. Font ofrece aval a la Sra. Tremosa para garantizar las pensiones futuras de Alña, y sin que pida a cambio ninguna caución por parte de la Sra. Tremosa.

En el folio 115 del escrito de 4.06.04, el Sr. Font dice textualmente “...**esta parte ofrece en este acto la constitución de caución en forma de aval o consignación judicial por los importes que considere esta Sala adecuados por la naturaleza de la circunstancia**”. Por tanto la petición de la Sra. Tremosa de medida cautelar no era sino la aceptación de la medida que ya había ofrecido de motu proprio el Sr. Font.

Tampoco dice nada el Auto de 5.09.06 sobre el hecho de que en ese mismo escrito de 4.06.04, el Sr. Font oculta no sólo sus bienes sino su dirección a la Sra. Tremosa, lo cual es muchísimo más grave teniendo en cuenta que ejerce el régimen de visitas de una menor en un lugar que, por aquellas fechas, desconocía la Sra. Tremosa. El escrito del Sr. Font de 4.06.04 en el folio 113 de las medidas cautelares 47/05 dice textualmente:

“Tercera.- Quiere esta parte hacer mención del hecho de que mi mandante, efectivamente tal y como se ha enterado la adversa, tiene intención de vender su piso habiendo suscrito un compromiso de compraventa. Asimismo esta parte tiene suscrito otro documento de compromiso de compraventa de otro inmueble en Cataluña Y DEL QUE NO DAMOS MAS DATOS POR SEGURIDAD DE MI PODERDANTE, YA QUE LA SRA. TREMOSA- SIN SABER ESTA PARTE CÓMO- SE ENTERO DE LA VENTA PROYECTADA DEL PISO DE LA CALLE ROCAFORT...

Del citado documento de 4.06.04 de la parte apelada, obrante en los autos 47/05 y que **nada dice el Auto, a pesar de su relevancia y trascendencia**, quedaba más que acreditado el peligro de mora procesal, arts. 728 y ss de la LEC 1/00, puesto que el Sr. Font declaraba estar en paradero desconocido y además, él ofrecía aval o inclusive consignación judicial.

Si bien el Fundamento de Derecho Tercero in fine, hace referencia a la venta de un piso y compra de una casa con su actual esposa, nada dice el Auto de que consta en el folio 333, según la Certificación del Registro de la Propiedad, por valor de 306.516,17 euros, de los cuales ya han desaparecido 205.511,16 euros, puesto que ha invertido 95.000€- Euros en la compra de la nueva vivienda, según Certificación del Registro de la

Propiedad de Reus, folios 307,308 y 309 Y además hay un dato muy significativo, consta que la casa de cambrils la ha comprado con su esposa Sra. Miranova, sin que quede constancia de dónde ha obtenido el dinero dicha señora para la compra de la casa, puesto que en la Certificación para obtener el visado el 8.04.02 confesó que los medios de subsistencia lo eran **mediante marido**, folio 303 de los autos 47/05.

Se aporta Bloque de Doc. 5 consistente en el escrito del Sr. Font de 4.06.04, la certificación de la Sra. Mironava, Certificación del Registro de la Propiedad de Barcelona, Certificación del Registro de la Propiedad de Reus

DOS.- Nada dice tampoco el Auto de la documental que consta en las medidas cautelares 47/05 , folios 311, y 312 de las medidas cautelares, conforme se acredita que el Sr. Font reintegró 6.300.000´- Ptas. de una Libreta en exclusiva de la hija de ambos Alba, a pesar de tener la obligación de reintegrarla con sus intereses, párrafo 4º de la cláusula 248 de un Contrato suscrito entre el Sr. Font y La Caixa el 9.12.93 que dice:

El/las promotor Josep Mª Font Martí s reserva la facultat d'operar lliurement en la llibreta sense cap límit.

EN TOT AIXO, NO HI CONTREU CAP ALTRA RESPONSABILITAT QUE LA DE LLIURAR EL CAPITAL I ELS INTERESSOS DE LA LLIBRETA AMB AQUESTA CLÀUSULA ESPECIAL”.

No se refleja en el Auto esta gravísima circunstancia que acredita que el Sr. Font, se ha reintegrado de un dinero de la Libreta de Alba que no le correspondía, puesto que tenía la obligación de devolverlo habiéndose negado, quedando acreditado una vez más el periculum in mora.

Consta en la documental obrante en los autos que el Sr. Font ha esfumado 211.516,17 euros de la venta de su piso, y que no ha declarado a Hacienda, y que ha reintegrado de la Libreta en exclusiva de su hija 6.300.000´- habiéndose negado a su devolución. Al no consignarse en la resolución estos datos relevantes, se produce incongruencia entre las pretensiones y los datos acreditados y el Auto de 5.09.06, produciendo indefensión.

Se aporta como Doc. 6 el Contrato de La Caixa de 9.12.93 y Oficio de 15.02.01

TRES- Nada dice tampoco el Auto de 5.09.06 sobre la caución que ofreció esta parte, tanto en el acto de la vista en medidas cautelares 47/05, como en el escrito de apelación la caución que ofreció esta parte, **a pesar de no pedirla el Sr. Font en su escrito de 4.06.04.** Consta en la formalización de la apelación de 5.04.06, folio 302 , Suplico, apdo. D) que esta parte ofrece como petición subsidiaria, **anotación preventiva de embargo en la cantidad que designe el tribunal del inmueble de Pº Guixols 21, 5º 3ª** tal como consta en el folio 302 de los autos 47/05, en escrito de apelación de 5.04.06, folios 287 al 302.

Designo CD de la vista de 13.04.05 de las medidas cautelares 47/05 y apporto como Doc. 7 escrito de apelación obrante en la casua.

Ha habido incongruencia omisiva al no reflejarse todos estos hechos obrantes en los autos de las medidas cautelares 47/05 en la Resolución de 5.09.06, datos que eran

determinantes, y que al ser omitidos, infringen el art. 218 de la LEC 1/00 y jurisprudencia al efecto.

II INCONGRUENCIA INTERNA.-

UNO.- El Auto de 5.09.06 entra en incongruencia interna en el Fundamento de derecho Tercero, puesto que , para justificar su desestimación, aporta como datos Resoluciones judiciales firmes que ya fueron objeto de su exámen, y que tal como queda acreditado en los documentnos aportados, se refieren al levantamiento del embargo preventivo de 59,752 euros como consecuencia de un acuerdo entre las partes, el Convenio de 15.04.03,(folios 84,85 y 86) resuelto por Auto de 23.04.03, que fue de inmediato incumplido por el Sr. Font. Dicho Convenio obligaba a rescindir todos los procedimientos entre las partes, y el Sr. Font renunciaba a cantidades obtenidas judicialmente alrededor de 26.000´- Euros, que en el folio 86 dice “ **El Sr. Font renuncia a cualquier indemnización de cualquier clase derivada de los procedimientos 823/02, 256/02, 80/01, y 38/03**). Dicho Convenio fue homologado en fecha 23.04.03 (folio 87). Pero al ser incumplido por el Sr. Font con posterioridad a la homologación del mismo referente a levantar el embargo, consiguió un fraude procesal: embolsarse las cantidades judiciales a las que había renunciado en virtud del Convenio y por otro lado que se levantara el embargo en base a homologar el Convenio de 15.04.03 que en virtud del pacto Segundo y Quinto no podía homologarse, en claro fraude procesal por parte del Sr. Font.

El Fundamento de derecho Tercero hace refeecnia al levantamiento del embargo en Auto de 23.04.03 pero no indica que es como consecuencia de un Acuerdo entre las partes que el Sr. Font incumplió, actuando en incongruencia interna. Puesto que además hace un recopilatorio sesgado de las resoluciones posteriores a 23.04.03 relativas todas al levantamiento del embargo, y no reseñar las Tres resoluciones, la de 30.09.02, la de 24.10.02 y la de 9.12.02 de la Sección 12ª por la que se embarga el piso del Sr. Font para asegurar el pago de las pensiones futuras.

El Auto de 30.09.02, (folios 88 y 89 de las medidas cautelars 47/05) alega las razones de periculum in mora que justifican el embargo preventivo y reiterados en un nuevo Auto de 24.10.02 (folios 90 y 91), en cuyo Razonamiento Jurídico Segundo, línea 6 dice “... **Aquí es claro el temor de la Sra. Tremosa de quedar sin garantías de efectividad de su derecho al cobro de pensiones alimenticias futuras, prima sobre el alegato del Sr. Font de haberlas satisfecho, porque también hay un antecedente significativo, cual es el de haber cambiado la libreta de la hija Alba por otra, excluyendo de ella a la Sra. Tremosa, de la que sacó el 20 de junio de 1.997 la cantidad de 1.000.000 pesetas para compra de parking, que también ha sido vendida. Y como de este conjunto de circunstancias sólo existe el bien del piso de la calle Rocafort 221, 4º 1ª, es por lo que se ha de mantener el autor ecurrido en sede del principio de garantizar los derechos alimenticios de hijos menores (art. 91 del Código civil).**

Y se dicta asimismo el Auto de 9.12.002 (folios 92 y 93 de las medidas cautelares 47/05) para aocrdar el embargo preventivo del único bien que existía, valorado en 306.516,17 euros, para asegurar una pensión de 231 euros mensuales. Mientras que ahora hay sólo 95,000´- Euros ½ indivisa de la casa de Cambrils, para asegurar una

pensión de 380 euros mensuales más 50% de los gastos extraescolares y médicos no cubiertos por la Seguridad Social. El desequilibrio es enorme, como se constata.

Tampoco se reseña en el Auto los Fundamentos Jurídicos de la sentencia de divorcio de 3.02.03 en cuyo Fundamento Jurídico Cuarto in fine (folio 31 de las medidas cautelares 47/05) se constata que el Sr. Font esconde su capacidad económica real, cuando recoge como hecho probado que “ **...el actor no aportó toda la documentación que requiere el arto. 770.1 Ley 2.000, cabe concluir que de los fragmentarios datos que proporcionó, se deduce que tenía y tiene suficientes medios para dar pensión más elevada a la hija Alba. En contraste con la conducta procesal del actor, la demandada –sigue diciendo la sentencia-, ha aportado certificado de sus haberes por servicios de guardia y por sueldo neto con nómina de mayo del 2.001...**”

La mayor parte del Auto consta en el Fundamento de derecho tercero con resoluciones judiciales firmes que ya fueron objeto de exámen en otro procedimiento, y no pueden sustentar esta nueva Resolución. Pero es lo cierto que de hacerse, como así ha sido, el Auto debía recoger las demás Resoluciones judiciales firmes recaídas en el mismo procedimiento que acordaron el embargo preventivo, y muy fundamentalmente la sentencia de 3.02.03 en dónde ya se indica que el Sr. Font esconde datos económicos y que ello contrasta con la actuación transparente de la Sra. Tremosa. y que se han invocado en este epígrafe, y muy especialmente referenciar que todas aquellas recaídas desde el 15.04.03 lo es por un Acuerdo entre las partes que ha incumplido el Sr. Font.

La sentencia que ha recaído en el pleito principal 38/05 del Juzgado de 1ª Instancia 4, también tiene probado que el Sr. Font esconde los datos económicos que posee, y así se refleja en el Fdo. Jurídico Cuarto segundo párrafo cuando dice : **Actualmente y según la prueba practicada se debe concluir en igual sentido que la Audiencia Provincial de Barcelona, ya que pese a los argumentos del demandado relativos a que según sus ingresos en las declaraciones de renta que aportó de los años 2.003 (en que no presentó declaración según el certificado de la Agencia Tributaria), 2.004 (no aportó certificado negativo sino simplemente el certificado del importe de prestación por desempleo de dicho período por 1.438,07 euros) y 2.005 (en que le constan unos rendimientos anuales de 6.770 euros) no puede hacer frente a una pensión de alimentos superior, examinados los diferentes datos y cifras, simplemente con el abono de la pensión de alimentos que en la actualidad abona a su hija de 271 euros y el alquiler del piso de Avenida Meridiana de Barcelona, que paga en cuantía de 676,29 euros, ya superarían los ingresos que constan en las declaraciones, siendo que además tiene que pagar los suministros de la vivienda y sus propios gastos de alimentación, vestido, etc. lo cual sin más justificación por su parte, debe llevar a concluir que sus ingresos o medios de vida son superiores a los que oficialmente figuran en las declaraciones del impuesto de la renta, existiendo indicios de una mayor capacidad económica de la que admite. Por otra parte, también se da la circunstancia de una mejora en el patrimonio del padre por el hecho de que ha adquirido una casa en Cambrils l 8 de julio del 2.004 por 190.000 ´- euros junto con su nueva esposa en proindiviso, procediendo para ello a la venta del piso del que era titular en Barcelona en la calle Rocafort por 306.516,17 euros según consta en el Registro de la Propiedad...**”

A estos hechos dio plena conformidad el Sr. Font, ya que no recurrió la sentencia. Señalar además que al día de la fecha, no ha pagado la cantidad de gastos médicos no

cubiertos por la Seguridad Social ni gastos extraescolares, por lo que mi principal se ha visto obligada a instar la ejecución de la sentencia.

En todo caso, los datos reflejados en la sentencia constaba en las medidas cautelares 47/05 para dictar el Auto de 5.09.06, y muy fundamentalmente, que ya quedó acreditado en la sentencia de 3.02.03 de la Sección 12ª de Barcelona, que el Sr. Font oculta sus bienes, circunstancia que él mismo ha reconocido en el escrito de 4.06.04 que también consta en los autos. Por lo que ha habido incongruencia interna en el Auto de 5.09.06

Se aporta como Bloque de Doc. 8 los Sentencia de divorcio 3.02.03 Autos de 30.09.02, 24.10.02 y 9.12.02, todos ellos borranes en las medidas cautelares 47/05.

Y como Bloque de Doc. 9 la sentencia recaída en el pleito principal 178/03 y la petición de pago de los gastos extraordinarios que ha incumplido el Sr. Font..

DOS.- El Fundamento Jurídico Cuarto se condena en costas a la parte recurrente cuando ha quedado acreditado por la prueba documental, que, aún en el negado supuesto que no hubiera datos suficientes para estimar tal medida, hay serias duda de hecho y de derecho que impiden condenar en costas a la parte recurrente en un procedimiento en el que se litiga en nombre de la hija, por ser tema de familia (arto. 394 y 398 de la LEC 1/00) y además hay infinidad de jurisprudencia que impiden en dichos casos condena en costas. (SAP Girona de 20.10.04, rec. 374/04, SAP Sección 12ª 477/05, rec. 263/05, e inclusive el Auto de 30.09.02 rec. 361/02, que acordó la anotación de embargo del piso del Sr. Font y no le condenaron en costas). No se motiva dicha condena en costas, que es absolutamente improcedente, máxime cuando han quedado acreditados todos por medio de pruebas documentales fehacientes todas las pretensiones deducidas por esta parte, sin que sea imputable a mi principal que el Auto de 5.09.06 no las haya consignado, debiendo hacerlo.

II FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

Artos. 196, 197 y 203 de la LEC 1/00 sobre las funciones del Ponente y Magistrados que componen la Sala para deliberación y fallo.

Artos. 270, 271.2 y 286 de la LEC 1/00 sobre la admisión de documentos o pruebas conocidos con posterioridad a la preclusión de un procedimiento pero antes de citar Resolución definitiva

Arto. 206, 2º de la LEC 1/00, que revestirán la forma de Auto cuando se decida sobre la admisión o inadmisión de prueba .

Arto. 40 de la LEC 1/00 sobre prejudicialidad penal

Arto. 749 y ss. sobre la intervención del Ministerio Fiscal en procesos de familia

Arto. 218 de la LEC 1/00 según el cual todas las resoluciones judiciales deberán responder sobre todas las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, deberá responder sobre todos y cada uno de los puntos objeto del litigio, debiendo el Tribunal

sin apartarse de la causa de pedir, y resolviendo conforme a las normas de derecho aplicables al caso, aunque las partes no las hayan citado acertadamente.

Según el apdo. 2 del mismo texto legal, deberán razonar motivadamente los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas y la interpretación y aplicación del derecho. La motivación deberá ajustarse siempre a los principios de la lógica y de la razón.

La motivación de las Resoluciones judiciales está recogida asimismo en el arto. 120.3 de la CE y jurisprudencia del tribunal Constitucional (SSTC 27.3.00 y 109/02 entre otras)

Arto. 394 y 398 sobre condena en costas

Arto. 241. 1 y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 19/03, sobre incidente de nulidad de actuaciones. Interponiendo dicho incidente dentro de los VEINTE DIAS que prevé el citado precepto, desde el momento que se puede interponer.

Lo interponemos dentro de los veinte días desde la notificación del Auto de la sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, si bien al estar pendiente de aclaración la Providencia de 16.03.07, lo interponemos AD CAUTELAM y para que no opere el instituto de la prescripción.

Por todo ello A LA SECCION TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE TARRAGONA SOLICITO:

Tenga a bien la admisión del presente escrito, con sus copias y documentos acompañatorios, se interpone el presente incidente de nulidad de actuaciones AD CAUTELAM Y HASTA TANTO RESUELVA LA SALA Civil sobre la aclaración solicitada en escrito de 23.03.07 y para que no opere el instituto de la prescripción.

Se tenga por instado en tiempo y forma **INCIDENTE DE NULIDAD DEL AUTO DE 5.09.06 DEFINITIVO Y AUTO ACLARACION 29.09.06, ASI COMO AUTOS DE 9.10.06 Y 17.11.06, Y CUANTAS ACTUACIONES JUDICIALES TENGAN RELACION CON EL MISMO** por **DEFECTO DE FORMA E INCONGRUENCIA** y, previos los trámites de rigor, y con traslado de todo ello a la parte demandada y al Ministerio Fiscal, en los términos establecidos en el arto. 241.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial 19/03, **ACUERDE:**

NULIDAD DEL AUTO DE 5.09.06, ACLARATORIO 26.09.06 Y AUTOS 9.10.06 Y 17.11.06, Y TODAS CUANTAS RESOLUCIONES JUDICIALES TENGAN RELACION CON LOS ANTERIORES.

NULIDAD POR DEFECTO DE FORMA E INCONGRUENCIA.-

- 1) Se retrotraigan las actuaciones, al momento inmediatamente anterior a la Providencia de 27.07.06 que designa Ilmo. Magistrado Ponente y los miembros del Tribunal, se señale fecha para deliberación y fallo en los términos establecidos en los artos. 196,197 y 203 de la LEC 1/00, resolviendo por medio de Auto, y antes de que se señale nueva fecha para la deliberación y fallo, sobre la prueba consistente en las Certificaciones de Renta del Sr. Font que son hechos nuevos,

nuevas noticias, conocidas y aportadas a la causa con posterioridad a la preclusión del rollo de apelación, pero con anterioridad a recaer Resolución definitiva.

- 2) Se lleve a cabo la deliberación y fallo en los términos establecidos en la LEC 1/00, dictando Auto que resuelva sobre todas y cada una de las pretensiones oportunamente deducidas por la recurrente en su demanda de 17.01.05 y en su recurso de apelación de 5.04.06, valorando la prueba compuesta de 344 folios, en su totalidad y que consta en las medidas cautelares 47/05 del Juzgado de 1ª Instancia 4.
- 3) Se acuerde por medio de Resolución medidas cautelar en los términos solicitados por el Sr. Font en su escrito de 4.06.04 ,folio 115 de las medidas cautelares 47/05 y se imponga caución a la Sra. Tremosa, en los términos solicitados en su recurso de apelación de 5.04.06, folio 302. Todo ello para asegurar la pensión de alimentos para Alba en cantidad de 380 euros mensuales y el 50% de los gastos extraescolares y los médicos no cubiertos por la Seguridad Social.
- 4) No se condene en costas por ser un asunto de familia en el que se litigan inteeses de hijos menores.

OTROSI PRIMERO DIGO.- Que se admita a trámite el recurso de nulidad, se admita la documental aportada en este incidente y se acuerde lo siguiente:

- 1) Se libre exhorto al Juzgado de 1ª Instancia 4 de Reus, para que remitan a la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Tarragona para que aporten las medidas cautelares 47/05 para su resolución.
- 2) Se oficie a Secretaría de Gobierno para que se certifique el período de vacaciones que disfrutaron el Ilmo. Sr. D. Antonio Carril Pan, Ilma. Sra. Dª Pilar Aguilar Vallino y la Ilma. Sra. Dª Mª Angeles García Medina en el año 2.006. Y se certifique asimismo si el día 7.08.06 estaban de vacaciones los 3 Magistrados o alguno de ellos.
- 3) Se incorpore al incidente de nulidad el CD del Auto resolutorio del recurso de apelación, y si fue transferido al ordenador de Secretaría de la Sala con el formato PDF (Portable Document Format) que no es modificable por el órgano judicial, o en su defecto, se indique qué sistema se utilizó para introducir el 7.08.06 el Auto de 5.09.06 resolutorio del recurso de apelación.

OTROSI SEGUNDO DIGO.- Que al amparo del arto. 241.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se interesa la suspensión de la ejecución del procedimiento principal, para que el incidente no pierda su efectividad.

OTROSI TERCERO DIGO.- Para la resolución del anterior incidente de nulidad del Auto de 5.09.06 y aclaratorio de 26.09.06, Autos 9.10.06 y 17.11.06 y cuantas resoluciones judiciales tengan relación con el presente incidente de nulidad, intereso la abstención de la Ilma. Sra. Dª Mª Angeles García Medina, Ponente del rollo 368/06 y por los motivos que se dirán.

Y se solicita asimismo la abstención de los Ilmos. Magistrados D. Antonio Carril Pan y D^a Pilar Aguilar Vellino por estar impreso el Auto de 5.09.06 antes de la deliberación y fallo en fecha 7.08.06 a las 11h. 26. m, única y exclusivamente en el supuesto que deban formar parte de la resolución del incidente de nulidad de actuaciones. y ello por cuanto en las últimas resoluciones ya no constan dichos Magistrados que sirven en la Sección 1^a

UNO.- La Ilma. Sra. Magistrada Ponente mantuvo la fecha de 5.09.06 como fecha de deliberación y fallo, a pesar de que no era firme la Resolución de 31.07.06 por la que no se admitían pruebas fundamentales consistentes en la Certificaciones de la Renta del Sr. Font de las que habíamos conocido con posterioridad a que precluyera la fase de apelación, por lo que se trataba de hechos nuevos nuevas noticias.

Consta en el ordenador de la Secretaría de la Sala el Auto de 5.09.06, impreso en 7.08.06 a las 11h. 26m. sin que se notificara a esta parte esta actuación judicial, que también la silenció la Ilma. Magistrada Ponente en la audiencia concedida el día 26.02.07 a las 13 horas. Teniendo en cuenta que los autos los tenía la Ilma. Magistrada Ponente por imperativo legal, es lo lógico concluir que la Ilma. Magistrada entregó el Auto de 5.09.06 a la Secretaría, de la Sala, y que consta impreso en el ordenador el 7.08.06 a las 11h. 26m. Si hubieran habido correcciones o rectificaciones, no se hubiera imprimido el día 7.08.06 que además, si se trata del sistema pdf no permite ninguna rectificación.

En el Auto de 5.09.06 omitió consignar las pruebas de cargo, y por ende no las valoró, y que las aportó mi principal para justificar la medida cautelar solicitada y que han quedado reseñadas en este escrito de incidente de nulidad de actuaciones que reitero.

Como corolario, indicar que en el Auto de 22.02.07, la Ilma. Ponente acusa a mi principal de **crear una suerte de intimidación**, al Tribunal por indicar que he interpuesto recurso de queja ante la sala Civil del tribunal Superior de Justicia de Catalunya. O lo que es lo mismo, si mi principal dice a un tribunal (en este supuesto la Sección 3^a) que ha interpuesto un recurso relacionado con el procedimiento, (en este caso recurso de queja), se concluye diciendo que mi principal **coacciona al Tribunal**.

Los hechos plasmados y reflejados en los epígrafes anteriores, y en el incidente de nulidad de actuaciones en su totalidad, entendemos que aconsejan que se abstenga de seguir con el procedimiento la Ilma. Magistrada Ponente Sra. D^a M^a Angeles García Medina, si bien indicar que, en este momento procesal y por economía procesal no se insta la recusación, sino que se solicita la abstención, que siempre es a instancia del Juez o Tribunal, invocando para lo cual esta parte el arto. 217 de la Ley orgánica del Poder Judicial, según el cual, **el juez o Magistrado en quién concurra alguna de las causas establecidas legalmente se abstendrá del conocimiento del conocimiento del asunto sin esperar a que se le recuse.**

Se solicita la abstención por cuanto no se ha seguido la ley procesal en este procedimiento, ni tan siquiera para la deliberación y fallo puesto que el Auto de 5.09.06 ya estaba redactado e impreso mucho antes, 7.08.06 , así como la no valoración de las pruebas que constan en los autos e indicar que no ha habido ingresos por parte del Sr. Font, cuando consta expresamente lo contrario (folio 333 de los autos 47/05) en una Certificación del Registro de la Propiedad. No se trata de discrepancia en las

resoluciones judiciales, puesto que es evidente que si no se consigan las pruebas ni las pretensiones de la parte actora en el Auto de 5.09.06 (incluido nuestro ofecimiento de aval lo que elimina la utilización abusiva del derecho de la que se nos acusa y motiva la condena en costas) , la Reolución no puede prosperar. Pero las pruebas constan en los autos 47/05, de ahí que se solciite la abstención por dichos motivos.

Interesamos se resuelva previamente sobre la abstención solicitada. notificando a esta parte el resultado.

Para el supuesto que no se admita, instamos la recusación por la causa 10ª del arto. 219 e la Ley Orgánica del Poder Judicial 19/03, con respecto al Tribunal que dictó el Auto de 5.09.06, Ilma. Sra. Dª Angeles García Medina, atendido que los dos restarntes Magistrados que dictaron el Auto de 5.09.06 no resuelven en el presetne rollo 368/06. Y aportando como prueba la siguiente:

- 1) Toda la que consta en el presente incidente de nulidad de actuaciones que debrá unirse por testimonio
- 2) Testimonio de los autos 47/05 del juzgado de 1ª Instancia 4 de Reus, solicitando se libre despacho al efecto
- 3) Testimonio del rollo 368/06 de la Sección 3ª de la Audincia Provincial de Tarragona, y la práctica de las pruebas reseñadas en el Otrosí Primero y Segundo del presente procedimiento de nulidad de actuaciones.

Intrnsanso se me conceda plazo para prsentar en legal forma la recusación.

Por todo ello, A LA SALA SOLICITO:

Tenga a bien prover de conformidad con el Suplico y Otrosies.

Es justicia que pido en Tarragona, a 26 de Marzo del 2.007