

## Recurso de casación e Infracción procesal 43/2014

### A U T O

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

Zaragoza, a veinte de octubre de dos mil catorce.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Procurador de los Tribunales D. Pedro Bañeres Trueba, actuando en nombre y representación de D<sup>a</sup>. María Josefa S. J., presentó ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza escrito interponiendo recurso de casación e infracción procesal frente a la sentencia de fecha de 3 de junio de 2014 y auto aclaratorio de fecha 23 del mismo mes y año, dictados por dicha Audiencia en el rollo de apelación núm. 199/2014, dimanante de los autos de Modificación de Medidas 467/2013, seguidos ante el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia núm. Cinco de Zaragoza, siendo parte recurrida D<sup>a</sup>. José Antonio S. H., una vez se tuvo por interpuesto dicho recurso, 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. 43/2014, en el que se personaron, en nombre y representación del recurrente el Procurador de los Tribunales D. Pedro Bañeres Trueba y por parte de la recurrida la Procuradora, D<sup>a</sup>. Inmaculada Isiegas Gerner, y seguidamente se pasaron al magistrado 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, conforme establece los arts. 473 y 483 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por providencia de 12 de septiembre de 2014, se acordó:

“Vistos los motivos en que se funda el recurso presentado, se considera por la Sala que en el mismo pueden estar presentes las siguientes causas de inadmisión:

A) En cuanto a los motivos del recurso de casación, porque en ambos se denuncia la infracción de varios preceptos, de carácter heterogéneo, con cita de normas de derecho común y de derecho aragonés, sin la debida separación y claridad.

Además en el segundo motivo se refiere la parte recurrente a la existencia de “manifiesto error” de la Sala en cuestiones fácticas, de modo que no se respeta la apreciación de la prueba efectuada en la instancia.

B) Los motivos por infracción procesal pueden carecer de fundamento, vistas las alegaciones que se efectúan en el escrito de recurso, ya que:

a) la denuncia de alteración de los términos del proceso (*mutatio libelli*) no parece concordar con los hechos expuestos en los escritos en que se ejercitan las respectivas pretensiones;

b) no se refiere el segundo motivo a la valoración de la prueba, con invocarlo error manifiesto; sino a cómputo de los términos a comparar, lo que constituye una cuestión jurídica;

c) la sentencia de la Audiencia Provincial aparece suficientemente fundada en derecho, por lo que la argumentación de insuficiencia de motivación carece de fundamento.

En consecuencia, se pone de manifiesto a las partes con el fin de que en plazo de diez días formulen al respecto las alegaciones que estimen convenientes para decidir sobre la posible inadmisión a trámite del actual recurso de casación e infracción procesal.”

Dentro de plazo, las partes presentaron escritos de alegaciones en apoyo de sus pretensiones.

Es ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

### **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** 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, según dispone el artículo 484 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo que se refiere al primer extremo, no ofrece duda la competencia de este órgano jurisdiccional, pues a tenor del artículo 478, núm. 1º, párrafo 2º, de la mentada Ley procesal, corresponde "*a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los Tribunales Civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad*", y examinado el escrito de interposición vemos que en él se denuncia infracción de diversos artículos del Código de Derecho Foral de Aragón, además de otros del Código civil común.

**SEGUNDO.-** Acerca de los motivos de casación, en la providencia de fecha 12 de septiembre pasado esta Sala puso de manifiesto a las partes la existencia de posible causa de inadmisión, en atención a la cita de preceptos heterogéneos, sin la debida distinción y separación entre ellos, que dificulta la claridad en la determinación de la cuestión jurídica planteada.

Es de considerar que, en el primer motivo, la parte recurrente invoca la infracción de los arts. 1255 y 1091 del Código civil, por no aplicación y a los arts. 83 del CDFA y 97 del Código civil, así como al art. 100 de este cuerpo legal. En el motivo segundo se invoca la infracción de los arts. 1255 y 1091 del Código civil, en relación con los artículos 90, 91, 97, 100 y 101 del mismo,

por aplicación indebida, así como la infracción de lo dispuesto en el art. 79.5 en relación con el art. 83 del CDFA, invocando la infracción e interpretación errónea de la norma foral.

Al efecto es de aplicación el criterio sustentado en el Acuerdo no jurisdiccional de la Sala Primera del TS de 30 de diciembre de 2011, que previene la inadmisibilidad cuando en el recurso se denuncie *La acumulación de infracciones, la cita de preceptos genéricos o la cita de preceptos heterogéneos en un mismo motivo que generen la existencia de ambigüedad o indefinición sobre la infracción alegada (artículo 481.1 LEC)*.

Aunque la parte recurrente, en su escrito de alegaciones, hace constar que los preceptos cuya infracción denuncia se hallan íntimamente relacionados, siendo imposible su valoración por separado, estas alegaciones no bastan para su estimación, ya que el recurso de casación tiene una función nomofiláctica, o de control de la correcta aplicación del ordenamiento jurídico, y ante ello la parte que recurre ha de expresar, cuando afirma la infracción de un precepto legal, el motivo por el que considera que esa norma, en concreto, ha sido infringida, bien por inaplicación, por aplicación indebida o por interpretación errónea. La necesaria claridad en la exposición del motivo deriva no solo de la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, sino también del necesario ejercicio del derecho de defensa que corresponde a la parte contraria, la cual ha de tener claro conocimiento de la infracción que se denuncia.

Por otra parte, en el segundo motivo se efectúan por la parte recurrente consideraciones diversas acerca de la prueba y su valoración, expresando que “en la presente litis se está invocando por el ex esposo como causa de extinción o reducción de la prestación fijada en el convenio una alteración de circunstancias de ambos litigantes, la cual en modo alguno ha sido acreditada de adverso”, citando la infracción del art. 217 de la LEC. De esta forma el motivo no respeta los hechos probados, tal como han sido valorados en la sentencia de la Audiencia Provincial.

Por las citadas razones estos motivos de casación han de ser inadmitidos, conforme al art. 483.2, 2º y 4 de la ley procesal civil.

**TERCERO.-** Como afirma el Auto del TS de 4 de diciembre de 2012, fundamento de derecho cuarto, *La improcedencia del recurso de casación determina que deba inadmitirse el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto, ya que, mientras esté vigente el régimen provisional, la viabilidad de este último recurso está subordinada a la recurribilidad en casación de la Sentencia dictada en segunda instancia, conforme a lo taxativamente previsto en la Disposición final 16ª, apartado 1, párrafo primero y regla 5ª, párrafo segundo, de la LEC 2000. Por ello, el recurso extraordinario por infracción procesal también debe ser inadmitido al concurrir la causa de inadmisión contemplada en el art. 473.2.1º, en relación con la mencionada Disposición final decimosexta, apartado 1, párrafo primero y regla 5ª, párrafo segundo, de la LEC, como recoge el Acuerdo de 30 de diciembre de 2011, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, tras la reforma operada por Ley 37/2011 de 10 de octubre de Medidas de Agilización Procesal.*

Pero, en todo caso, los motivos esgrimidos no podían ser atendidos.

El primero de ellos denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24 CE, por infracción de lo dispuesto en los arts. 218 y 456 LEC, expresando que “la alegación del recurrente Sr. Simón sobre la alteración de la situación económica de la esposa supone un claro supuesto de *mutatio libelli* al no haber sido alegada en la primera instancia”. Explica que la alteración de los términos objetivos del proceso genera una mutación de la *causa petendi* y determina incongruencia *extra petita*. Pero el motivo no puede ser admitido, conforme al art. 473. 2. 2º LEC, ya que examinado el escrito de demanda puede comprobarse que el demandante hacía referencia a las circunstancias económicas de la demandada (apartado B 1 del hecho cuarto) y del propio actor, y tales alegaciones, en cuanto han sido comprobadas, han sido tenidas en cuenta por la sentencia de la Audiencia Provincial para modificar la pensión compensatoria.

El segundo motivo de recurso por infracción procesal se refiere a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24 CE, porque la sentencia de la Audiencia ha incurrido en error patente o notorio, y ha interpretado de forma ilógica e irrazonable los distintos medios

de prueba practicados. Sin embargo el examen del motivo y de las alegaciones efectuadas por las partes en el trámite concedido al efecto no muestra tal error notorio en la valoración de los hechos, que resultan consignados en la sentencia de primera instancia y son acogidos en la de apelación, de modo que no cabe entender producida la infracción del art. 217 LEC. La alegación que hace la recurrente a la situación económica al momento de fijación de la pensión compensatoria no es suficiente para fundamentar el motivo, pues la sentencia de la Audiencia hace referencia y valora la situación fáctica existente en la época del convenio regulador y en la sentencia de divorcio, para desde ellas examinar la modificación de las circunstancias económicas del actor, que ha visto reducidos sus ingresos netos en un 38 % aproximado.

Y en cuanto al tercer motivo, que denuncia la falta de motivación de la sentencia recurrida, el simple examen de ésta muestra que ha sido fundada en derecho, explicando las razones de la estimación parcial de la apelación interpuesta; y el hecho de que, finalmente, establezca un juicio de ponderación para fijar el importe de la pensión no es contrario al ordenamiento jurídico ni ese criterio puede fundar el motivo que invoca una infracción procesal que no se ha producido.

Por ello estos motivos han de ser inadmitidos, conforme al art. 473. 2. 2º LEC.

**CUARTO.-** En definitiva, el escrito de interposición no cumple los requisitos legalmente establecidos (artículo 483.2, 2º de la ley procesal civil) por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 483.4º, se declara la inadmisión del recurso de casación e infracción procesal y la firmeza de la sentencia recurrida. Dejando sentado el art. 473.3 y el art. 483.5 que contra este Auto no cabe recurso alguno.

**QUINTO.-** Abierto el trámite de puesta de manifiesto contemplado en el art. 483.3 y 473.2 de la LEC y presentado escrito de alegaciones por la parte recurrida procede imponer las costas a la parte recurrente.

Y la inadmisión del recurso conlleva la pérdida del depósito efectuado para su interposición, conforme la Ley Orgánica del Poder Judicial reformada por Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre, que establece en su Disposición Adicional 15ª, número 9 que cuando el órgano jurisdiccional inadmita el recurso o la demanda o confirme la resolución recurrida, el recurrente o demandante perderá el depósito, al que se dará el destino previsto en esa disposición.

**LA SALA ACUERDA:**

No admitir el presente recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Pedro Bañeres Trueba, en nombre y representación de Doña María Josefa S. J., frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en fecha 3 de junio de 2014.

Se declara la firmeza de dicha resolución.

Con imposición a la parte recurrente de las costas de este recurso.

Se decreta la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

Devuélvanse las actuaciones, con testimonio de este auto, al Tribunal de procedencia.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Sres. Magistrados indicados al margen.