



Roj: **ATS 2568/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2568A**

Id Cendoj: **28079110012017200724**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/03/2017**

Nº de Recurso: **1399/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **AUTO**

En la Villa de Madrid, a veintidós de Marzo de dos mil diecisiete.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La representación procesal de D.<sup>a</sup> Felicísima , presentó recurso de casación contra la Sentencia dictada, con fecha 5 de febrero de 2016, por la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación n.º 438/2015 , dimanante de los autos de divorcio contencioso n.º 904/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 del Vendrell.

**SEGUNDO.-** Mediante diligencia de ordenación de 14 de abril de 2016 se acordó la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes.

**TERCERO.-** Mediante diligencia de ordenación de 18 de mayo de 2016, se tuvo por designada al procurador del turno de oficio D. José María Rico Maesso, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Felicísima , en concepto de recurrente. Mediante diligencia de ordenación de 6 de julio de 2016, se tuvo por designada a la procuradora del turno de oficio D.<sup>a</sup> María Mercedes Romero González en nombre y representación de D. Gaspar , como recurrido.

**CUARTO.-** La recurrente no efectuó el depósito para recurrir exigido por la disposición adicional 15.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial al tener reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

**QUINTO.-** Por providencia de fecha 18 de enero de 2017 se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión del recurso a las partes personadas.

**SEXTO.-** Mediante escrito presentado el 9 de febrero de 2017, el recurrido formulaba alegaciones solicitando la inadmisión del recurso. Mediante diligencia de ordenación de 21 de febrero de 2017 se hace constar que la representación de la recurrente no ha efectuado alegaciones en este trámite.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. Magistrado D. **Antonio Salas Carceller** , a los solos efectos de este trámite.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se interpone recurso de casación por la demandada, apelante en la instancia y hoy recurrente contra la sentencia dictada en un juicio de divorcio, en el que se ejercita también la división de la vivienda de la que son cotitulares los cónyuges.

La sentencia de primera instancia acordó la disolución por divorcio del matrimonio y la división de la vivienda de la que eran cotitulares las partes.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la demandada que permaneció en la primera instancia en rebeldía, y solicitaba que se declarase que su régimen económico matrimonial era el societario de la legislación argentina, dado que el matrimonio se celebró en Argentina y ambos contrayentes eran argentinos.

La sentencia recurrida desestima el recurso, y confirma la sentencia del juzgado de primera instancia.

La recurrente formula el recurso por el cauce previsto en el ordinal 3º del art. 477.2 de la LEC, dicho cauce constituye la vía casacional adecuada, habida cuenta que el procedimiento se tramitó en atención a la materia.

**SEGUNDO.-** El recurso de casación se articula en un único motivo en el que, tras citar como preceptos infringidos los artículos 12.6 CC y el art. 9.2 CC, en relación con la infracción del art. 460.3 y 281.2 ambos de la LEC, se alega la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales.

En concreto, la recurrente plantea como cuestión jurídica el derecho aplicable y los medios de prueba del mismo y alega que existen posturas contrapuestas en las Audiencias, cita por un lado la posición de las sentencias de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Castellón de 23 de abril de 2002 y la 10 de noviembre de 2014, que mantienen que la aplicación del derecho **extranjero** es cuestión de orden público que es aplicable y revisable por los jueces y tribunales en cualquier instancia; por otro lado, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 11 de septiembre de 2002, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 22 de noviembre de 2002, que deciden aplicar el derecho español al no haberse acreditado el derecho **extranjero**.

En conclusión la recurrente mantiene que un pleito regido por un derecho **extranjero** nunca será resuelto con arreglo al derecho español, por ello deberá declararse que el régimen económico matrimonial de los cónyuges por haberse celebrado el matrimonio en Argentina y ser los dos nacionales argentinos es el que establece la Ley Argentina.

**TERCERO.** - El recurso de casación no puede prosperar por las siguientes razones:

1. Por no haber justificado el concepto de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales ( art. 483.2.3º, en relación con el art. 477.2.3 de la LEC 2000 ). La recurrente cita como opuestas a las sentencias con un criterio que se dice coincidente entre si, otras dos sentencias con un criterio jurídico dispar del anterior pero que no son de la misma sección y audiencia provincial, pues cita una sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga y otra de la Audiencia Provincial de Alicante.

2. Inexistencia de interés casacional porque la aplicación de la jurisprudencia invocada carece de consecuencias para la decisión del conflicto, atendida la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida ( art. 483.2.3º, en relación con el art. 477.2.3 de la LEC ), que declara que lo que plantea la apelante es una cuestión introducida "ex novo", pues no se pueden ejercitar pretensiones modificativas que supongan un complemento al objeto principal pues ello contradice el principio de preclusión y contradicción que genera indefensión para la contraparte, añade la sentencia además que la parte no aporta prueba de la condición de nacional Argentina.

3. Inexistencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales por existir jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre el problema jurídico planteado ( art. 483.2.3º, en relación con el art. 477.2.3º de la LEC ).

En relación con la cuestión jurídica planteada, la Sala en sentencia n.º 287/2015, de 20 de mayo de 2015, Rec.n.º 724/2013 sostiene: «permite el último inciso final del art. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que supone una flexibilización de las limitaciones, derivadas del principio de aportación de parte que rige en los litigios sobre derechos disponibles, que para el tribunal supondría que el Derecho **extranjero** fuera tratado, a todos los efectos, como un hecho. Por ejemplo, le permite admitir prueba sobre el Derecho **extranjero** propuesta en segunda instancia o incluso en el recurso de casación, como hemos afirmado en la sentencia num. 528/2014, de 14 de octubre .

Ahora bien, esta posibilidad no supone que el recurso pueda convertirse en un nuevo juicio, en el que se modifique el objeto del proceso. La prueba del Derecho **extranjero**, incluso en apelación y casación, es posible cuando ha sido alegado en el momento procesal oportuno, que de ordinario es la demanda o la contestación a la demanda, y cuando sirve para fundar las consecuencias jurídicas que la parte intenta anudar a hechos y pretensiones oportunamente introducidas en el proceso, posibilitando que el tribunal aplique con más seguridad el Derecho **extranjero** que fue oportunamente alegado. No es admisible que mediante la aportación de prueba sobre el Derecho **extranjero** en los recursos, se alteren los términos en que el debate ha sido fijado en la demanda, contestación y audiencia previa.

iv) El empleo de los medios de averiguación del Derecho **extranjero** es una facultad, pero no una obligación del tribunal. No puede alegarse como infringido el art. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque el tribunal no haya hecho averiguaciones sobre el Derecho **extranjero**.

v) La consecuencia de la falta de prueba del Derecho **extranjero** no es la desestimación de la demanda, o la desestimación de la pretensión de la parte que lo invoca, sino la aplicación del Derecho español. Así lo ha declarado reiteradamente esta Sala, en las sentencias citadas, y así lo ha declarado el Tribunal Constitucional



en su sentencia 155/2001, de 2 de julio , como exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva que establece el art. 24 de la Constitución .».

En definitiva, se configura el recurso al margen de la "ratio decidendi" de la sentencia recurrida que declara que lo pretende la apelante es una cuestión introducida "ex novo" y además la parte no aporta prueba alguna de su condición nacional Argentina ni prueba el derecho que refiere es de aplicación, premisas que elude la recurrente en la formulación de su recurso, lo que determina la inexistencia del interés casacional que invoca.

**CUARTO.-** Consecuentemente procede declarar inadmisibile el recurso de casación y firme la Sentencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 483.4 LEC , 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 de la LEC y presentado escrito de alegaciones por la parte recurrida procede imponer las costas a la parte recurrente.

#### **PARTE DISPOSITIVA**

En virtud de lo expuesto,

#### **LA SALA ACUERDA :**

1º) Inadmitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Felicísima contra la Sentencia dictada con fecha 5 de febrero de 2016 por la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1.<sup>a</sup>) en el rollo de apelación n.º 438/2015 , dimanante de los autos de juicio de divorcio n.º 904/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 del Vendrell.

2º) Declarar firme dicha Sentencia.

3º) Imponer las costas a la parte recurrente.

4º) Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, de lo que como Secretario, certifico.