

Recurso de casación 23/17

A U T O

Excmo. Sr. Presidente /
D. Manuel Bellido Aspas /
Ilmos. Sres. Magistrados /
D. Fernando Zubiri de Salinas /
D. Javier Seoane Prado /
D. Luis Ignacio Pastor Eixarch /
D^a. Carmen Samanes Ara /
D. Ignacio Martínez Lasierra /

En Zaragoza, a veintinueve de junio de dos mil diecisiete.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D^a. M^a Luisa Hueto Sáenz, actuando en nombre y representación de D. Francisco Javier E. S., presentó ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, escrito interponiendo recurso de casación frente a la sentencia de fecha 28 de marzo de 2017, dictada por dicha Sección en el rollo de apelación núm. 745/2016, dimanante de los autos de Divorcio núm. 390/2016, seguidos ante el Juzgado de 1^a Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, siendo parte recurrida D^a. María G. C. L. representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Lourdes Oña Llanos. Una vez se tuvo por interpuesto, se acordó el emplazamiento de las partes y la remisión de los autos a esta Sala.

SEGUNDO.- Recibidas las actuaciones, se formó el rollo de casación núm. 23/2017, en el que se personaron todas las partes, se pasaron al Ilmo. Sr. Ponente para que se instruyese y sometiese a la deliberación de la Sala lo

que hubiese que resolver sobre la admisión o inadmisión del recurso interpuesto.

Por providencia de 1 de junio de 2017 se acordó:

“Visto el escrito de interposición del recurso de casación, considera la Sala que el mismo podría incurrir en alguna causa de inadmisión por lo que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 483.3 y 473.2 LEC, óigase a las partes personadas para que en el plazo de diez días formulen las alegaciones que estimen pertinentes sobre la concurrencia de las siguientes posibles causas de inadmisión del recurso:

a).- Respecto a la vía de acceso al recurso de casación:

En el apartado 2º de los requisitos procesales del escrito del recurso se invoca, como justificación del interés casacional, el artículo 3.3 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, por no llevar más de cinco años en vigor la normativa utilizada en el proceso al haberse aprobado el CDFA por Decreto Legislativo 2/2011, de 22 de mayo, y basarse el recurso en infracción del artículo 80.2, artículo 82 y 83 del CDFA, así como infracción del artículo 24 CE.

Los preceptos del CDFA que se citan como infringidos son los correspondientes, con idéntica redacción, a la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres (BOA de 8 de junio de 2010), que entró en vigor el 8 de septiembre de 2010, refundida con otras por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por lo que las referidas normas tienen una vigencia superior a los cinco años. Sobre todos los preceptos citados existe jurisprudencia de esta Sala.

Podría concurrir por ello motivo de inadmisión previsto en el artículo 483.2.2º y 3º en relación con el artículo 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por ausencia (falta de concreción) de la vía de acceso del recurso.

b).- En cuanto al recurso de casación:

En el motivo primero alega infracción del artículo 80.2 del CDFA pero realmente denuncia una incorrecta valoración de la prueba y, sobre todo, que le fue denegada la prueba pericial del Gabinete psicosocial, que le habría sido denegada de forma injustificada. Se denuncia, pues, una infracción procesal a la que luego se refiere nuevamente en el motivo segundo, pero no se hace por el cauce adecuado, y nuevamente se queja de una errónea valoración de la prueba de exploración judicial de la hija. Se produce así una acumulación de infracciones de naturaleza sustantiva y de naturaleza procesal que son inadecuadas. Por ello, podría incurrir en causa de inadmisibilidad del artículo 483.2.2º, en relación con el artículo 477.1 LEC.

En el motivo segundo se alega infracción del artículo 218.2 LEC y del artículo 24 CE, en relación con el artículo 80 del CDFA, por la denegación sistemática de las pruebas propuestas tanto en primera instancia como apelación. A lo largo del motivo no se refiere al artículo 218.2 LEC ni alega falta de motivación de la sentencia sino inadmisión injustificada de pruebas, cuyo cauce no es el señalado. Tampoco acredita que por la denegación de una concreta prueba se le produjera indefensión, teniendo en cuenta, además, que en primera

instancia le fue denegada la prueba psicosocial por dos veces, en providencias de 15 de julio de 2016 y de 19 de septiembre de 2016, y en apelación mediante auto de 19 de diciembre de 2016, sin que en ningún caso interpusiera recurso contra dichas resoluciones por lo que, sin haber agotado los recursos posibles, no cabe alegar indefensión, ni tampoco denunció en ningún momento la vulneración de derecho fundamental (artículo 469.2 LEC). Por último, en el suplico del recurso no solicita nulidad derivada de las infracciones procesales y de derechos fundamentales, como correspondería a las mismas, sino el establecimiento de la custodia compartida. Por todo ello, podría incurrir en causa de inadmisibilidad del artículo 473.2.2º en relación con el artículo 469.1.4º y con el artículo 469.2 LEC.

En el motivo tercero alega infracción del artículo 82 CDFA por disconformidad con la pensión alimenticia señalada para los hijos, incidiendo en mera disconformidad con la valoración de la prueba. Por ello, podría incurrir en causa de inadmisibilidad del artículo 483.2.4º.

En el motivo cuarto denuncia infracción del artículo 83 CDFA por la fijación de la pensión por desequilibrio a favor de la esposa, mostrando nuevamente su desacuerdo con la valoración de la prueba por cauce inadecuado por lo que nuevamente podría incurrir en causa de inadmisibilidad del artículo 483.2.4º.”

Dentro de plazo las partes presentaron escritos de alegaciones, solicitando el recurrente la admisión del recurso y tanto la recurrida como el Ministerio Fiscal la inadmisión del mismo.

Es Ponente el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 484.1 LEC, en el trámite de admisión del recurso de casación la Sala debe examinar en primer lugar su competencia, pronunciándose seguidamente, si se considerase competente, sobre la admisibilidad del mismo.

Presentado recurso de casación contra sentencia dictada por órgano judicial con sede en la Comunidad Autónoma de Aragón, con fundamento en infracción de normas del Derecho civil aragonés (artículos 80.2, 82 y 83 del Código del Derecho Foral de Aragón), la competencia para su conocimiento corresponde a esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, en relación con el artículo

73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 478.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Conforme a lo previsto en los artículos 1, 2.1 y 2.2 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, la resolución será susceptible de recurso de casación cuando la cuantía exceda de 3.000 euros o sea imposible de calcular (2.1) o, en los demás casos, cuando la resolución del asunto presente interés casacional, debiendo fundarse en infracción de normas del Derecho civil aragonés.

SEGUNDO.- En la providencia de 1 de junio se ponía de manifiesto, en primer lugar, en cuanto a la vía de acceso al recurso de casación, que la alegada por el recurrente al amparo del artículo 3.3 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, de no llevar más de cinco años en vigor las normas aplicadas por la sentencia, podía resultar equivocada porque los preceptos en cuestión se correspondían, con idéntica redacción, a los de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, en vigor desde el 8 de septiembre de 2010.

Alega la parte recurrente que esta ley fue derogada por el Decreto Legislativo 1/2011, que aprobó el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, lo cual es cierto en cuanto que se produjo la derogación formal de todas las leyes refundidas, pues no cabría mantener la vigencia de textos legales con igual redacción, en algunos casos aclarados y completados mediante la técnica de la refundición. Pero las normas que mantienen su redacción estuvieron vigentes desde la publicación y vigencia de las leyes que las aprobaron, aplicadas desde entonces y sin solución de continuidad tras la entrada en vigor del texto refundido. Así, el artículo 80.2 del CDFA se corresponde literalmente con el artículo 6.2 de la Ley 2/2010; el artículo 82 con el artículo 8; y el artículo 83 con el artículo 9.

En todo caso, presentada la demanda en Registro General el 28 de abril de 2016, habían transcurridos más de cinco años desde la entrada en vigor (23 de abril de 2011) del Decreto Legislativo 1/2011 que aprobó el Texto Refundido con el título de Código del Derecho Foral de Aragón.

El epígrafe III, apartado 3.3.E) del Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo en Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, indica que el cómputo de cinco años de vigencia de la norma aplicable debe efectuarse tomando en cuenta como *dies a quo* la fecha de su entrada en vigor y como *dies ad quem* la fecha en que la norma fue invocada por primera vez en el procedimiento. En este caso las normas de referencia no aparecen citadas en la demanda presentada por la representación de D^a Maria G. C. L., y el artículo 80 CDFA aparece citado en el escrito de contestación a la demanda presentado el 9 de junio de 2016.

En consecuencia, el recurso es inadmisibles por aplicación de lo dispuesto en el artículo 482.2.3^o LEC.

TERCERO.- Respecto al primer motivo del recurso de casación: Indicábamos en la providencia de 1 de junio que en el motivo se denunciaba una incorrecta valoración de la prueba, mediante en cauce procesal inadecuado, y que le había sido denegada injustificadamente alguna prueba, lo que sería motivo de recurso extraordinario por infracción procesal, mezclándose infracciones procesales y sustantivas. En su escrito de alegaciones afirma que lo que quiso es invocar la infracción por inaplicación del sistema de custodia compartida para lo que era necesario criticar el juicio de razonabilidad de la sentencia para lo que era necesario en las pruebas practicadas en el proceso por no ser suficientes las existentes en autos (exploración judicial de la hija). La parte recurrente viene a confirmar así lo que se puso de manifiesto en la providencia y lo aprecia de la misma forma el representante del Ministerio Fiscal por incidir el recurso en una cuestión de valoración de la prueba, que solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal a través del artículo 469.1.4^o LEC, por vulneración del artículo 24.1 CE.

El motivo es inadmisibles conforme al artículo 483.2.2^o en relación con el artículo 477.1 LEC.

CUARTO.- En el motivo segundo del recurso se alegaba infracción del artículo 218.2 LEC y del artículo 24 CE por la denegación sistemática de

pruebas, pero se puso de manifiesto en la providencia de 1 de junio que no se hacía por el cauce procesal adecuado (artículo 469.1.2º LEC), y que no se habían interpuesto los recursos pertinentes contra la denegación ni se denunció la vulneración de derecho fundamental (artículo 469.2 LEC).

En su escrito de alegaciones argumenta la parte recurrente que recurrir las resoluciones denegatorias ante el mismo órgano que debía resolver la cuestión es perder el tiempo.

Resulta evidente que el recurso de casación no es cauce procesal adecuado para la infracción que se denunciaba, como igualmente aprecia el Ministerio Fiscal, y el motivo es inadmisibles (artículo 483.2.2º LEC).

QUINTO.- En relación con los motivos tercero y cuarto, por infracción de lo dispuesto en los artículos 82 y 83 del CDFA, se ponía de manifiesto en la providencia de 1 de junio que en ellos se exponía mera disconformidad con la valoración de la prueba sobre cantidades señaladas como pensión de alimentos y como asignación compensatoria, lo que no cabe en el recurso de casación.

En sus alegaciones se refiere la parte recurrente a los criterios de proporcionalidad para el señalamiento de estas cantidades que, a su juicio, se incumplían en la sentencia recurrida que habría incurrido en valoración manifiestamente arbitraria e ilógica de la prueba.

Como reitera el Ministerio Fiscal, no se ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal *ex* artículo 469.1.4º LEC, por lo que ambos motivos resultan inadmisibles conforme al artículo 483.2.2º y 4º LEC.

SEXTO.- Por la inadmisión del recurso de casación, deben ser impuestas las costas a la parte recurrente conforme a lo dispuesto en los artículos 398.1 y 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

La Sala ACUERDA:

1º.- No admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Francisco Javier E. S. contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha 28 de marzo de 2017.

2.- Se declara la firmeza de dicha resolución.

3.- Se imponen las costas a la parte recurrente.

4.- Se dará al depósito prestado el destino legalmente previsto.

Devuélvanse las actuaciones con testimonio de este auto al tribunal de procedencia.

Se hace saber a las partes que contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Magistrados expresados al margen.