



Roj: **ATS 8334/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:8334A**

Id Cendoj: **28079110012017202069**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/09/2017**

Nº de Recurso: **24/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **AUTO**

En la Villa de Madrid, a veinte de Septiembre de dos mil diecisiete.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La representación procesal de D. Carlos José presentó escrito de interposición de recurso de casación contra la sentencia dictada, con fecha 23 de noviembre de 2016, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18.ª) en el rollo de apelación n.º 95/2016 dimanante de los autos de juicio de divorcio n.º 866/2013, del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Rubí.

**SEGUNDO**.- Remitidos los autos por la Audiencia, previo emplazamiento de las partes, se ha personado la procuradora D.ª Yolanda Ortiz Alfonso, en nombre y representación de D. Carlos José en calidad de parte recurrente. No se ha personado el recurrido. Es parte el Ministerio Fiscal.

**TERCERO**.- El Ministerio Fiscal emitió informe interesando la declaración de falta de competencia funcional de esta sala para conocer del presente recurso de casación.

**CUARTO**.- Por providencia de fecha 19 de julio de 2017 se confirió traslado a la parte personada por el plazo de diez días para que manifestara lo que a su derecho conviniera respecto a la competencia para el conocimiento del recurso de casación interpuesto.

**QUINTO**.- La representación de la parte recurrente ha presentado escrito en el que mantiene que la competencia para resolver el recurso corresponde al Tribunal Supremo.

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

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO**.- Para resolver sobre la competencia funcional en relación con el presente recurso de casación deben tenerse en cuenta los siguientes extremos:

a) La sentencia objeto de recurso se dictó en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Catalunya, con derecho civil foral propio.

b) La sentencia de primera instancia, aplicando el derecho civil catalán, en concreto los artículos 233, 236 y 237 del Código Civil Catalán, estimó en parte la demanda.

c) La sentencia de fecha 23 de noviembre de 2016 de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18, desestimó el recurso de apelación interpuesto, confirmando la sentencia de primera instancia. Para alcanzar tal conclusión se apoya en el artículo 237-1 del Código Civil de Cataluña, referida a la obligación de pago de alimentos y la doctrina sobre la contribución mínima por parte del progenitor no custodio en el caso de carencia aparente de ingresos.



d) Contra dicha resolución se interpone recurso de casación ante esta sala por la parte demandante, que se articula en un solo motivo en el que se alega la infracción de los artículos 142, 143 y 152.3 del Código Civil y se argumenta que la sentencia no se centró en el problema que se había planteado en el recurso de apelación, que era la extinción automática de la obligación de la progenitora a contribuir en los alimentos del hijo común que reside con el recurrente.

**SEGUNDO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 478 de la LEC, como principio general, la competencia funcional la determinan las normas invocadas en el recurso de casación con independencia de las aplicadas o invocadas por las partes en las instancias.

No obstante debe tenerse en cuenta que las partes no son libres de invocar cualquier norma en el recurso de casación sino que el mismo ha de estar fundado en la infracción de las normas *aplicables* para resolver las cuestiones objeto del proceso porque así lo exige el artículo 477.1 de la LEC.

Cuando el procedimiento se ha seguido en un ámbito territorial donde el derecho civil aplicable al caso es el derecho foral o especial, siendo el Código Civil derecho supletorio, constituyen normas aplicables para resolver el proceso las normas forales sobre la correspondiente materia y que han sido dictadas en el uso de la competencia legislativa atribuida por el Estatuto de Autonomía. En consecuencia no puede invocarse la infracción de derecho supletorio para predeterminar la competencia del Tribunal Supremo pues ello supondría tanto como admitir la alteración de las normas sobre la competencia, en este caso funcional.

**TERCERO.-** A la vista de lo expuesto, no cabe sino declarar la falta de competencia funcional de esta sala para conocer del presente recurso de casación por las siguientes razones:

- a) La sentencia objeto de recurso se dictó en el ámbito de una Comunidad Autónoma con derecho foral propio.
- b) Tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación aplican para resolver el litigio la norma foral correspondiente a la materia, en este caso los artículos 233, 236 y 237 del Código Civil de Cataluña, preceptos que constituyen la base de las resoluciones dictadas en ambas instancias.
- c) La norma foral aplicada por la sentencia recurrida fue dictada en virtud de las competencias legislativas atribuidas por su Estatuto de Autonomía.

**CUARTO.-** Las consecuencias de apreciar la falta de competencia funcional vienen determinadas en el artículo 62.2 de la LEC, debiendo otorgarse a la parte recurrente en casación, a los efectos de preservar el derecho a la tutela judicial efectiva, el plazo previsto en dicho precepto para la correcta interposición de dicho recurso ante el Tribunal competente, acomodándolo a la infracción de normas forales que constituyen las *normas aplicables para resolver el proceso*, iniciándose el cómputo de dicho plazo con la notificación del presente auto y debiendo a tal fin dejarse constancia de la fecha de notificación de la presente resolución.

## PARTE DISPOSITIVA

En virtud de lo expuesto,

### LA SALA ACUERDA :

1º) Declarar que la competencia para conocer del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Carlos José, contra la sentencia dictada, con fecha 23 de noviembre de 2016, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18.ª) en el rollo de apelación n.º 95/2016 dimanante de los autos de juicio de divorcio n.º 866/2013, del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Rubí, corresponde a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, a la que se remitirán las actuaciones y el rollo de apelación, junto con testimonio del rollo de casación y del presente auto.

2º) Otorgar a la recurrente el plazo previsto en el artículo 62.2 LEC para la correcta interposición del recurso de casación ante el Tribunal competente, acomodando el recurso de casación a la infracción de normas forales que constituyen las normas aplicables para resolver el proceso, iniciándose el cómputo de dicho plazo con la notificación del presente auto y debiendo a tal fin dejarse constancia de la fecha de notificación de la presente resolución.

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