JURISPRUDENCIA*

* En esta sección de la Revista, al cuidado de los Profs. BAYOD, DELGADO y SERRANO, se pretende publicar, íntegras, las resoluciones, sobre Derecho civil aragonés, del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (sentencias y autos en recursos de casación, autos de la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en recursos gubernativos, etc.); en cambio, respecto a las resoluciones de las Audiencias Provinciales de Huesca, Teruel y Zaragoza (o de otras Audiencias) y de los Juzgados de Primera Instancia o Primera Instancia e Instrucción de Aragón, sobre Derecho civil aragonés, sólo se pretende publicar los fundamentos de Derecho.

Para lograr este objetivo contamos con la colaboración del Justicia de Aragón que nos facilita copia de las resoluciones que él recibe; como el objetivo de la Revista es publicar «todas» las resoluciones que, en mayor o menor medida, afecten al Derecho civil aragonés, la Redacción de la Revista ruega a los señores Magistrados, Jueces y Secretarios Judiciales de la Comunidad Autónoma de Aragón que faciliten puntualmente copia de estas resoluciones al Justicia de Aragón o, si lo prefieren, directamente a la Revista.

A) RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN (2005-2006)

1

NÚM. 1

A. TS de 6 de junio de 2006

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACION FORAL: Recurso extraordinario por infracción procesal: ***Esta Sala se ha pronunciado reiteradamente sobre la competencia del TSJ de Aragón para conocer de los recursos de casación fundados –exclusivamente o junto con otros motivos– en infracción de normas de Derecho civil aragonés con base en una argumentación jurídica que reproducimos y asumimos en este auto. Lo que ahora se plantea, además, es si igualmente tiene competencia el TSJ de Aragón para conocer el recurso extraordinario por infracción procesal, pues aun cuando la competencia para conocer de este recurso corresponda a la Sala de lo civil del TS, esta regla debe considerarse limitada a los casos en los que el recurso se ha interpuesto exclusivamente, pero no cuando se presenta junto con el de casación y la competencia para conocer de éste le viene atribuida al TSJ; en este caso debe también conocer del extraordinario por infracción procesal.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 152 CE, 73.1 LOPJ, 469, 478.1 y 484.2 y DF 16ª Lec., 29.1. EA de Aragón.***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Juan Antonio Xiol Ríos.***

AUTO

En la Villa de Madrid, a seis de Junio de dos mil seis.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. La representación procesal de don José Ignacio, don Luis María y don Juan Luis presentó escrito de interposición de recurso de casación y extraordinario por infracción procesal contra la Sentencia dictada, con fecha 16 de noviembre 2005, por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª), en el rollo de apelación n.º 590/2005, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 97/2003 del Juzgado de Primera Instancia de Daroca.

2. Habiéndose tenido por interpuestos los recursos, se acordó la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes por término de treinta días, para que pudieran personarse ante dicho Tribunal si les conviniere, apareciendo notificada dicha resolución a los Procuradores de los litigantes personados con fecha 18 de enero de 2006.

3. Formado el presente rollo, se entregaron las actuaciones al Ministerio

Fiscal, que las devolvió informando con fecha 31 de enero de 2006 que corresponde la competencia para conocer del recurso de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

4. El Procurador Sr. Estévez Fernández-Novoa, en nombre y representación de don José Ignacio, don Luis María y don Juan Luis, presentó escrito ante esta Sala el día 28 de febrero de 2006, personándose en concepto de parte recurrente. El Procurador Sr. Calleja García, en nombre y representación de don Cornelio, doña Mari Trini, don Gustavo y doña Esther, don Silvio, doña Lina, don José Pablo y doña Paloma, presentó escrito en fecha 28 de febrero de 2006, personándose en concepto de parte recurrida. La Procuradora Sra. del Pardo Moreno, luego sustituida por su compañera Sra. Manrique Gutiérrez, en nombre y representación de don Juan Carlos, presentó escrito el 2 de marzo de 2006, personándose en concepto de parte recurrida.

5. Mediante Providencia de 28 de marzo de 2006 se acordó oír a las partes recurrente y recurridas, por término de diez días, acerca de la competencia para conocer del recurso.

6. Mediante escritos presentados el día 18 de abril de 2006, la representación procesal de la parte recurrente sostiene que la competencia para conocer del recurso corresponde a esta Sala del Tribunal Supremo, en tanto que las partes recurridas se manifiestan conformes con la atribución de la competencia a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

HA SIDO PONENTE EL MAGISTRADO EXCMO. don Juan Antonio Xiol Ríos, a los solos efectos de este trámite.

II. Fundamentos de derecho

1. Se plantea ante esta Sala si la competencia para conocer del presente recurso de casación, fundado conjuntamente en infracción de normas de Derecho civil común y de Derecho civil foral aragonés, concretamente el artículo 159 de la Ley aragonesa 1/1999 de Sucesiones por causa de muerte, interpuesto contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, corresponde a esta Sala o, por el contrario, a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

2. Por Autos de 10 y 24 de febrero de 1998 (recursos núm. 1909/97 y 3534/96, respectivamente), 10 y 24 de marzo de 1998 (recursos núm. 960/97 y 3621/97, respectivamente), 12 de mayo de 1998 (recurso 964/97), 23 de junio de 1998 (recurso 3932/96), 8 de septiembre de 1998 (recurso núm. 2199/97), 2 de marzo y 21 de diciembre de 1999 (recursos núm. 115/98 y 2658/98, respectivamente), 22 de febrero de 2000 (recursos núm. 1281/99 y 4906/99), 24 de junio de 2003 (recurso núm. 718/2003), 24 de febrero de 2004 (recurso núm. 5350/2000) y 13 de julio de 2004 (recurso 454/2004), esta Sala se ha pronunciado ya reiteradamente sobre la competencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para conocer de los recursos de casación fundados –exclusivamente o junto a otros motivos en los que no se denunciara la vulneración de precepto constitucional– en infracción de normas de Derecho civil foral aragonés, con base en la siguiente fundamentación jurídica:

«2. En el estado de cosas anterior a la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón por la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, la cuestión no suscitaba dudas sobre la competencia, en tal caso, de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia, ya que el art. 29.1.*a)* de dicho Estatuto de Autonomía, desde su redacción originaria según la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, extendía las competencias de los órganos jurisdiccionales en Aragón, en el orden civil, «a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y de revisión, en las materias de Derecho civil foral arago-

nés», mientras que por su parte el art. 54.1.*a)* de la Ley de Demarcación y de Planta Judicial de 1988, y más tarde el art. 1730 LEC en su redacción según la Ley 10/92, resolvieron el problema de los recursos fundados conjuntamente en infracción de normas de Derecho común y foral atribuyendo la competencia a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia.

3. Sin embargo, el problema surge porque la indicada Ley Orgánica de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón ha eliminado de su texto el contenido del antiguo artículo 29, pasando a ocupar este número de articulado el contenido del antiguo artículo 28, de la misma forma que ha sucedido con los artículos 27, 26 y 25, que pasan a recoger los contenidos de los antiguos artículos 26, 25 y 24 según dispone el artículo 2 de dicha Ley Orgánica de reforma. La consecuencia de todo ello es que el texto actualmente vigente del Estatuto de Autonomía de Aragón no contiene una expresa atribución competencial, en materia de recurso de casación civil por infracción de normas de derecho foral, a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia, limitándose su artículo 29, reproducción del antiguo artículo 28, a establecer que «El Tribunal Superior de Justicia de Aragón es el órgano jurisdiccional en que culmina la organización judicial en su ámbito territorial y ante el que se agotarán las sucesivas instancias procesales en los términos del artículo 152 de la Constitución y de acuerdo con el presente Estatuto». Y comoquiera que el art. 73.1 LOPJ atribuye a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, como Salas de lo Civil, la competencia para conocer del recurso de casación «siempre que el recurso se funde en infracción de normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución», y a su vez el art. 1686 LEC atribuye a estas mismas Salas la competencia para «conocer de los recursos de casación en los supuestos de infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de las Comunidades Autónomas en cuyo Estatuto de Autonomía se haya previsto esta atribución», se suscitan serias dudas en torno a la competencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para seguir conociendo de los recursos de casación por infracción de normas de Derecho civil foral aragonés.

4. En una primera aproximación interpretativa, estrictamente literal, cabría afirmar que efectivamente la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón carece en la actualidad de dicha competencia. Ni el artículo 152.1, párrafo segundo, de la Constitución, que en principio contemplaba los Tribunales Superiores de Justicia sólo para las Comunidades Autónomas que se constituyeran por la vía del artículo 151 (SSTC 72/89 y 38/82), limitándose a declarar que culminarían la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, «sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo», ni el art. 35.1,4ª del Estatuto de Autonomía de Aragón, que atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés, pueden tomarse como atributivos de una competencia judicial que la propia Constitución, en su art. 122.1, reserva a la LOPJ (SSTC 56/90, 62/90 y 254/94, esta última declaratoria de la inconstitucionalidad del art. 733 LEC), pareciendo bastante claro que dicho art. 35.1,4ª se refiere a la competencia legislativa, en concordancia con el art. 149.1,8ª de la Constitución, y no a la judicial. Y tampoco parece convincente que la coma del art. 73.1,a) LOPJ antes transcrito («..., y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía...) pueda interpretarse como significativa de dos requisitos alternativos y no conjuntos, pues no encajaría en el sistema de la LOPJ ni de la propia Constitución, especialmente si se recuerda su configuración del Poder Judicial como

poder exclusivamente estatal (arts. 122, 123, 149.1,5.ª y 152 y SSTC 25/81, 38/82, 56/90 y 62/90), que un Estatuto de Autonomía atribuyera al Tribunal Superior de Justicia la competencia para conocer del recurso de casación civil en todo caso, es decir, al margen de la naturaleza común o foral de la norma supuestamente infringida e incluso aunque la Comunidad Autónoma de que se trate careciera de Derecho civil propio.

5. No obstante, la tarea interpretativa de las normas no puede detenerse en lo puramente literal o gramatical. Muy al contrario, el art. 3.1 del Código Civil añade a este elemento de interpretación el sintáctico-sistemático («contexto»), el histórico («antecedentes históricos y legislativos») y el sociológico («realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas»), imponiendo a su vez sobre todos ellos («fundamentalmente») el del espíritu y finalidad de la norma (elemento teleológico), sin que, a su vez, la falta de mención expresa del elemento lógico pueda tomarse, según opinión unánime de la doctrina, como equivalente a su exclusión.

La cuestión, por tanto, consiste en determinar si, combinando todos estos elementos de interpretación, debe igualmente llegarse a la conclusión de que la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón de 1996 ha privado al Tribunal Superior de Justicia de la competencia para conocer del recurso de casación por infracción de normas de derecho civil foral.

Para resolver tal cuestión debe tenerse en cuenta, ante todo, que Aragón ha sido uno de los territorios españoles con indiscutible Derecho civil propio. De Aragón fue el único Apéndice de los previstos en el art. 6 de la Ley de Bases de 1888 que llegó efectivamente a ser ley en 1925; de 1967 data la Compilación de Derecho Civil de Aragón que sustituyó al Apéndice; en Zaragoza se celebró, en 1946, el Congreso Nacional de Derecho Civil en el que se afirmó la realidad y legitimidad del Derecho foral; y Aragón no ha considerado su Derecho civil propio como algo estático, sino que después de la Constitución ha modificado su Compilación por Ley 3/1988, de 25 de abril, sobre equiparación de los hijos adoptivos, y por Ley 4/1995, de 29 de marzo, sobre sucesión intestada.

Igualmente ha de tenerse en cuenta, como ya se ha dicho, que el Estatuto de Autonomía de Aragón, en su redacción originaria de 1982, sí atribuía expresamente a los órganos jurisdiccionales de Aragón competencia para conocer del recurso de casación en materias de Derecho civil foral aragonés, así como que la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha venido ejerciendo pacíficamente esa competencia hasta la reforma del Estatuto de 1996.

Pues bien, todos estos datos, unidos a la consideración de que las reformas del Estatuto de Autonomía de 1994 y 1996 tuvieron como finalidad indiscutible la ampliación de competencias de la Comunidad Autónoma, y no su reducción («La reforma del actual Estatuto redescubre nuestra identidad histórica», dice la Exposición de Motivos de la L.O. 5/96, que igualmente habla de «trabajar por la recuperación de su constante histórica» o de que «Aragón encuentre la plenitud que se pretende como deseable ecuación de libertad para decidir y responsabilidad por lo decidido, dentro del concepto de España»), unidos a la subsistencia del conocimiento del Derecho propio de Aragón como mérito preferente para el cargo de Presidente y Magistrados de TSJ (arts. 30 y 31 EA) y unidos, en fin, a la ausencia de cualquier trabajo o material parlamentario que ni siquiera apuntara a una eliminación de aquella competencia, conducen a afirmar que la desaparición del contenido del antiguo art. 29.1,a) del Estatuto sólo puede tomarse como un defecto de técnica legislativa tan patente como, sin embargo, subsanable por vía interpretativa entendiendo que, en el caso concreto de Aragón como Comunidad con Derecho civil foral claramente caracterizado y cuyo Tribunal Superior

venía ejerciendo la referida competencia, el vacío creado por la técnicamente desacertada reforma de su Estatuto queda cubierto por la previsión de su actual artículo 29 de que ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón se agoten las sucesivas instancias procesales en los términos del artículo 152 de la Constitución, disposición que, siempre en el caso concreto de Aragón, permite entender cumplido el requisito establecido en los arts. 73.1,1 LOPJ *y* 1686 LEC por más que, evidentemente, el recurso de casación no sea una «instancia más».

3. Pues bien, siendo íntegramente aplicable el criterio anterior al recurso de casación aquí examinado, procede resolver en consonancia y, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 73.1 LOPJ y 478.1 y 484.1, declarar que la competencia para conocer del mismo corresponde a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que igualmente conocerá, de conformidad con lo dispuesto en la regla 1.ª, del apartado primero de la Disposición final decimosexta, del recurso extraordinario por infracción procesal, pues, obviamente, aunque la competencia para conocer de este medio de impugnación corresponde a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, esta regla de competencia funcional debe considerarse limitada a los casos en que se ha interpuesto exclusivamente el recurso procesal, sin embargo, cuando se presentó junto con el de casación y la competencia para conocer de éste viene atribuida a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, el recurso por infracción procesal simultáneamente instado ha de considerarse a esos efectos como de casación, que, en el régimen «transitorio» de la Disposición final 16ª, permite invocar los motivos del art. 469 de la LEC 2000, en los supuestos en que resulta competente el Tribunal Superior. Esta acomodación de un recurso ya interpuesto, a la denominación y trámites de otro, resulta obligada para permitir la efectividad del sistema provisional de recursos y con ella se evitan los inconvenientes derivados de la denominación literal dada por las partes a su medio de impugnación, pues paradójico sería declarar la competencia del Tribunal Superior únicamente cuando se prepara e interpone recurso de casación, invocando también a través del mismo uno o varios motivos del art. 469 LEC 2000, junto con la infracción de normas de Derecho civil propio de la Comunidad correspondiente; y, sin embargo, hacer prevalecer el primer inciso de la mencionada regla 1º de la Disposición final 16.ª LEC 2000 supondría la competencia del Tribunal Supremo para conocer de los dos recursos, cuando la parte prepara e interpone conjuntamente el recurso de casación, para denunciar la vulneración de normas de Derecho civil aragonés –como es el caso–, y el recurso extraordinario procesal, para referirse a infracciones propias de su ámbito e incardinables en el art. 469.1 LEC 2000.

El precedente criterio interpretativo también permitirá solventar otras lagunas y problemas planteados por el régimen transitorio, como el derivado de la interposición, por litigantes distintos, del recurso de casación, fundado en normas de Derecho foral, y del recurso extraordinario por infracción procesal, pues en tal caso no hay previsión en la Disposición final 16ª LEC 2000 que contemple la competencia funcional del Tribunal Superior de Justicia para conocer del recurso extraordinario de un litigante que no presentó el de casación, de modo que únicamente una adaptación «ex post», considerando los motivos de ese recurso procesal como «de casación», a efectos de subsumirlos en la regla 1.ª, inciso último, de dicha Disposición final, posibilitará atribuir la competencia al Tribunal Superior para conocer de un recurso de casación, que tenga encaje en lo establecido en el art. 478 LEC 2000, cuando concurre con otro diferente recurso por infracción procesal, interpuesto por distinto contendiente, contra la misma Sentencia de segunda instancia.

4. De conformidad con lo dispuesto en el art. 484.1 de la LEC 2000, procede acordar la remisión de las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, junto con testimonio del rollo de casación y del presente Auto, previo emplazamiento de las partes para que comparezcan ante la misma en el plazo de diez días.

LA SALA ACUERDA

Declarar que la COMPETENCIA para conocer del recurso de casación e infracción procesal interpuesto por la representación de don José Ignacio, don Luis María y don Juan Luis, contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5.ª, de 16 de noviembre de 2005, dictada en el rollo núm. 590/2005 dimanante de los autos núm. 97/2003 del Juzgado de Primera Instancia de Daroca, corresponde a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, a la que se remitirán las actuaciones, con testimonio del rollo de casación tramitado por esta Sala y de este Auto, previo emplazamiento de las partes para que comparezcan ante dicha Sala en el plazo de diez días.

2

NÚM. 2

S. TSJA de 9 de septiembre de 2005

6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO: Bienes privativos: ***Aplicando el principio de subrogación previsto en el artículo 38.4 Comp., se han de considerar privativos los bienes que vienen a sustituir a otros de igual naturaleza, y se adquieren con el importe percibido por la enajenación de otros privativos, que es lo que sucede en este caso. Pues bien, la participaciones adquiridas a nombre de ambos cónyuges serán comunes, pues así las adquirieron ambos cónyuges, sin perjuicio, en virtud del artículo antes referido, de que el 80% de valor de dichas participaciones deba ser reembolsado al marido, ya que se ha demostrado que fueron adquiridas con su dinero privativo (vendió un piso privativo para adquirir parte de dichas participaciones).***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 3, 38,4, 47.2 Comp.; arts. 5, 52 y 55 Lsuc., art. 1280 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Fernando Zubiri Salinas.***

En Zaragoza a nueve de noviembre de dos mil cinco.

En nombre de SM el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación núm. 10/2005, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, en fecha 7 de febrero de 2005, recaída en el rollo de apelación núm. 283/2004, dimanante de autos de Juicio Verbal núm. 566/2003, seguidos ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, doña …, y como recurrida doña …

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Procuradora de los Tribunales presentó ante la oficina de registro y reparto del Decanato demanda de división judicial de herencia, que correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Zaragoza, en nombre y representación de doña …, sobre la base de los hechos y fundamentos que en la misma expresa, suplicando al Juzgado se admita el escrito teniéndose por iniciado procedimiento en partición y adjudicación de bienes hereditarios por el fallecimiento de don … contra sus hijos doña … y don … a los que se dará traslado y previos los trámites legales oportunos citar a Junta a los herederos para designación de contador y peritos, dictándose

resolución por la que se adjudique a la actora los bienes de su esposo don …, solicitándose en otrosí la adopción de medidas cautelares.

Admitida a trámite la demanda, se acordó la citación de las partes para la formación del inventario, convocándose a los interesados a la vista prevista en el artículo 794.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil articulando la prueba que estimaron procedente con el resultado que obra en autos. En ellos se dictó sentencia en fecha 18 de noviembre de 2003, cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «Fallo.–Que debo pronunciarme y me pronuncio en el inventario de bienes del causante … sobre inclusión y exclusión de bienes como figura en el Fundamento Jurídico 3.º de esta Sentencia que damos por reproducido, sin imposición de costas, por lo que cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Esta sentencia deja a salvo los derechos de terceros».

Segundo. La Procuradora presentó recurso de apelación contra la sentencia anterior, del que se dio traslado al contrario, que se opuso al mismo e impugnó la sentencia, impugnación a la que se opuso, a su vez, la parte actora. Remitiéndose los autos a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma, y tras los trámites legales se dictó sentencia con fecha 7 de febrero de 2005, aclarada mediante auto de 10 de febrero de 2005, siendo la parte dispositiva de la sentencia del siguiente literal: «Fallamos: Que estimando en parte el recurso de apelación principal interpuesto por la parte actora, doña …, y acogiendo en su integridad el formulado por la demandada, doña …, revocamos parcialmente la sentencia de fecha 18 de noviembre de 2003 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de esta ciudad en el referido procedimiento sobre división judicial de herencia seguido con el núm. 566/03, en el sentido de incluir como bien común o consorcial del matrimonio de la actora y su difunto esposo, don …, las 87.726 participaciones de la sociedad «OB, S.L.», suscritas y desembolsadas por aquel en la ampliación de capital anteriormente referenciada, debiendo reembolsarse al patrimonio privativo de dicho causante, con cargo a dicha sociedad conyugal, el importe actualizado al tiempo de la liquidación de la herencia del Sr. … de lo por él satisfecho a costa de sus bienes privativos para la suscripción de tales participaciones sociales, y excluir de las partidas del inventario de la herencia de don …, aprobado por la sentencia apelada, la relativa a un crédito frente a la heredera, señora …, por importe de 11.146,76 euros, al resultar el mismo inexistente. No se hace expresa imposición de las costas de esta alzada a ninguna de las partes».

Tercero. La Procuradora de los Tribunales en nombre y representación de doña … presentó escrito anunciando recurso de casación contra la sentencia anterior, el que se tuvo por preparado en tiempo y forma, interponiendo el mentado recurso, que basa en los siguientes motivos:

I y II. Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por vulneración del artículo 47.2 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón de 24 de febrero de 1999 en relación con el artículo 1281 del Código Civil.

III. Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por vulneración del artículo 38.4 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón de 24 de febrero de 1999 en relación con el artículo 1281 del Código Civil.

Emplazadas las partes, se remitieron las actuaciones a esta Sala.

Cuarto. Comparecidas las partes en esta Sala y recibidas las actuaciones, se dictó auto en fecha 30 de junio de 2005 por el que se admitió a trámite el recur-

so, confiriendo traslado a la parte recurrida por el plazo de veinte días para impugnación si viere convenirle, lo que hizo dentro de plazo, señalándose para votación y fallo el día 19 de octubre de 2005, en que se llevó a efecto.

Es Ponente el Excmo. Sr. Presidente don Fernando Zubiri de Salinas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Interpuesto recurso de casación por la representación de la parte actora, y admitido que fue por auto de esta Sala de 30 de junio del presente año, en el trámite conferido para su impugnación la parte recurrida ha solicitado la inadmisión del recurso, por entender que no existe, ni se ha invocado correctamente, interés casacional como requisito imprescindible para su admisibilidad. Dicha invocación, realizada en el trámite dispuesto en el artículo 485, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de decaer, ya que en el caso de autos el recurso de casación fue admitido por razón de la cuantía, a tenor del artículo 477.2, 2.º de la Ley procesal, al ser aquélla superior a ciento cincuenta mil euros, y no resultar rechazable a limine en los términos contenidos en el artículo 483.2 de la citada Ley.

Segundo. Para la adecuada resolución del recurso es útil recordar los siguientes hechos relevantes, en cuanto han sido declarados como acreditados en las instancias:

Don … y doña … contrajeron matrimonio, de cuya unión nacieron los hijos don … y doña ….

Tras el divorcio de los cónyuges, don … contrajo nuevas nupcias con doña …, el día 8 de mayo de 1991. De este matrimonio no hubo descendencia.

El matrimonio citado se regía por el régimen legal aragonés.

Don … otorgó testamento notarial, en fecha 19 de febrero de 2001, del que son relevantes para la resolución del proceso las cláusulas segunda, tercera y cuarta, a cuyo tenor: «Segunda.–Lega a su esposa doña …, el usufructo universal de viudedad aragonés, con las limitaciones del artículo 73 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón y con expresa relevación de formalizar inventario y prestar fianza, en cuyo usufructo deberá incluirse en primer lugar el de la totalidad de la vivienda de su propiedad sita en Garrapinillos (Zaragoza), sin número. Tercera.–A los efectos de salvaguardar la preterición y la intangibilidad de la legítima, menciona a su hijo don…, según lo establecido en el artículo 189 de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte del Derecho civil de Aragón, y le deja la cantidad de mil pesetas. Cuarta.–En el remanente de todos sus demás bienes, derechos y acciones instituye herederos, a su esposa doña…, entendiéndose que lo adjudicado a la misma no exceda de la mitad de los bienes del testador y en cuya mitad deberá incluirse la totalidad de los bienes muebles, enseres, electrodomésticos, ropas, en suma, todo lo que se halle de puertas adentro en la vivienda antes mencionada, que constituye la residencia habitual de su matrimonio, haciendo constar el otorgante que dichos bienes fueron adquiridos durante la sociedad conyugal; y en la restante mitad indivisa instituye heredera a su hija …, a la que sustituye por sus descendientes».

Don … era, en unión de su segunda esposa, titular de 1503 participaciones de la Sociedad Mercantil «OB, S.L.», suscritas al constituirse la sociedad en fecha 25 de enero de 2002.

En Junta General Extraordinaria y Universal de Socios de la mercantil OB, Sociedad Limitada, celebrada el día 16 de abril de 2002, se acordó la ampliación de capital de dicha sociedad. El Sr. … ejercitó tal derecho, suscribiendo al efecto 87.726 participaciones sociales, para

cuyo pago aportó su participación en un negocio denominado «PBS y GLP, Sociedad Civil» cuyo cincuenta por ciento le pertenecía como bien privativo, al haberle sido adjudicado en la liquidación de la sociedad conyugal de su matrimonio anterior.

Por otra parte, el Sr. … vendió un local de su propiedad privativa, mediante escritura pública otorgada el 7 de mayo de 1999, por cuya venta obtuvo un precio de doce millones de pesetas (72.121,45 euros).

Dicha cantidad fue aportada para la adquisición de 1.502,170739 participaciones en el Fondo España Internacional III, FIM, suscripción que se llevó a cabo en fecha 1 de junio de 1999 por importe de 15.000.001 pesetas (90.151,82 euros), suscribiéndose tales participaciones a nombre de los cónyuges don… y doña ….

El valor liquidativo de dichas participaciones a fecha 17 de mayo de 2002 era de 87.722,55 euros.

Don … falleció el día 17 de mayo de 2002.

Tercero. La sentencia de la Audiencia Provincial ha estimado el recurso que la demandada doña… interpuso contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, y ha estimado en parte la apelación de la actora. En la sentencia de la Sala se declara incluido como bien consorcial del matrimonio de don… y doña… las 76.726 participaciones de la Sociedad «OB, S.L.», suscritas y desembolsadas por aquél en la ampliación de capital referenciada, debiendo reembolsarse al patrimonio privativo de dicho causante, con cargo a la sociedad conyugal, el importe actualizado al tiempo de la liquidación de la herencia del Sr. … de lo por él satisfecho a costa de sus bienes privativos para la suscripción de tales participaciones sociales.

Frente a este pronunciamiento se alza la demandante y recurrente en casación esgrimiendo, en su primer motivo de recurso, la vulneración del artículo 47.2 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, en relación con el artículo 1281 del Código Civil. En el desarrollo del motivo expresa que dicha parte admite plenamente que las 87.726 participaciones sociales suscritas por el Sr. … tienen carácter consorcial, pero no acepta la obligación de rembolsar al haber hereditario del Sr. … el importe actualizado de lo satisfecho para el pago de las participaciones sociales, con cargo al patrimonio consorcial, estimando que se produce en la sentencia una vulneración del artículo 47.2 de la Compilación Aragonesa que establece que «sólo puede exigirse antes de la liquidación de la comunidad cuando así se hubiere pactado o mediando justa causa».

El motivo de recurso ha de ser desestimado. En primer lugar, y en cuanto concierne a la infracción del artículo 1281 del Código Civil, que regula la interpretación de los contratos, es de recordar que dicha interpretación es facultad del Tribunal de Instancia, no siendo revisable en casación, salvo en los supuestos en que se estime que el Tribunal Provincial ha incurrido en error patente o ha realizado una valoración contraria a las reglas de la lógica, que no es el caso. Como se expresa en la sentencia de esta Sala de 23 de marzo de 2003, con cita de jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, debe recordarse que «el ámbito del recurso de casación es limitado, ya que no se trata de una tercera instancia, sino de un remedio procesal encaminado a determinar si, dados unos hechos (los fijados por el Tribunal de Instancia) que son en principio inalterables, resulta o no adecuada la solución jurídica dada por el órgano judicial; por consiguiente, no cabe volver a suscitar la apreciación de la prueba efectuada en la instancia, y si bien es cierto que la valoración probatoria puede excepcionalmente acceder a la casación, ello precisa de un soporte adecuado, ya en la doctrina cons-

titucional sobre el error patente o la arbitrariedad, ya en un error de derecho en la apreciación de la prueba, requiriéndose la cita de la concreta norma valorativa de prueba supuestamente infringida (véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1999 [RJ 1999, 9623] y 26 de abril del año 2000 [RJ 2000, 2675] , entre otras)».

Y en cuanto a la invocada infracción del artículo 47.2 de la Compilación Aragonesa, debemos afirmar que no se ha producido en la sentencia, porque no es de aplicación al caso. No se trata aquí de un reintegro entre patrimonios anticipado, en alguno de los supuestos que prevé dicha norma, sino que nos hallamos ante la propia liquidación del consorcio, que se extinguió por fallecimiento del marido, conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Ley de Sucesiones, 1/1999, en relación con los artículos 52 y 55 y siguientes de la Compilación.

Por tales razones, el motivo decae.

Cuarto. Los motivos segundo y tercero pueden ser objeto de examen conjunto, ya que ambos se refieren a la consideración, como bien privativo del causante, del 80% del valor de 1.502,170739 participaciones del Fondo España Internacional III FIM, por valor liquidativo a 17 de mayo de 2002 de 87.722,55 euros. En el motivo segundo se denuncia la vulneración del artículo 47.2 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, en relación con el artículo 1281 del Código Civil, mientras que el motivo tercero considera vulnerado el artículo 38.4 de la Compilación, en relación con el precepto citado del Código Civil. Estima al efecto el recurrente que existió voluntad expresa de ambos cónyuges de considerar consorcial o ganancial la suscripción, existiendo un pacto válido y un acto de voluntad y disposición por parte de don…, por lo que no se puede considerar como no conyugal el fondo de inversión, sin vulnerar el principio de la autonomía de la voluntad proclamado por el artículo 1281 del Código Civil y el propio artículo 47.2 de la Compilación, puesto que es un pacto con justa causa la suscripción del fondo de inversión a nombre conyugal.

Tales motivos de recurso tampoco han de gozar de acogida favorable. El principio de autonomía de la voluntad, recogido de modo general en el derecho español en el artículo 1255 del Código Civil en cuanto a la contratación y, en el Derecho aragonés, en el artículo 3.º de la Compilación como principio general de nuestro Ordenamiento, bajo la rúbrica *standum est chartae*, no ha resultado infringido por la sentencia de que se discrepa.

Únicamente acaece que en la declaración fáctica de dicha sentencia, recogida en cuanto a este extremo en su fundamento de derecho cuarto, se expresa que «queda cumplidamente acreditado por los documentos bancarios obrantes en autos (folios 226 a 229) que para pago del importe de la suscripción, a nombre de los cónyuges don… y doña…, de dichas participaciones en el referido fondo de inversión efectuada en fecha 1 de junio de 1999, importe que ascendió a la suma de 15.000.001 pesetas (90.151,82 euros), se aportó por el Sr. … dinero privativo del mismo en la cantidad de 12.000.000 de pesetas (72.121,45 euros)». Realmente la parte recurrente echa en falta la declaración en la sentencia de que discrepa, como hecho probado, de que el Sr. … transmitiese a su mujer la mitad de la cantidad percibida como precio del inmueble enajenado, a título de donación o por otra justa causa, y a partir de esa titularidad se constituyese a nombre de los dos la suscripción de las participaciones en el fondo de inversión mobiliaria citado. Pero la declaración de los hechos como comprobados, a través de la valoración de la prueba practicada en autos, es, según se ha dicho, facultad del tribunal de instancia, no revisable en casación salvo en los estrechos márgenes a que hemos hecho referencia anteriormente.

Es aplicable al caso la doctrina consolidada del Tribunal Supremo acerca de la titularidad indistinta de cuentas bancarias. Como se afirma en la Sentencia de 7 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 8497), con cita de muchas otras, «lo único que significa *prima facie*, es que cualquiera de los titulares tendrá frente al Banco depositario, facultades dispositivas del saldo que arroje la cuenta, pero no determina por sí sólo la existencia de un condominio que vendrá determinado únicamente por las relaciones internas y, más concretamente, por la propiedad originaria de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta». En el caso de autos, la Audiencia Provincial ha valorado la prueba, concluye que el importe del 80% de la aportación era privativo, y rechaza implícitamente que el marido transmitiese la mitad a su mujer.

No se ha hecho en la sentencia recurrida aplicación del artículo 47.2 de la Compilación, por las razones ya expresadas, sino que la declaración del 80% del valor actualizado de la suscripción como bien privativo del marido se fundamenta en el artículo 38.4 de la Compilación, que aplicando el principio de subrogación da la consideración de privativos a los bienes que vienen a sustituir a otros de igual naturaleza, o se adquieren con el importe percibido por la enajenación de otros bienes privativos, que es lo sucedido en el caso presente.

Por las razones expresadas, los motivos segundo y tercero del recurso son también desestimados.

Quinto. La desestimación de todos los motivos de casación comporta la del recurso, lo que acarrea en este caso la expresa imposición de costas a la parte recurrente, de conformidad a lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña … contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, de fecha 7 de febrero de 2005, que confirmamos en todos sus pronunciamientos, imponiendo a la parte recurrente el pago de las costas causadas en el presente recurso de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

3

NÚM. 3

S. TSJA de 23 de febrero de 2005

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: Interés casacional: ***Es cierto que en los supuestos de invocación de la existencia de interés casacional, conforme con el artículo 477.2 Lec., la parte recurrente ha de invocar y acreditar la existencia de sentencias de contraste, firmes en el momento de publicarse la impugnada, siempre que se pretenda la admisibilidad del recurso por entender que la sentencia que es objeto del mismo contraviene doctrina jurisprudencial, lo que no es el caso. En el presente asunto, la parte recurrente esgrime la inexistencia de jurisprudencia de esta Sala en funciones de casación, acerca del sentido y alcance del precepto cuya vulneración invoca. Por otro lado, es también necesario que la parte recurrente identifique cuál es el núcleo básico de contradicción; en este caso, también se cumple ya que el debate procesal se centra en determinar cuál es el método de cerramiento de los huecos en los supuestos a los que se refiere el artículo 144 Comp.*** **51: FUENTES: CÓDIGO CIVIL: Remisión estática:** ***También ha de afir-***

marse que el artículo 582 Cc es de aplicación, en el caso de relaciones de vecindad, sólo por la remisión que al mismo hace el precepto de la Compilación, es decir, en cuanto a la determinación de las distancias que requieren la protección expresada en el precepto aragonés*. 83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Reja y red:** ***Los huecos que pueden abrirse en la pared según refiere el artículo 144 Comp. deben estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente. La norma se configura en forma abierta, de modo que hace posible su adaptación a las novedades constructivas que vayan apareciendo, siempre que se obtenga el fin tuitivo para los intereses del titular del fundo vecino, evitando la intromisión en su intimidad, impidiendo el hecho de asomarse al hueco o ventana y que desde éstos puedan arrojarse objetos al fundo vecino.

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 144 Comp.; art. 582 Cc; art. 477 Lec.***

PONENTE*: Ilmo. Sr. don Fernando Zubiri Salinas.*

En Zaragoza a catorce de noviembre de dos mil cinco.

En nombre de SM el Rey.

Visto por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón el presente recurso de casación núm. 11/2005, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, en fecha 4 de marzo de 2005, recaída en el rollo de apelación núm. 253/2004 dimanante de autos núm. 71/2003, seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Jaca (Huesca), por retracto de abolorio, en el que son partes, como recurrente don…, representado por el Procurador de los Tribunales don… y dirigido por el Letrado don…, y como recurrida …, representada por el Procurador de los Tribunales don… y dirigida por el Letrado don….

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Procuradora de los Tribunales Sra. …, en nombre y representación de don…, presentó ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Jaca, demanda de retracto de abolorio, en base a los hechos y fundamentos que en la misma expresó, solicitando al Juzgado se tuviese por interpuesta, admitirla a trámite y dictar sentencia que acordara haber lugar al retracto expresado, condenando a la demandada a otorgar escritura pública de las fincas de que se trata, libres de cargas, a favor de los solicitantes contra la entrega de 85.729 euros, o la cifra final que el Juzgado fije como más ajustada a Derecho, más los gastos legítimos que se justifiquen, con el apercibimiento de que, si no se realiza, la escritura se otorgará de oficio. Admitida a trámite se acordó emplazar a la parte contraria, contestada la demanda en tiempo y forma, se opuso a la misma en base a los hechos y fundamentos expresados y suplicando al juzgado la tuviera por contestada y dictara sentencia desestimándola íntegramente.

Tras los trámites legales, incluida la vista que se celebró con el resultado que obra en las actuaciones, el Juzgado dictó sentencia con fecha 22 de abril de 2004, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Fallo: Desestimo la demanda interpuesta por la Procuradora doña…, en nombre y representación de don…, contra la sociedad mercantil …, absolviéndole de los pedimentos contenidos en la demanda, y condeno al demandante al pago de las costas procesales».

Segundo. Contra la sentencia anterior la representación legal de don… interpuso recurso de apelación al que se opuso la parte contraria, impugnando además la mencionada sentencia «ad cautelam», al no haber sido objeto de pronunciamiento cuestiones sometidas a

debate, oponiéndose a su vez la parte recurrente a esta impugnación; pasadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Huesca, y comparecidas las partes, dictó sentencia en fecha 4 de marzo de 2005 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: .

Tercero. El Procurador de los Tribunales Sr. …, en nombre y representación de don…, interpuso recurso de casación contra la anterior resolución en base a los siguientes motivos:

I. Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 149.2.º de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, por lo que se refiere al ejercicio de la facultad moderadora de los tribunales concurriendo todas las condiciones legalmente exigidas para la procedencia del retracto de abolorio.

II. En cuanto a la imposición de las costas procesales, por infracción de la doctrina jurisprudencial establecida, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 4 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 10719) o de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 6 de junio de 1989, en el sentido de entender que al producirse la desestimación de la demanda en virtud de la facultad moderadora de los tribunales, no procede la imposición de las costas procesales.

Emplazadas las partes se remitieron las actuaciones a esta Sala, y recibidas, se formó el oportuno rollo, se nombró Ponente y comparecidas las partes se dictó auto que admitió a trámite el recurso, confiriendo traslado a la parte recurrida por 20 días para impugnación, lo que hizo dentro de plazo, señalándose para votación y fallo el día 2 del corriente, fecha en que se llevó a efecto.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Manuel Serrano Bonafonte.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El actor Sr. … dedujo demanda de retracto de abolorio contra la entidad mercantil …, sobre determinadas fincas sitas en término municipal de Sabiñánigo que esta compañía adquirió el 12 de diciembre de 2002 mediante compra a don …. Justificaba su legitimación en el hecho de que este señor —hermano de su padre— había adquirido las fincas objeto de litigio por herencia de su padre don …, quien a su vez las había recibido de su padre don…. Por tanto el hoy recurrente es bisnieto de don… y sobrino del vendedor.

Afirmó en su demanda que concurrían las circunstancias que posibilitaban el ejercicio de la acción entablada, consignó el precio correspondiente a la venta efectuada, manifestó su intención de mantener la integridad patrimonial y, tras aclarar que ejercitaba el retracto sobre una parte de las fincas vendidas y no sobre su totalidad y dejar constancia de que era trabajador por cuenta ajena (empleado de una gasolinera), solicitó del Juzgado….

En la contestación a la demanda … puso de relieve que estas fincas y otras varias más, hasta un millón y medio de metros cuadrados, estaban incluidas en una reparcelación voluntaria de propietario único, según informe que acompañó que ponía de manifiesto que no eran susceptibles de aprovechamiento agrícola por ser eriales, entendiendo que el retracto tenía una finalidad ajena a la filosofía del abolorio.

El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Jaca dictó sentencia en la que consideró, fundamentalmente, que no había quedado suficientemente acreditado que don … (recuérdese, abuelo del actor) hubiese adquirido las fincas de don …, por lo que desestimó la demanda, con imposición de costas al actor.

Apelada la sentencia la Audiencia Provincial de Huesca consideró acredita-

do que las fincas sobre las que se pretendía el retracto provenían de don …, abuelo del disponente, dando por acreditado el requisito de la procedencia de los bienes durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a las del disponente, conforme al artículo 149.1 de la Compilación.

Sin embargo, tras realizar algunas consideraciones sobre la finalidad del retracto y referirse a la facultad moderadora de los tribunales para evitar abusos, dijo: «En el presente caso hemos de tener en cuenta que las fincas rústicas enajenadas, más otras muchas más adquiridas a terceros, forman parte de un proyecto urbanístico aprobado sobre el sector L de Sabiñánigo y parcialmente ejecutado, de forma que ningún sentido tiene, salvo el meramente especulativo, que sean adquiridas por el actor, cuya profesión, además, nada tiene que ver ni con la actividad agrícola ni con la urbanística o constructiva. Atendiendo a tales circunstancias, vemos que la intención que animaba al actor cuando formuló el retracto no obedecía al fin sentimental que informa el retracto de abolorio y que, por tanto, persigue una finalidad espuria y especulativa, sin conexión alguna con las elevadas y desinteresadas miras que deben integrar el retracto de abolorio rectamente entendido. Por ello, estamos ante un supuesto en que debe entrar en juego la facultad correctora que se atribuye a los tribunales por el repetido artículo 149.2, lo que debe dar lugar al rechazo del retracto». Lo que le llevó a desestimar el recurso de apelación, con imposición de las costas al apelante.

Segundo. Frente a dicha resolución el Sr. … interpone el recurso de casación que ahora se resuelve que fundamenta en dos motivos. El primero, al amparo del art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del art. 149.2 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, por lo que se refiere al ejercicio de la facultad moderadora de los Tribunales, concurriendo todas las condiciones legalmente exigidas para la procedencia del retracto de abolorio. El segundo, por infracción de la doctrina jurisprudencial establecida, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 4 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 10719) o de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 6 de junio de 1989, al entender que al producirse la desestimación de la demanda en virtud de la facultad moderadora de los Tribunales, no procede la imposición de las costas procesales.

Tercero. El primer motivo, centrado únicamente en la procedencia o improcedencia de la aplicación de la facultad moderadora combate la finalidad a que se refiere la sentencia de instancia, según manifiesta el impugnante.

Razona que la facultad moderadora debe aplicarse y concluye que de aplicarse así la facultad moderadora se denegarían la gran mayoría de los retractos, debido a la intensa actividad constructora, incluso en las zonas rurales. Cita la sentencia de esta Sala de 26 de abril de 2002 (RJ 2002, 7815), refiere que la función del retracto de abolorio es la de mantener en manos de los miembros de la casa los bienes troncales «evitando así que personas ajenas a la familia puedan enriquecerse con ellos», y sostiene que las resoluciones judiciales han utilizado la facultad moderadora para «incluir» entre los requisitos de prosperabilidad del retracto de abolorio.

Solicita, en definitiva, en este punto la estimación de la demanda.

Hay que recordar, como dijimos entre otras, en nuestra sentencia de de 21 de junio de 2005 (RJ 2005, 4952), que la naturaleza extraordinaria del recurso de casación obliga al recurrente a tener en cuenta que no es una tercera instancia, y por tanto el planteamiento ante el Tribunal de casación no debe hacerse como si de nueva apelación se tratara, porque la función de la casación sólo alcanza al juicio jurídico sobre el enjui-

ciamiento y no a un nuevo examen de la cuestión litigiosa.

Desde esta perspectiva es de tener en cuenta que el recurrente, en este motivo, efectúa un nuevo planteamiento de lo que fue objeto de debate, pero sin combatir en forma debida lo que el Tribunal de apelación estimó probado en este punto: que las fincas cuyo retracto se intenta forman parte de un proyecto urbanístico parcialmente ejecutado, por lo que consideró que no tenía otro sentido, sino el especulativo, la adquisición por el actor, cuya profesión (empleado de gasolinera) nada tiene que ver con la construcción ni con la agricultura, negando que actuara movido por un fin sentimental, sino que perseguía una finalidad espuria. En consecuencia con todo ello hizo uso de su facultad moderadora, denegando el derecho.

Por tanto esta Sala ha de partir de este hecho incombatido para determinar la corrección o incorrección de la resolución que se impugna.

Sabido es que el derecho de abolorio es un derecho familiar de adquisición preferente que pueden ejercitar, bajo determinadas condiciones, parientes colaterales hasta el cuarto grado de quien ha enajenado inmuebles que hayan permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente; así se desprende del artículo 149.1 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

Se trata pues de un derecho basado en el interés familiar y, al tratarse de un derecho limitativo de la libre circulación de la propiedad inmobiliaria, coinciden la mayoría de tratadistas y Tribunales en que su interpretación práctica debe hacerse de forma restrictiva. Si no concurren los requisitos legales para el ejercicio de este derecho, debe desestimarse la pretensión. Sin embargo, a partir de esta ineludible premisa, los Tribunales están capacitados para moderar —por la vía del núm. 2 del art. 149 de la Compilación— el ejercicio del derecho, actuando en equidad, cuando atendidas las concretas circunstancias de cada caso, pueda aparecer pertinente la negativa del derecho, sea porque de su reconocimiento pueda derivarse perjuicio para el retrayente o para el adquirente.

Añádase a todo ello que, en este caso, el ejercicio de la acción se contrae únicamente a seis fincas, siendo varias más las procedentes del mismo tronco familiar, con lo que nos encontramos frente a un retracto parcial, y por lo tanto muy lejos del interés del retrayente de conservar la integridad del patrimonio familiar, por lo que la Sala comparte el criterio de la Audiencia Provincial, acreditado como está que concurren aquellas circunstancias que aconsejan el mantenimiento de la moderación equitativa del ejercicio del derecho.

Primando pues el interés especulativo y espurio que la Audiencia consideró probado, solo cabe la desestimación del motivo.

Cuarto. El segundo motivo de recurso denuncia infracción de doctrina jurisprudencial, con cita de la sentencia de esta Sala de 4 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 10719) y de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 6 de junio de 1989, y defiende la improcedencia de la imposición de costas.

Aclaremos en primer lugar que las sentencias de las Audiencia Provinciales, muy respetables y de interesantes enseñanzas, no son soporte suficiente para vehicular ante un Tribunal Superior una infracción de doctrina jurisprudencial.

El presente motivo merece ser acogido.

Es de tener en cuenta que en el ejercicio de la acción concurren los requisitos objetivos a que se refiere el artículo 149.1 de la Compilación: el actor es pariente colateral hasta el cuarto grado del vendedor, las fincas han permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la

del disponente y se venden a una compañía mercantil extraña.

Ocurre sin embargo que el proceso ha evidenciado que además de esas circunstancias objetivas, inciden otras de tipo subjetivo que la Audiencia valora correctamente y le mueven a desestimar la pretensión del actor haciendo uso de la facultad moderadora, es decir, evitando el exceso; pero no parece oportuno que además de desestimar la demanda moderando la pretensión, sea el actor merecedor de una condena en costas, que la Sala considera excesiva, dadas las circunstancias.

De otra parte, si bien el recurso de apelación resultó desestimado, fueron admitidos dos extremos propuestos por el apelante relativos a la no concurrencia de la excepción de caducidad y al documento privado que acreditaba que las fincas provenían de don …, cuya eficacia había sido negada por el Juzgado y estimada en la apelación, por lo que no procedía la condena en costas al no haber sido rechazadas todas sus pretensiones.

FALLO

Debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de casación núm. 11/2005, de 4 de marzo de 2005 (cfr. p. 408) interpuesto por el Procurador de los Tribunales don…, en nombre y representación de don… contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca con fecha 4 de marzo de 2005 en juicio ordinario 7 de 2003 del Juzgado de 1.ª Instancia 1 de Jaca, seguido contra … en el particular relativo a la condena en costas, que casamos y anulamos, confirmando en lo demás la sentencia recurrida, sin condena en costas en ninguna de las instancias ni en este recurso.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamientos, mandamos y firmamos.

4

NÚM. 4

S. TSJA 2 de diciembre de 2005

682: DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD: RENUNCIA: Requisitos: ***Alega la recurrente que la renuncia a su derecho expectante hecha por un apoderado suyo no cumple los requisitos previstos en la ley de ser expreso, personal y hecho en documento público. El Tribunal rechaza el recurso puesto que la recurrente otorgó poder en favor de su cuñada para que entre otras cosas pudiera vender ciertas fincas, autorizándola también a renunciar a su derecho vidual en cada una de las fincas que se vendieran tanto en nombre de la poderdante como en nombre del marido de ésta (que también dio poderes a la misma persona); por ello es evidente que se cumplen los requisitos de los art. 74 y 76 de la Comp.*** **0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL:** ***No procede estimar ninguno de los cuatro recursos por infracción procesal interpuestos por la recurrente por cuanto no hay incongruencia cumpliéndose todos los requisitos del art. 218 Lec., ni infracción del art. 24 CE.*** **0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: CASACION FORAL: Interés casacional: (voto particular):** ***Señala en primer lugar que no debe admitirse el recurso extraordinario por infracción procesal si primero no se ha admitido el recurso de casación. Además, señala el magistrado disidente que no cabe dotar de interés casacional a las resoluciones impugnadas sobre la base de cuestionar la valoración de la prueba realizada en la instancia, haciendo supuesto de la cuestión, pues ello nos sitúa ante un interés casacional artificioso. En razón de ello, no debió admitirse este recurso, puesto que no se discuten las normas forales y su aplicación, sino la extensión del poder que da lugar a la posibilidad o no de renuncia al expectante, lo que no es más que una cuestión de prueba que convierte a este recurso***

en una tercera instancia en contra de su finalidad legal.

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 74 y 76 Comp.; 218, 477.2.3 y 469 Lec.; 24 CE.***

PONENTES: ***Excmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch; Excmo. Sr. don Luis Fernández Álvarez (voto particular).***

En Zaragoza a dos de diciembre de dos mil cinco.

En nombre de S. M. el Rey.

Visto por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón el presente recurso de casación núm. 8/2005, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en fecha 30 de septiembre de 2004, recaída en el rollo de apelación núm. 154/2004, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 292/2003, seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia núm. 18 de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, doña …, doña … y doña …, representadas por la Procuradora de los Tribunales doña … y dirigidas por el Letrado don… y como recurridos don ……, doña … y doña …, doña … y don… representados por el Procurador don… y asistidos por el letrado don …; …, representada por la Procuradora doña… y asistida por el letrado don….

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Procuradora de los Tribunales Sra.… presentó ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Zaragoza, demanda de procedimiento ordinario sobre cumplimiento de contrato en nombre y representación de la compañía mercantil …, en base a los hechos y fundamentos que en la misma expresa, suplicando al Juzgado se admita el escrito y se dicte sentencia condenando a los demandados a otorgar la escritura pública de compraventa a favor de la compañía, solicitando como medida cautelar la anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad. Admitida la demanda, se dio traslado de la misma a las partes emplazándolas para contestación en el plazo de veinte días, comparecidas en tiempo y forma, contestaron la demanda oponiéndose a la misma con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimaron pertinentes y terminaron con el súplico de que se dictase sentencia por la que se desestimase íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas a la actora y formulando reconvención a la que se opuso la parte contraria. Convocadas las partes a una audiencia previa para intentar un acuerdo o transacción, no fue conseguido por lo que se acordó la continuación de la audiencia para la proposición y admisión de la prueba, señalándose día para la celebración del juicio, en el que se practicaron las pruebas propuestas y admitidas, cuyo resultado obra en el soporte de vídeo correspondiente, quedando los autos en poder de S.Sª para dictar la resolución que procediera. En fecha 26 de diciembre del año 2003, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «Fallo.—Que estimando la demanda presentada por la procuradora de los tribunales doña…, en nombre y representación de …, debo condenar y condeno a doña …, doña …, doña …, don …, doña …, doña …, don … y doña … a otorgar la escritura pública de compraventa a favor de la … de los derechos de reversión que les corresponden sobre la tercera parte indivisa de la finca registral NUM000, inscrita al Tomo NUM001, Libro NUM002 de la Sección NUM004, Folio NUM003 que se describe como finca rústica, hoy urbana, sita en Zaragoza, Partida de DIRECCION000, destinada a erial, pastos y cereal riego, de una superficie de 77 áreas, 63 centiáreas y 70 decímetros cuadrados (6.763,70 m²), lindante: al norte, riego Escolapios; sur, herederos de doña …; este, …, y oeste, …, percibiendo los transmitentes en ese mismo acto el precio al efecto convenido de 4.666.666 pesetas (28.047,23 euros), en proporción a sus respectivas cuotas de

participación en dicha tercera parte indivisa, más la cantidad de 10.967.729 pesetas (65.917,38 euros) que corresponde a dicha tercera parte en proindiviso como justiprecio fijado por la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en sentencia de fecha 27 de marzo de 2001, cuya cantidad por dicho justiprecio se deberá pagar a los demandados si la hubieran satisfecho al Ente Público que ha reconocido el derecho de reversión, en otro caso será satisfecha directamente a dicho Ente Público por la compañía demandante, todo ello con expresa imposición a los demandados de las costas procesales causadas. Que desestimando las reconvenciones formuladas por los demandados, debo absolver y absuelvo a la actora de las pretensiones contenidas en las mismas, con imposición a aquellos de las costas procesales causadas. Contra la presente sentencia cabe interponer recurso de apelación, que habrá de prepararse ante este Juzgado en el plazo de los cinco días siguientes a su notificación. Líbrese y únase certificación literal a las actuaciones, incluyéndose el original en el Libro de sentencias».

Segundo. Por los Procuradores Sra. … y Sr. … se presentaron sendos recursos de apelación contra la sentencia anterior, dándose traslado de los mismos a las partes contrarias; la Procuradora Sra.... se opuso y teniendo por formalizado el trámite de oposición se remitieron los autos a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial, donde comparecieron las partes en tiempo y forma, dictándose sentencia con fecha 30 de septiembre de 2004 cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «Fallamos: Que desestimando los recursos de apelación interpuestos por doña …, doña …, doña … y por don …, doña …, doña …, don … y doña … contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 18 de Zaragoza el 26 de diciembre de 2003, debemos confirmar y confirmamos la misma, con imposición de las costas causadas en esta alzada a dichos recurrentes. Devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, juntamente con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo».

Tercero. La Procuradora de los Tribunales Sra. en nombre y representación de doña …, doña … y doña … presentó escrito anunciando recurso de casación contra la sentencia anterior, denegándose por la Audiencia, se interpuso recurso de queja que estimó esta Sala, teniéndose por preparado en tiempo y forma el recurso de casación por interés casacional y el recurso extraordinario por infracción procesal que en su escrito de interposición aparece fundado en los siguientes motivos: Por infracción procesal. «Primer motivo.—Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2º LEC por infracción de las normas que regulan la sentencia, en concreto el apartado 1 del artículo 218 LEC, por no ser la sentencia congruente con la demanda (punto 1. A) del apartado III del escrito de preparación de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal presentado). Segundo motivo.—Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2.º LEC por infracción de las normas que regulan la sentencia, en concreto el apartado 2, «in fine», del artículo 218 LEC, por no ajustarse la sentencia a las reglas de la lógica y de la razón en el examen de la inexistencia de renuncia al derecho expectante de viudedad por doña … (punto 1. B) del apartado III del escrito de preparación de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal presentado). Tercer motivo.—Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2º LEC por infracción de las normas que regulan la sentencia, en concreto el apartado 2, «in fine», del artículo 218 LEC, por no ajustarse la sentencia a las reglas de la lógica y de la razón en la integración del plazo para el ejercicio de la opción (punto 1.C) del apartado III

del escrito de preparación de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal presentado). Cuarto motivo.—Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.4º LEC por vulneración del derecho fundamental de mis representadas a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 C.E.) por no ser la sentencia una resolución fundada en Derecho (punto 1.D) del apartado III del escrito de preparación de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal presentado)». Motivos de casación.— «Primer motivo.— Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3.º LEC por infracción, por aplicación errónea o no aplicación, del artículo 76.2 de la Compilación del Derecho civil de Aragón, en la redacción dada por la Ley 3/1985 de 21 de mayo, en relación con el artículo 74.1» de la Compilación y la doctrina jurisprudencial que los aplica (puntos 1.- A) y 2.- A) del apartado II del escrito de preparación de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal presentado). Segundo motivo.— Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3º LEC por infracción, por no aplicación del artículo 1256 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial que establece como requisito de validez de las opciones de compra la determinación de un plazo cierto para su ejercicio que garantice el cumplimiento de lo dispuesto en ese precepto (puntos 1. B] y 2. B] del apartado II del escrito de preparación de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal presentado).»

Emplazadas las partes, se remitieron las actuaciones a esta Sala una vez resuelto el recurso de reposición interpuesto por el Procurador Sr. …

Cuarto. Comparecidas las partes en esta Sala y recibidas las actuaciones, se resolvió por providencia de nueve de mayo el cambio de ponente por haber sido anunciado voto particular al acuerdo de la mayoría, y ante la posible inadmisión del segundo motivo planteado se dio traslado a las partes conforme establece el artículo 483 apartado 2, punto 3.º, presentándose por las mismas las alegaciones correspondientes.

En fecha 24 de junio se dictó auto por el que se admitió a trámite el recurso de casación que viene fundado en el primer motivo de los expuestos así como el extraordinario por infracción procesal, denegándose la admisión a trámite del recurso de casación fundado en el segundo de los motivos, confiriendo traslado a la parte recurrida por el plazo de 20 días para impugnación si viere convenirle, lo que hizo dentro de plazo, señalándose para votación y fallo el día 9 de noviembre de 2005, en que se llevó a efecto.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Luis Ignacio Pastor Eixarch.

Fundamentos de derecho

Primero. Planteadas por la parte recurrida causas de inadmisibilidad del recurso extraordinario por infracción procesal planteado, procede, con carácter previo a resolver sobre el recurso, su tratamiento y decisión.

La causa de inadmisibilidad planteada por haber sido alegada por primera vez en el recurso extraordinario la incongruencia «extra petita» que se imputa a la resolución recurrida por haber integrado el plazo de opción de compra debatido no cabe admitirla, porque, como resulta de la lectura tanto de la demanda como de la sentencia de primera instancia y del escrito de interposición del recurso de apelación, el desacuerdo sobre la fijación o no de plazo, y el momento de su comienzo y fin, sí es planteada en tales momentos procesales.

Las causas de inadmisión formuladas con base en considerar la parte ahora recurrida que los motivos segundo y tercero del recurso de infracción procesal incurren en el defecto de entrar a tratar cuestiones de fondo deben ser igualmen-

te desestimadas por cuanto, sin perjuicio de que se entremezclen en las argumentaciones cuestiones atinentes al aspecto sustantivo con los aspectos procesales sobre las que versa el recurso de por infracción, sin embargo, sí existen motivaciones procedimentales para la fundamentación del recurso por infracción procesal. En concreto las relativas al cumplimiento o no por la sentencia recurrida de las reglas legalmente previstas para su redacción.

Segundo. Funda el recurrente el primer motivo de recurso por infracción procesal en entender que la sentencia incurre en defecto de congruencia por resolver sobre el plazo en que el derecho de opción de compra pactado entre las partes podía ejercitarse cuando, según expone, en la demanda presentada no se solicitaba tal fijación de plazo.

Como resulta tanto de la demanda como de la contestación hecha por la parte ahora recurrente, fue objeto del debate judicial la pretensión de que se considerara como hecho contrario al cumplimiento de la obligación que exigía el actor, la falta de fijación de plazo expreso en la opción de compra convenida en escritura de fecha 31 de agosto de 1995. De modo que, en la medida en que la sentencia recurrida, haciendo suyos los extensos razonamientos hechos al respecto por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 18, resuelve este desacuerdo planteado es plenamente coherente con lo interesado por ambas partes, y atiende la previsión del artículo 218 párrafo primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil de decidir todos los puntos litigiosos objeto del debate y atendiendo a la causa de pedir esgrimida por cada una de las partes.

Por lo que el primer motivo del recurso de infracción procesal debe ser desestimado.

Tercero. En el segundo motivo de impugnación por infracción procesal sostiene el recurrente el argumento de considerar que la sentencia impugnada no respeta los criterios de la lógica y razón al tiempo de concluir, como hace, que doña … había renunciado al derecho expectante de viudedad respecto de la finca registral número NUM000, porque, considera el impugnante, no cabe estimar probado que el poder otorgado por la citada a favor de su cuñada doña … contuviera facultad para la apoderada de renunciar en nombre de la poderdante a tal derecho expectante de viudedad.

Respecto de este extremo, en concreto, la sentencia recurrida recogió, en su Fundamento de Derecho tercero: «De las facultades concedidas por ambos poderdantes a su hermana y cuñada y transcritos en la sentencia impugnada, se deduce, claramente, que éste podrá, en su nombre, aceptar herencias, e incluso adjudicar bienes indivisibles a otro interesado, y, al mismo tiempo, renunciar al derecho expectante de viudedad que pudiera corresponder a aquélla en los actos realizados en virtud de ese poder. don … ratificó el 3 de octubre de 1995 la solicitud de reversión de la finca registral n.º NUM000 (...) y doña … reconoció en interrogatorio haber entregado a su hermano … la parte correspondiente de la venta de la otra finca registral nº NUM005, y del precio de la opción de compra».

Como resulta de la lectura de tal Fundamento de Derecho, la sentencia recurrida especifica como motivos que llevan a entender acreditada la concesión de poder con amplitud para renunciar al derecho expectante de viudedad: la interpretación del propio poder de 28 de julio de 1995; la actuación posterior de don … (esposo de doña …) ratificando el 3 de octubre de 1995 la solicitud de reversión de la finca número NUM000; y el reconocimiento de la apoderada doña … (hermana de don … y cuñada de doña …) de haber entregado tanto el precio de la venta de la finca registral

número NUM005, como el de la opción de compra de la número NUM000.

Con lo anterior, en el ámbito procesal propio del recurso de infracción procesal que ahora se resuelve, no cabe considerar contrario a norma reguladora de la valoración de prueba la atención prestada por la sentencia recurrida a tales medios de prueba, ni, por tanto, cabe considerar contrarios a la lógica o razón jurídica los mecanismos empleados para constatar lo probado. Por el contrario, debe concluirse la correcta atención de la sentencia a las prevenciones del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al exponer todos los elementos tenidos en cuenta para fijar los datos de hecho base de la sentencia, recogiendo tanto los medios probatorios que los evidencian de modo directo (por interpretación del contenido del poder) como los que se deducen de los actos propios de los interesados (ratificación y recepción por uno de los poderdantes de cantidades derivadas de los negocios en que interviene el apoderado).

Por lo que no cabe atender el segundo motivo de recurso por infracción procesal.

Cuarto. En el tercer motivo de recurso por infracción procesal insiste el recurrente en la incorrección de la sentencia recurrida al tratar sobre si el derecho de opción fue ejercitado en plazo correcto, partiendo ahora, no de la consideración de ser incongruente tal tratamiento como se hizo en el primer motivo de recurso antes estudiado, sino en la de ser la sentencia contraria a las reglas de la lógica y la razón al concluir que no existen inconvenientes derivados del plazo en el ejercicio del debatido derecho de opción.

Hecha exclusión de las cuestiones de fondo que indebidamente introduce la parte por esta vía de recurso por infracción procesal, no existe causa alguna que permita considerar existente infracción formal de la sentencia recurrida al resolver sobre ser temporáneo el ejercicio del derecho de opción, ya que se contienen con claridad en sus razonamientos cuantos motivos justifican que el derecho de opción se ejercitara en tiempo correcto y, especialmente, que la necesidad de previa tramitación de un expediente administrativo dilató la posibilidad del ejercicio del derecho de opción. Por lo que, a falta de argumento concreto en contra de la exposición formal de las motivaciones que hace la sentencia, no cabe sino desestimar este tercer motivo de recurso por infracción procesal.

Quinto. El cuarto motivo de recurso por infracción procesal presentado lo formula la parte recurrente por la infracción en que entiende incurre la sentencia recurrida del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida por el artículo 24 de la Constitución. El fundamento de tal alegación reproduce iguales argumentos que los tratados hasta ahora: incorrecta integración del plazo para el ejercicio de la opción de compra, y motivación «irrazonada o irrazonable» de la sentencia con error en la argumentación de la sentencia.

Como se ha expuesto, la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida no incurre en incongruencia ni en defecto en los mecanismos empleados y expuestos de valoración de la prueba, puesto que, cabe repetir, atiende a argumentos aportados al procedimiento por el propio recurrente y recoge con claridad todos los elementos que le llevan a las conclusiones fácticas que obtiene. Por lo que, en consecuencia, respeta y ampara el derecho fundamental reconocido para las partes en el artículo 24 de la Constitución. Por tanto, procede desestimar, por carente de fundamento, el cuarto y último motivo del recurso de infracción procesal que se presenta.

Sexto. El único motivo de casación admitido a trámite tiene su fundamento

en la consideración del recurrente de que no debe reconocerse eficacia a la renuncia al derecho de viudedad hecho por la representante de doña ... respecto de la registral NUM000, ya que no reunió los requisitos de ser expreso, hecho en documento público y de modo personal por la interesada.

Según resulta de las actuaciones, y tal y como valoran la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 18 primero, y luego la de la Audiencia Provincial que es recurrida, el día 28 de julio de 1995, en escritura de apoderamiento número 1590 otorgada ante Notario de Soria, doña … es designada mandataria por don … y su esposa doña ….

Al fijar las facultades de la mandataria, don … otorga poder amplísimo para que le represente, entre otras actuaciones, para «en general, practicar cuanto proceda hasta dejar ultimadas las testamentarías –incluso adjudicando en ellas todos los bienes, si fueren indivisibles, al poderdante o a otro interesado...».

Por relación con las anteriores facultades otorgadas por don..., su esposa, en el mismo acto ante Notario concede a igual mandataria la facultad de «...RENUNCIAR al derecho de viudedad foral que pudieran corresponderle en los actos que se realicen en virtud de este poder».

Con las anteriores facultades que le habían sido conferidas, la apoderada doña …, actuando en representación de uno y otra, interviene en el otorgamiento, el día 31 de agosto de 1995, de Escritura número 2.354 ante Notario de Zaragoza, en relación con la finca sita en igual ciudad con número registral NUM000, perteneciente a don … en virtud de herencia de su madre doña …. Y conviene, en lo que ahora más interesa, en otorgar a favor de «XXX» derecho de opción de compra sobre el citado inmueble, a la vez que renuncia al derecho expectante de viudedad foral aragonés que sobre la finca pudiera corresponder.

Séptimo. Los hechos expuestos acreditan, primero, la intervención personal de la titular del mencionado derecho, doña …, cuando el día 28 de julio de 1995 otorga el poder en que autoriza a renunciar en su nombre al derecho de viudedad foral que sobre la mentada finca pudiera corresponderle. E igualmente, evidencian el cumplimiento del requisito de que tal renuncia fuera hecha de modo expreso: la mencionada doña …, que sólo intervino en el apoderamiento para facultar a la mandataria a renunciar en su nombre al derecho de viudedad, señaló un amplio objeto a este poder de renuncia que otorgaba, al incluir en su ejercicio cuantas operaciones resultaran hasta ultimar las testamentarías en que su marido participara, incluida la adjudicación de bienes al propio marido o a un tercero. Por lo que, aunque no citó de modo explícito la finca registral NUM000, sí quedaba ésta incluida en la facultad de renuncia otorgada al mandatario, con cumplimiento de la exigencia de renuncia expresa prevenida en el artículo 76 de la Compilación Aragonesa, pues no cabe entender que esta norma imponga la obligación de cita expresa e individualizada de cada bien a cuya viudedad se renuncia, siendo suficiente que aparezca con claridad de la interpretación de lo otorgado sobre qué se hace la renuncia. Lo que acontece en el presente caso, en que se hace renuncia al usufructo a ejercitar en posibles negocios jurídicos a concertar respecto de un conjunto de bienes entre los que se encuentra, sin duda, la finca en cuestión.

Tanto la manifestación de apoderamiento para renuncia de la interesada poderdante como la del posterior ejercicio del mandato por la apoderada fueron hechos ante presencia notarial y recogidos en sendos documentos públicos.

Con todo lo cual, finalmente, la renuncia hecha por doña … a su derecho de viudedad reunió los requisitos para desplegar su eficacia exigidos por los artículos 74.1 y 76.2 de la Compilación de Aragón, y es también conforme a la Jurisprudencia de esta Sala que entiende infringida el recurrente, porque son respetadas tanto la constancia expresa en documento público de la renuncia, como la intervención personal de la interesada exigidas por las sentencias de 4 de abril de 1995 y 5 de noviembre de 2001.

Por lo que no cabe estimar el motivo de recurso de casación alegado.

Octavo. No se considera que el caso presente serias dudas de hecho o de derecho, por lo que, de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer al recurrente el pago de las costas causadas en el presente recurso de casación y por infracción procesal.

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

Fallamos

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal y al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña …, doña … y doña … contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 30 de septiembre de 2004 que confirmamos en todos los pronunciamientos contenidos en su fallo, imponiendo al recurrente el pago de las costas causadas en el presente recurso.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, anunciando Voto Particular el Magistrado Ilmo. Sr. don Luis Fernández Álvarez.

Voto particular

Que formula el Ilmo. Sr. Magistrado don Luis Fernández Álvarez a la sentencia de esta Sala dictada el dos de diciembre del presente año en el rollo de recurso de casación número 8/2005, procedente de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de esta Ciudad.

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría y lamentando tener que discrepar de ella, formulo al amparo de lo prevenido en el art. 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil voto particular, entendiendo que la resolución a adoptar debió ser la siguiente:

Sentencia

En Zaragoza a dos de diciembre de dos mil cinco.

Aceptando el encabezamiento y los antecedentes de hecho de la sentencia de la mayoría.

Fundamentos de derecho

Primero. Las últimas reformas del recurso de casación en la Ley de Enjuiciamiento Civil anterior, movidas por la necesidad de aliviar la carga competencial desmesurada del Tribunal Supremo, imposible de afrontar con la deseable prontitud, estuvieron presididas por el propósito de limitar el elenco de supuestos en que aquél procedía; dichas reformas operaron, principalmente, sobre el elemento de la cuantía litigiosa, elevando su tope mínimo, lo que dio lugar a que, mientras ciertos temas se repetían sin fruto alguno para el enriquecimiento de la doctrina jurisprudencial, había numerosas cuestiones jurídicas, algunas de relevancia, que permanecían excluidas del ámbito de la casación, con lo que se pri-

vaba al recurso de cumplir de manera adecuada su primordial función de unificar la aplicación de las normas, cometido que en los últimos años resulta más necesario toda vez que el derecho privado ha experimentado cambios importantes merced a la publicación de nuevas leyes en parcelas de gran repercusión social.

Consciente de este panorama, la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 ensaya una nueva fórmula de acceso a la casación que sin entrañar una apertura exagerada del recurso, permite que lleguen al mismo aquellos asuntos que, si bien no rebasan el tope cuantitativo fijado –veinticinco millones de pesetas–, merecen recibir un pronunciamiento en éste grado jurisdiccional máximo.

Dicha fórmula significa la innovación más saliente en la nueva regulación del recurso de casación, y consiste, según señala el artículo 477.2, apartado 3º, en admitir también dicho recurso cuando la resolución del mismo presente «interés casacional», cuya apreciación no queda confiada a la discrecionalidad del tribunal, sino que se objetiva, concretándose en el número 3 de dicho artículo sus dos hipótesis, debiendo reseñarse que el recurso por interés casacional queda referido exclusivamente a las normas sustantivas.

Sólo si se da previamente interés casacional, que se circunscribe a la función revisora del juicio sobre el sentido y alcance de la norma material, es posible la preparación del recurso extraordinario por infracción procesal del párrafo segundo de la regla 5ª de la Disposición Final Decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la cual si se acordase la inadmisión del recurso de casación por interés casacional, «se inadmitirá, sin más trámites, el recurso por infracción procesal», y «sólo en el caso de que el recurso de casación resultase admisible, se procederá a resolver sobre la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal»; por lo tanto, si bien se autoriza a incluir en el recurso por interés casacional motivos del artículo 469, supedita el eventual examen de estos motivos a la previa admisibilidad del recurso de casación por interés casacional en que se insertan, casación que se admitirá atendiendo únicamente a los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, sin que quepa atacar la valoración de la prueba por la vía del artículo 469 de la mentada Ley Procesal Civil para, una vez alterada, en su caso, y fijados unos nuevos hechos, poder defender la infracción de doctrina jurisprudencial (véanse los autos del Tribunal Supremo de 16 y 23 de octubre y 27 de noviembre de 2001, 11 de mayo de 2004, etc.).

Segundo. Todos los miembros de esta Sala admitimos que cabe recurso de casación por interés casacional en los asuntos cuya cuantía no exceda de 150.000 euros; la discrepancia surge porque la mayoría considera que en dicho recurso cabe dotar de interés casacional a la resolución impugnada sobre la base de cuestionar la valoración de la prueba realizada en la instancia, haciendo supuesto de la cuestión, lo que nos sitúa ante un interés casacional artificioso.

Ello pugna abiertamente con la doctrina del Tribunal Supremo y conduce a resultados inaceptables, pues confiere a este cauce de impugnación una extensión desmesurada, aproximándolo a la casación ordinaria (o a la apelación), ya que basta con atacar la valoración de los hechos para generar la admisibilidad del recuso por interés casacional, toda vez que la revisión del juicio fáctico permite defender la infracción de norma sustantiva, lo que implica hacer supuesto de la cuestión, pues el recurrente fundamenta su postura sobre la base de cuestionar los hechos declarados probados en la sentencia impugnada: la resolución de instancia carece de interés casacional, pero se le intenta dotar de él sobre la base de cuestionar la valoración de la prueba realizada en la sentencia recurrida, lo que

nos sitúa ante un interés casacional artificioso (véanse los autos del Tribunal Supremo de 8,15 y 22 de octubre y 30 de diciembre de 2002, entre otros).

Tercero. En el presente recurso el debate recae sobre la valoración probatoria realizada en la instancia acerca del ámbito del poder notarial otorgado el 28 de julio de 1995; tanto las partes como el Tribunal están de acuerdo en el sentido de la norma foral, a saber: se precisa renuncia expresa para la extinción del derecho expectante de viudedad en caso de enajenación de los bienes privativos del otro cónyuge (art. 76.2 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón), y la discusión se centra en determinar el ámbito del poder notarial otorgado en fecha 28 de julio de 1995 por los esposos don … y doña …, en el que ésta facultaba a su cuñada doña … a «renunciar al derecho de viudedad foral que pudiera corresponderle en los actos que se realicen en virtud de dicho poder».

A este respecto es muy significativo el fundamento de derecho tercero de la sentencia de la mayoría que dice así:

«Tercero. En el segundo motivo de impugnación por infracción procesal sostiene el recurrente el argumento de considerar que la sentencia impugnada no respeta los criterios de la lógica y razón al tiempo de concluir, como hace, que doña … había renunciado al derecho expectante de viudedad respecto de la finca registral número NUM000, porque, considera el impugnante, no cabe estimar probado que el poder otorgado por la citada a favor de su cuñada doña … contuviera facultad para la apoderada de renunciar en nombre de la poderdante a tal derecho expectante de viudedad.

Respecto de este extremo, en concreto, la sentencia recurrida recogió, en su Fundamento de Derecho tercero: «De las facultades concedidas por ambos poderdantes a su hermana y cuñada y transcritos en la sentencia impugnada, se deduce, claramente, que ésta podrá, en su nombre, aceptar herencias, e incluso adjudicar bienes indivisibles a otro interesado, y, al mismo tiempo, renunciar al derecho expectante de viudedad que pudiera corresponder a aquélla en los actos realizados en virtud de ese poder. Don … ratificó el 3 de octubre de 1995 la solicitud de reversión de la finca registral n.º NUM000 (...) y doña … reconoció en interrogatorio haber entregado a su hermano … la parte correspondiente de la venta de la otra finca registral nº NUM005, y del precio de la opción de compra».

Como resulta de la lectura de tal Fundamento de Derecho, la sentencia recurrida especifica como motivos que llevan a entender acreditada la concesión de poder con amplitud para renunciar al derecho expectante de viudedad: la interpretación del propio poder de 28 de julio de 1995; la actuación posterior de don … (esposo de doña …) ratificando el 3 de octubre de 1995 la solicitud de reversión de la finca número NUM000; y el reconocimiento de la apoderada doña … (hermana de don … y cuñada de doña …) de haber entregado tanto el precio de la venta de la finca registral número NUM005, como el de la opción de compra de la número NUM000.

Con lo anterior, en el ámbito procesal propio del recurso de infracción procesal que ahora se resuelve, no cabe considerar contrario a norma reguladora de la valoración de prueba la atención prestada por la sentencia recurrida a tales medios de prueba, ni, por tanto, cabe considerar contrarios a la lógica o razón jurídica los mecanismos empleados para constatar lo probado. Por el contrario, debe concluirse la correcta atención de la sentencia a las prevenciones del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al exponer todos los elementos tenidos en cuenta para fijar los datos de hecho base de la sentencia, recogiendo tanto los medios probatorios que los evi-

dencian de modo directo (por interpretación del contenido del poder) como los que se deducen de los actos propios de los interesados (ratificación y recepción por uno de los poderdantes de cantidades derivadas de los negocios en que interviene el apoderado).

Por lo que no cabe atender el segundo motivo de recurso por infracción procesal.»

Las sentencias de instancia de modo uniforme, y tras una valoración global y conjunta de la prueba de autos, declaran que la renuncia del derecho expectante de viudedad efectuada por doña … en la escritura pública de 31 de agosto de 1995 estaba dentro de lo autorizado por el poder otorgado a su favor por su cuñada doña … en fecha 28 de julio de 1995, y efectuada tal valoración probatoria, es obvio que no se infringió el art. 76.2 de la Compilación, por lo que el recurso de casación interpuesto se tenía que haber inadmitido, pues no concurría interés casacional, (tanto las partes como el órgano jurisdiccional de instancia estaban de acuerdo en el sentido de la norma foral).

Lo que en el presente recurso se ataca es el juicio de hecho sobre el ámbito del mentado poder y la revisión de tal valoración probatoria es lo que permite defender que se ha infringido la doctrina jurisprudencial relativa al mentado artículo 76.2 de la Compilación, haciendo supuesto de la cuestión.

Además resulta que se entra en el examen de la valoración de la prueba realizada por el Juzgado y la Audiencia en base a lo prevenido en el art. 218, apartado 2, *in fine*, que se refiere a la motivación de la sentencia, no a la valoración probatoria en sí, lo que convierte, de facto, el recurso de casación en una tercera instancia, contrariando la esencia de este recurso extraordinario.

Cuarto. La consecuencia de la postura mayoritaria de este Tribunal es el incremento de la litigiosidad y de los gastos a soportar por las partes, que en muchos casos rebasarán el valor de lo discutido en el proceso, y ya que ésta Sala se separa abiertamente de la doctrina del Tribunal Supremo, al menos debe fijar con precisión los criterios a seguir para conocimiento de los interesados en orden a la adecuada defensa de sus derechos.

Quinto. Lo anteriormente razonado conduce a la desestimación del recurso, pues según reiterada jurisprudencia las causas de inadmisión no acogidas oportunamente se convierten en causa de desestimación en el momento de dictar sentencia (véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1992, 5 de septiembre y 14 de diciembre de 1996, 22 de septiembre de 1997, 8 de noviembre de 2001, etc.), sin que proceda hacer especial pronunciamiento sobre costas.

Debería en consecuencia dictarse el siguiente:

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso nº 8/2005 por carecer de interés casacional, interpuesto por la Procuradora doña…, en nombre y representación de doña …, doña … y doña …, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de esta Ciudad en fecha 30 de septiembre de 2004, recaída en autos de juicio ordinario 292/2003 del Juzgado de Primera Instancia número Dieciocho de Zaragoza, y en su consecuencia se declara la firmeza de dicha resolución, sin que se haga especial pronunciamiento sobre las costas de este recurso.

Devuélvanse los autos a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de esta ciudad, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Voto particular que firmo en Zaragoza en la fecha arriba indicada.

5

NÚM. 5

S. TSJA 16 de diciembre de 2005

84: SERVIDUMBRES: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 541 CC: ***Tal y como se falló por el TSJ de Aragón en la Sentencia de 4 de febrero de 2004, es posible la constitución de servidumbres por destino del padre de familia en Aragón (art. 541 Cc.), si bien para la apreciación de los signos aparentes de servidumbre se aplica el régimen jurídico aragonés (arts. 144 y 145 Comp.), y no el régimen jurídico del Código civil, pues este régimen desconoce la tradición jurídica aragonesa.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 144, 145 Comp.; artes. 3.1, 541 Cc.***

PONENTE: ***Excmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.***

En Zaragoza a dieciséis de diciembre de dos mil cinco.

En nombre de S.M. el Rey.

Visto por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón el presente recurso de casación núm. 9/2005, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel, en fecha 15 de febrero de 2005, recaída en el rollo de apelación núm. 298/2004, dimanante de autos de juicio verbal núm. 252/2003, seguidos ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Teruel, en el que son partes, como recurrente, doña …, representada por el Procurador de los Tribunales don… y dirigida por el Letrado don …, y como recurrida, doña …, representada por la Procuradora de los Tribunales doña … y dirigida por el Letrado don ….

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por la Procuradora de los Tribunales doña … se presentó ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Teruel, demanda de juicio verbal en petición de que se declare la existencia de una servidumbre de luces y vistas, en nombre y representación de doña …, con base en los hechos y fundamentos que en la misma expresa, suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que: «a) Se declare la existencia de una servidumbre de luces y vistas por constitución del padre de familia de la ventana del granero de mi mandante sobre la finca de la demandada. Subsidiariamente, para el caso de que se declare no haber lugar a la petición anterior, se declare el ejercicio abusivo y de mala fe al tapiar la ventana de mi representada. b) Se declare que el tejado de la demandada vierte las aguas pluviales sobre la finca de mi representada. c) Se condene a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones. d) Se condene a la demandada a volver a abrir la ventana de mi mandante. e) Se condene a la demandada a reconstruir la canal de su tejado de tal modo que las aguas pluviales no vayan a parar al predio de mi mandante. f) Se condene a la demandada a derribar el tabique del granero en caso de que el mismo no se haya practicado sobre la divisoria de las fincas. g) Todo ello con expresa condena en costas a la demandada en caso de que se oponga a la presente demanda.» Admitida la demanda se emplazó a la parte contraria, citándose a las partes para la vista preceptiva. Comparecida en tiempo forma la demandada, formuló reconvención con base en los hechos y fundamentos de derecho que se expresan en su escrito y suplicando al juzgado que tenga por deducida demanda reconvencional, la admita y previos los trámites oportunos dicte sentencia por la que se condene a la demandada en reconvención a respetar la partición y distribución que en su día realizó don … respecto a las viviendas sitas en Camarillas (Teruel), C/. DIRECCION000, NUM000 y NUM000DIRECCION001, de forma y manera que la línea divisoria entre los fondos de la cochera propiedad de la actora y la cuadra (hoy garaje) propiedad de doña … se correspondan a la voluntad y mandato establecido por el Sr. …, tal como consta en el documento núm. 1 que se acompaña, debiendo dejar doña … libre y expedita

la zona objeto de usurpación para uso exclusivo de doña …, con la correlativa obligación de llevar a cabo las obras necesarias para que la distribución en su día determinada se ajuste al repartimiento efectuado por don …, todo ello con expresa condena en costas a la demandante reconvenida. La parte contraria se opuso a la reconvención en el momento de la vista del juicio verbal.

Segundo. Previos los trámites legales, con fecha 29 de junio de 2004, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Fallo. Que desestimando la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales doña …, en nombre y representación de doña …, contra doña …, debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones de la demanda, y desestimando la demanda reconvencional formulada por la Procuradora de los Tribunales doña…, en nombre y representación de doña …, contra doña …, debo absolver y absuelvo a la actora de las pretensiones de la demanda reconvencional, con expresa condena en costas a la parte actora, excepto de la demanda reconvencional que han de imponerse a la parte demandada».

Contra la sentencia anterior, por la Procuradora Sra. … se presentó recurso de apelación, al que se opuso la parte contraria, pasándose las actuaciones a la Audiencia Provincial Teruel, la que dictó sentencia en fecha 15 de febrero de 2005, con el siguiente resultado: «Fallo: Estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña …, en representación de doña …, contra la sentencia de fecha 29 de junio de 2004 dictada en los autos civiles n.º 252/03, procedentes del juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Teruel, y desestimando el recurso de apelación formulado por la Procuradora doña …, en representación de doña …, contra dicha resolución, se revoca en parte la misma, cuyo fallo queda redactado de la siguiente manera: Estimando en parte la demanda principal formulada por la Procuradora doña …, en representación de doña …: a) se declara la existencia de una servidumbre de luces y vistas por constitución del padre de familia respecto al hueco existente en el granero de la actora sobre la finca de la demandada doña …, y se condena a dicha demandada a volver a abrir la ventana de la actora; b) se condena a la demandada doña … a reconstruir la canal de su tejado de tal modo que las aguas pluviales no vayan a parar al predio de la actora; absolviendo a la demandada del resto de las pretensiones de la demanda; sin hacer especial imposición de las costas causadas en primera instancia respecto a esta demanda principal. Desestimándose la demanda reconvencional interpuesta por la Procuradora doña …, en representación de doña …, se absuelve a la reconvenida doña … de las pretensiones de la misma; con expresa imposición a la reconviniente de las costas causadas en primera instancia respecto a dicha demanda reconvencional.- No se hace especial imposición de las costas causadas en esta alzada respecto al recurso formulado por doña …. Se imponen a doña … las costas causadas en esta alzada respecto al recurso por ella formulado.» La representación de doña … solicitó aclaración de la sentencia, a la que no se dió lugar.

Tercero. La representación legal de doña … presentó escrito anunciando recurso de casación contra la sentencia anterior, el que se tuvo por preparado en tiempo y forma, presentándose dentro de plazo el mentado recurso, que basa como motivo único en la infracción del art. 145 y concordantes de la Compilación de Derecho Civil Aragonesa en relación con el art. 541 del Código Civil. Emplazadas las partes, se remitieron las actuaciones a esta Sala.

Cuarto. Recibidas las actuaciones y comparecidas las partes en esta Sala, se formó el oportuno rollo y se nombró ponente; en fecha 24 de junio se dictó

auto por el que se admite a trámite el recurso, confiriéndole traslado a la parte recurrida por el plazo de 20 días para impugnación si viere convenirle, lo que hizo dentro de plazo, señalándose para votación y fallo el día 23 de noviembre, fecha en que se llevó a efecto.

Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Luis Ignacio Pastor Eixarch.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Interpuesto recurso de casación, se articula por la parte recurrida oposición a su admisión por entender que no se dan las circunstancias prevenidas en el artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para poder formular el recurso, ya que, considera la parte, no existe doctrina de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón que pueda considerarse infringida, y no ha sido correctamente expuesta la jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales.

Causa de oposición que debe ser desestimada porque, como resulta del escrito de interposición presentado y resoluciones de Audiencias Provinciales que en él se citan, se presenta con suficiente claridad que existe contradicción entre diversas sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza y la dictada por la Audiencia Provincial de Teruel y ahora recurrida al tratar la cuestión litigiosa, por lo que, sin perjuicio del mayor o menor alcance que respecto del fondo de la cuestión pueda presentarse en las posibles contradicciones, sí existe el motivo que justifica la presentación y admisión del recurso de casación.

Segundo. Como resulta de la sentencia impugnada, son hechos acreditados, en lo que interesa al objeto del presente recurso, que don …, padre de doña … y de doña …, era dueño de una casa sita en la localidad de Camarillas (Teruel), de más de dos alturas y en la que un hueco abierto en una de las dependencias permitía vistas y recibía luces del patio de la vivienda, y estaba desprovisto de reja de hierro, red de alambre o protección equivalente, sin constancia de que tuviera voladizo alguno. El 3 de marzo de 1979, don … donó a sus precitadas hijas el inmueble, haciendo atribución de las dependencias que cada una de ellas pasaría a ocupar como de su exclusiva propiedad. Al hacerse la división material, el hueco a que antes se ha hecho referencia quedó en pared propiedad de doña …, mientras que el patio a que da vistas es de propiedad de doña ...

En el año 2003, doña … tapó el hueco, lo que dio lugar a la reclamación rectora de esta litis formulada por doña … en pretensión, entre otras que ahora carecen de relevancia, de que se declarara que, al donarse la vivienda por el padre a ambas hijas y mantener abierto el hueco en la pared, quedó constituida servidumbre de luces y vistas a favor de doña … y sobre el patio de doña …, por aplicación del artículo 541 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón.

Esta petición fue desestimada en primera instancia por considerar el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Teruel que el hueco causa del debate jurídico no era de los que tenían el fin de luces y vistas, sino el de poder meter leña por él al inmueble, de modo que, por tanto, su existencia no podía servir para fundamentar la constitución de un servidumbre de luces y vistas.

La Audiencia Provincial de Teruel, en la sentencia recurrida, revocó la dictada por el Juzgado acordando, en lo que respecta al meritado hueco, la estimación de la pretensión de doña … y declarando, en consecuencia, que había quedado constituida servidumbre de luces y vistas por el hecho de que al abrir el propietario donante sobre el patio contiguo un hueco por el que entraba la luz, carente de la protección exigida por el artículo 144 de la Compilación, constituyó un signo aparente de servidumbre determinante del nacimiento del gravamen al hacer

la donación y no haber efectuado dicho propietario manifestación alguna, ni al donar las fincas ni en el momento de la partición, ni haber hecho desaparecer aquel signo externo.

Tercero. No se ha incidido en el recurso de casación ahora formulado sobre la cuestión que trató el Juzgado de si el fin del hueco en cuestión era realmente el de luces y vistas o tan sólo el de permitir introducir materiales en la casa, por lo que, en obligada congruencia con la causa del recurso y respeto de los hechos probados declarados en la sentencia recurrida, no procede resolver partiendo de tal posible destino distinto de la servidumbre, y debe estarse a la consideración de ser finalidad del hueco la de luces y vistas.

En relación con el objeto de la casación, la sentencia recurrida entiende, en resumen, que la presencia de un hueco para luces y vistas sin protección de reja, red o equivalente implica un signo externo de existencia de servidumbre de luces y vistas por lo que, en consecuencia, cuando el dueño de la finca la divide en dos, donando cada porción a un propietario distinto, sin referirse a la existencia o no de servidumbre, y manteniendo el hueco, debe concluirse, según tal resolución, que se ha constituido una servidumbre por la vía del artículo 541 del Código Civil. De modo que, en su argumentación esencial, el fundamento jurídico de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel parte de la consideración de ser de aplicación al caso de autos tanto lo establecido en el artículo 541 del Código Civil al permitir la adquisición de servidumbre por enajenación del dueño del predio, como la normativa del mismo Código Civil para determinar qué debe entenderse en cada caso por signo externo de servidumbre entre dos fincas, para llegar así a la estimación de la demanda, por concluir que concurren tanto el signo externo como la causa de adquisición prevista en tal Código.

Cuarto. La expresa llamada del artículo 145 de la Compilación de Aragón a la aplicación del artículo 541 del Código Civil deja clara, como la sentencia recurrida considera, la vigencia en Aragón de la constitución de servidumbres en la forma recogida en el último precepto citado y cuando exista acto de transmisión del dueño de las fincas divididas.

Ahora bien, no cabe entender ajustada la resolución recurrida al artículo 145 de la Compilación de Aragón cuando parte de la consideración de que es signo externo evidenciador de la existencia de servidumbre para luces y vistas la presencia de un hueco sin protección, porque como resulta de este precepto, la falta de protección del hueco de luces vistas no es en Aragón signo externo de la existencia de tal servidumbre sino que, por el contrario, atendiendo el tradicional y especial régimen diferenciador de relaciones de vecindad resultante de los artículos 144 y 145 de la Compilación, el artículo 145, de modo expreso, indica: «Los voladizos (...) son signos aparentes de luces y vistas. No lo son la falta de la protección señala en el artículo anterior ni tampoco los voladizos sobre fundo propio. (...)»

Quinto. Si se entendiera que la remisión al artículo 541 del Código Civil incluye también la asunción en el Derecho civil aragonés del sistema de este cuerpo legal en todo lo relativo a presencia o no de signos externos de servidumbre se infringiría la mención del artículo 145 excluyente, sin distinción alguna, de la falta de protección como signo aparente de servidumbre. Por otro lado, la remisión al artículo 541 del Código Civil, regulador tan solo de la posibilidad de adquisición por el destino dado por el dueño transmitente, se haría extensiva a toda la normativa de este Código sobre qué es signo externo de servidumbre, contrariando así el sistema de fuentes previsto con carácter general en el artículo 1 de la Compilación de Aragón, pues se integraría la normativa propia de régi-

men de vecindad y regulación específica de la apertura de huecos con principios del Derecho civil común, en vez de los propios del Derecho aragonés.

A igual conclusión sobre alcance de la remisión al Código Civil que hace la Compilación llegó la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 9 de julio de 1994, confirmatoria de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 13 de la misma ciudad, en doctrina mantenida luego en sentencias de la misma Audiencia de fechas 4 de octubre de 1999, 11 de enero de 2002 y 31 de marzo de 2003. Y finalmente, tal tesis fue la plasmada en sentencia de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de fecha 4 de febrero de 2004, en la que, desestimando el recurso de casación presentado contra la sentencia citada de la Audiencia de Zaragoza de 31 de marzo de 2003, expresamente se recoge en su Fundamento de Derecho tercero: «La vigente Compilación, cuando se refiere a la adquisición de la servidumbre de luces y vistas por destino del padre de familia, no hace ninguna remisión al Código Civil para la apreciación de los signos aparentes de servidumbre, como hacían los Anteproyectos del año 1962 y 1963, ni se pronuncia en el sentido en que lo hacia el art. 143 del Anteproyecto de 1965 de la Comisión de Codificación. Deja a salvo la vigencia en Aragón del art. 541 del Código Civil, pero hay que entender que respetando su peculiar Derecho en la regulación de los signos aparentes de servidumbre de luces y vistas. Por ello, a los efectos de dicho precepto del Código Civil, hay que entender, que signos aparentes de luces y vistas serán los que la Compilación determine, esto es, los del art. 145 de la Compilación, interpretación que, como decía la referida SAP 9-7-1994, es conforme al sentido propio de las palabras del precepto, en relación con el contexto y los antecedentes históricos y legislativos, de acuerdo con las normas interpretativas del art. 3.1 del Código Civil.

Por otro lado, añade esa sentencia y recoge la del Tribunal «a quo» que la interpretación del art. 145 de la Compilación, sostenido por los recurrentes, desconoce la tradición jurídica aragonesa en materia de luces y vistas, regulando sus signos aparentes de forma distinta según se trate de adquisición por usucapión o por destino del padre de familia, lo que produciría una grave inseguridad jurídica, pues no todos los huecos para luces y vistas en pared divisoria de fundos con o sin protección, serían simple manifestación de una relación de vecindad.»

Sexto. Consecuencia de lo expuesto es la estimación del recurso formulado contra la sentencia recurrida dictada por la Audiencia Provincial de Teruel el día 15 de febrero de 2005, que se casa y deja sin efecto en el siguiente pronunciamiento: «a) se declara la existencia de una servidumbre de luces y vistas por constitución del padre de familia respecto al hueco existente en el granero de la actora sobre la finca de la demandada doña …, y se condena a dicha demandada a volver a abrir la ventana de la actora».

En su lugar, se acuerda la desestimación en los pedimentos a), c) y d) del suplico de la demanda.

En lo demás, se mantienen los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

Séptimo. Respecto de las costas causadas en la instancia no procede hacer modificación de lo acordado por la sentencia recurrida, dado que, formuladas demandas principal y reconvencional, y siendo recurrentes en apelación ambas partes por distintos motivos, la estimación que ahora tiene lugar de una de las pretensiones de una de las partes no modifica por sí solo lo tenido en cuenta por la Audiencia Provincial al tiempo de imponer las costas. Y, conforme al art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no cabe pronunciamiento especial sobre el pago de las costas causadas en este recurso de casación.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando como estimamos el recurso de casación formulado por la representación procesal de doña … contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel de fecha 15 de febrero de 2005, debemos declarar y declaramos:

1. Queda sin efecto el pronunciamiento a) de la parte dispositiva de la sentencia recurrida, acordando en su lugar la desestimación de los pedimentos a), c) y d) del suplico de la demanda.

2. Se mantiene el resto de pronunciamientos contenidos en la misma resolución.

3. No se hace expresa imposición de las costas causadas en el presente recurso.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamientos, mandamos y firmamos.

6

NÚM. 6

S. TSJA 21 de diciembre de 2005

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL: ***La parte demanda ha interpuesto dos recursos extraordinarios por infracción procesal, frente a la SAP que recurre, y a su vez, recurso de casación, por infracción del art. 119 f Lrem., por interés casacional ya que la norma no lleva 5 años en vigor, y a demás hay sentencias contradictorias de las Audiencias provinciales. Admitido que ha sido el recurso en cuanto al fondo por interés casacional, la Sala debe resolver cumpliendo lo dispuesto en la DF 16ª Lec., en primer lugar, recurso extraordinario por infracción procesal, y sólo cuando éste se desestime, se examinará y resolverá el recurso de casación.*** **683: USUFRUCTO VIDUAL: EXTINCIÓN:** ***No es de aplicación el precepto cuya infracción se denuncia (art. 119.1.f Lrem.) puesto que, tras la muerte de su marido, la viuda sí reclamó su derecho, ya que a la muerte de su marido, y en escritura pública, sus hijos aceptan la herencia de su padre sobre los que recae el usufructo de la madre, así reconocido. El inmueble objeto de litigio ha estado poseído en concepto de precario por uno de los hijos al que adjudicó la nuda propiedad, inscribiéndose en el Registro ésta y la viudedad existente sobre dicho inmueble. Por ello, no se ha extinguido el usufructo por esta causa. Otra cosa hubiera sido que los recurrentes hubieran alegado la extinción del usufructo sobre bienes determinados, en concreto por haberse reunido el usufructo y la nuda propiedad, lo que podría haberse producido a través de una «usucapio libertatis», aunque en el caso de autos fue imposible porque los precaristas nunca poseyeron en concepto de dueños, por ello subsiste el usufructo viudal.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 119.1.f. Lrem; DF 16ª Lec., art. 38 Lh.***

PONENTE: ***Excmo. Sr. don Fernando Zubiri Salinas.***

En Zaragoza a veintiuno de diciembre de dos mil cinco.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación núm. 15/2005, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, en fecha 5 de mayo de 2005, recaída en el rollo de apelación núm. 535/2004, dimanante de autos de juicio verbal núm. 197/2004, seguidos ante el Juzgado de 1.ª Instancia número 2

de Ejea de los Caballeros (Zaragoza), por desahucio por precario, en el que son partes, como recurrentes, don … y doña …, representados por la Procuradora de los Tribunales doña … y dirigidos por la Letrada doña …, y como recurrida doña …, representada por la Procuradora doña … y asistida por el letrado don ….

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Procurador de los Tribunales don …, en nombre y representación de doña …, presentó demanda de juicio verbal por desahucio por precario con base a los hechos y fundamentos que en la misma expresó, suplicando al Juzgado que, previos los trámites legales, dictase sentencia declarando haber lugar al desahucio por precario de la finca sita en Castejón de Valdejasa, CALLE000, NUM000, de la que su representada tiene el derecho de usufructo, con condena en costas a los demandados. Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a la parte contraria, señalándose día para la celebración de la vista preceptiva, que se celebró el día señalado, a la que asistieron ambas partes, oponiéndose la demandada a la demanda y alegando falta de litis consorcio pasivo, que no se admitió; y practicada la prueba admitida, se dictó sentencia en fecha 15 de julio de 2004, cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «Fallo: Que desestimando la demanda de desahucio por precario interpuesta por doña … contra don … y doña …, debo absolver y absuelvo a los citados demandados de las pretensiones formuladas frente a los mismos en la demanda, sin que haya lugar a decretar el desahucio interesado, con imposición de las costas del presente procedimiento a la actora.»

Segundo. El Procurador Sr. … presentó, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia número 2 de Ejea de los Caballeros, al que se opuso la parte contraria, y pasadas las actuaciones a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza se dictó sentencia con fecha 5 de mayo de 2005, cuya parte dispositiva dice así: «Fallamos: Que estimando el recurso de apelación formulado contra la sentencia de fecha 15-7-2004 dictada por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Ejea de los Caballeros en los autos nº 197/2004, debemos revocar y revocamos la misma y, con estimación de la demanda, declaramos haber lugar al desahucio por precario de la finca a que se refiere la demanda, condenando a los demandados al pago de las costas de la primera instancia.»

Tercero. La Procuradora de los Tribunales Sra. …, actuando en nombre y representación de don … y doña …, presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso de casación y extraordinario por infracción procesal contra la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial, y admitido se formuló el oportuno escrito de interposición basando el primer recurso en interés casacional y el segundo en infracción de las normas legales reguladoras de la sentencia, en concreto el artículo 218.2 y de las que rigen los actos y garantías procesales cuando la infracción produzca indefensión.

Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, se dictó en fecha 15 de septiembre del presente año auto por el que se admiten ambos recursos a trámite, confiriéndose traslado del escrito de interposición a la parte recurrida por plazo de 20 días para impugnación si viere convenirle, quien formuló escrito de oposición, señalándose para votación y fallo el día 30 de noviembre de 2005.

Es Ponente el Excmo. Sr. Presidente don Fernando Zubiri de Salinas, quien expresa el parecer del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La parte demandada ha interpuesto dos recursos extraordinarios

frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza que, estimando el recurso de apelación a su vez deducido por la parte actora frente a la dictada por el Juzgado de Ejea de los Caballeros, estimó la demanda y declaró haber lugar al desahucio por precario respecto a la finca a que se refiere la acción. Primeramente interpone recurso extraordinario por infracción procesal, que funda en dos motivos, para seguidamente introducir recurso de casación, por infracción del artículo 119.1.f) de la Ley aragonesa de 12 de febrero de 2003, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad, por interés casacional, al tratarse de una norma que no lleva cinco años de vigencia, invocando además la existencia de sentencias contradictorias de Audiencias Provinciales en su aplicación.

Admitido que ha sido el recurso en cuanto al fondo por interés casacional, la Sala debe resolver cumpliendo lo dispuesto en la Disposición Final Decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo apartado sexto dispone que «Admitidos los recursos a que se refiere la regla anterior, se resolverá siempre en primer lugar el recurso extraordinario por infracción procesal y, sólo cuando éste se desestime, se examinará y resolverá el recurso de casación. En tal caso, la desestimación del recurso por infracción procesal y la decisión sobre el recurso de casación se contendrán en una misma sentencia».

Segundo. El primer motivo de recurso extraordinario por infracción procesal se fundamenta en la infracción de las normas legales reguladoras de la sentencia, en concreto del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el desarrollo del motivo expresa que la sentencia no explica ni motiva los distintos elementos fácticos del pleito, no los valora considerando las pruebas practicadas y no especifica los resultados de la apreciación de la prueba documental, de las manifestaciones de las partes recogidas en video ni de las declaraciones de los testigos intervinientes.

El artículo que se dice infringido fija la forma en que han de ser redactadas las sentencias. En el apartado segundo ordena que «Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón». Es la forma de dar cumplimiento al más alto mandato constitucional de motivación de las sentencias, contenido en el artículo 120.3 de la Norma Fundamental, a fin de evitar la arbitrariedad, justificar la decisión que en el caso se adopta y permitir la revisión, en su caso, por parte de un Tribunal superior. Pero la doctrina constitucional y la jurisprudencia coinciden en señalar que no es precisa una exhaustividad en la argumentación, pues la ley no impone una determinada extensión o desarrollo –Sentencia 166/1993, de 20 mayo, del Tribunal Constitucional–, siendo bastante con que posibilite conocer los criterios jurídicos esenciales que fundamentan la decisión judicial –Sentencias 146/1990, de 1 octubre, 27/1992, de 9 marzo y 91/1995, de 19 junio, del Tribunal Constitucional y 5 noviembre 1992 y 31 de marzo de 2005, del Tribunal Supremo–.

Es cierto que los tribunales, a la hora de fijar los hechos que entienden acreditados, han de valorar toda la prueba practicada en autos, pero no es preciso que la argumentación se extienda a expresar la razón de credibilidad de cada uno de los elementos probatorios. La exigencia de incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito sólo abarca la necesaria congruencia y exhaustividad de la sentencia, para dar respuesta fundada en derecho a las pretensiones oportunamente deducidas por las partes y, con ello, otorgar la tutela judicial efectiva a que tienen derecho, según el artículo 24.1 de la Constitución,

pero no que deba extender el razonamiento a explicar todas y cada una de las pruebas practicadas, su resultado y fiabilidad.

Pues bien, en el caso de autos la sentencia recurrida ha expresado de modo claro los fundamentos fácticos, aceptando los contenidos en la sentencia de primera instancia, y a partir de ahí formula un juicio jurídico, relativo a la subsunción de los hechos acreditados en los supuestos de hecho de las normas jurídicas, para concluir con la estimación de la pretensión actora. Expresa además las razones jurídicas que conducen al fallo, por lo que cumple plenamente las exigencias legales contenidas en el precepto que se dice infringido.

Todo ello conduce a la desestimación del motivo.

Tercero. El segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se funda en la infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías procesales, cuando con ello se produzca indefensión, y explica que ya en el acto de la vista se denunció la existencia de litis consorcio pasivo necesario, por cuanto debieron ser llamados al proceso los hijos de los demandados, de los que tres eran mayores de edad, por cuanto el resultado del litigio les afecta al tratarse del domicilio familiar la finca que es objeto de la acción de desahucio.

Esta alegación fue rechazada en la primera instancia, y al desestimarse la demanda en la sentencia del Juzgado, no fue mantenida en la apelación. Es de advertir, por otra parte, que en modo alguno se produciría indefensión para los recurrentes, sino para otros.

Como ya expresó esta Sala en Sentencia de 7 de noviembre de 2001, la correcta conformación del proceso, mediante la llamada al mismo de todas las partes que hayan de resultar afectadas por la resolución, es cuestión apreciable incluso de oficio por los Tribunales, habiendo mantenido la jurisprudencia más reciente que la excepción de litisconsorcio pasivo necesario ha adquirido, tras la promulgación de la Constitución Española, rango constitucional de acuerdo con el artículo 24 del Texto Fundamental, no precisando por ello la alegación de la parte y siendo apreciable de oficio, como perteneciente al orden público y al interés social de evitar sentencias contradictorias: Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2001 y las en ella citadas. Por lo tanto, en este recurso extraordinario puede el Tribunal examinar, incluso de oficio, si han sido llamadas al proceso todas aquellas personas que puedan resultar afectadas por la decisión.

La doctrina elaborada jurisprudencialmente, a través de reiteradas sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, configura el litisconsorcio pasivo necesario como la necesidad de llamar al proceso a todas las personas que por estar vinculadas a la relación jurídica de derecho material que se debate se verán afectadas por la sentencia que se dicte –Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1995, de 15 de febrero de 1999, 29 de febrero y 18 de diciembre de 2000–, siendo las razones de esta necesidad la exigencia del derecho de defensa, para impedir que alguien pueda ser condenado sin ser oído, y la evitación de sentencias contradictorias.

Sin embargo, la más reciente jurisprudencia ha distinguido entre la directa afectación del contenido de la sentencia respecto de aquellas partes vinculadas a la relación jurídica material, caso en el que procede la estimación de dicha excepción, de aquellos supuestos en los que la sentencia puede producir un efecto indirecto o reflejo respecto a quienes no han sido parte en el proceso. En estos casos no procederá la estimación de dicha excepción.

Pues bien, en el caso enjuiciado, la relación procesal quedó correctamente constituida entre las partes litigantes, ya que la acción se dirige a la recuperación de un inmueble que se dice ocupan los

demandados y su familia por virtud de la mera tolerancia de la actora, madre del Sr. …, de modo que sólo entre ellos se constituyó la relación jurídica material, aunque de prosperar la acción pudiera afectar a terceros ligados a él por esa relación familiar, y entre aquellos se constituye correctamente la relación jurídico procesal. No ha incurrido la sentencia en el defecto que se denuncia, y por ello el motivo no prospera.

Con ello queda desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal.

Cuarto. El motivo único del recurso de casación se fundamenta en la infracción del artículo 119.1.f) de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de las Cortes de Aragón, que regula el Régimen Económico Matrimonial y la Viudedad, por entender el recurrente que el usufructo vidual que como título esgrime la actora se había extinguido al tiempo de ejercitar la acción, pues conforme a dicha norma se extingue el usufructo de viudedad por no reclamar su derecho durante los veinte años siguientes a la defunción del otro cónyuge.

Para la resolución del motivo de casación es preciso partir de los siguientes hechos, acreditados en las instancias:

La demandante doña … contrajo matrimonio con don …, de cuya unión nacieron seis hijos, llamados …, …, …, …, … y ….

El día 22 de febrero de 1976 falleció el marido.

El 28 de abril de 1976 la actora y sus hijos otorgaron ante Notario escritura de manifestación, partición de la herencia del citado Sr. … y adjudicación de los bienes que comprende, en la que, entre otras convenciones, se adjudicó al hijo del difunto don … la casa sita en Castejón de Valdejasa (Zaragoza), ubicada en CALLE000, número NUM000, sin perjuicio del derecho de usufructo de su madre, la demandante, sobre dicho bien.

Los derechos respectivos de madre e hijo sobre la finca citada fueron inscritos en el Registro de la Propiedad.

En documento privado de la misma fecha la demandante y sus hijos pactaron, entre otras cosas, que a don … se había adjudicado la nuda propiedad de la casa de autos de gracia especial, y en compensación de los trabajos realizados y que realizará en y por la casa.

Don … viene habitando la casa mencionada, al menos desde la fecha de la escritura de aceptación de herencia, y lo hace en compañía de su mujer, la codemandada doña …, y de los hijos que han ido naciendo de dicha unión.

Quinto. El examen de los hechos citados conduce a estimar que no cabe su subsunción en el supuesto de hecho de la norma que se dice infringida, y que regula la extinción del derecho de usufructo vidual en Aragón, como consecuencia de la no reclamación de tal derecho en un periodo de veinte años, a partir de la fecha de fallecimiento del marido. Primeramente es preciso poner de relieve que en el caso de autos la esposa sí reclamó y ejercitó su derecho, haciéndolo ante Notario público y siéndole reconocido por sus hijos, herederos del causante. Además el derecho de usufructo se inscribió en el Registro de la Propiedad; en el Registro se inscriben documentos y publica titularidades, respecto de las que rigen los principios de presunción de exactitud y de posesión, pues conforme a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, «A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos».

Sucedió en el caso de autos que la actora, aun conservando el usufructo sobre la finca sita en CALLE000, número NUM000, del pueblo de su vecindad, aceptó que su hijo demandado continuase habitando en la citada casa, lo que sólo puede calificarse jurídicamente como actos de mera tolerancia, sin generar otro título para el demandado que el de precarista.

Por lo demás, no es de aplicación el precepto cuya infracción se denuncia, que regula, en su apartado Uno, la extinción del usufructo de viudedad, extinción que no se ha producido en este caso por las razones expuestas. Otra cosa sería la invocación del apartado Dos, referido a la extinción del usufructo sobre bienes determinados, lo que acaece: «a) Por renuncia expresa, que requiere para su validez escritura pública, a menos que se otorgue en el mismo acto por el que válidamente se enajena el bien. b) Por la reunión del usufructo y la nuda propiedad en una misma persona. c) Por la pérdida total de la cosa objeto del usufructo».

El supuesto contemplado en el apartado b) anteriormente trascrito podría concurrir mediante la prescripción adquisitiva del usufructo por parte de los recurrentes, con la llamada *usucapio libertatis*, para lograr que la nuda propiedad del demandado hijo del causante se consolidase integrando todas las facultades del dominio. A ello parece referirse la parte recurrente en el desarrollo del motivo, al esgrimir que su posesión ha sido pública, pacífica y no interrumpida, aunque no invocan en esta sede casacional los preceptos reguladores de la prescripción adquisitiva, como infringidos por inaplicación.

En todo caso, el motivo no puede prosperar. No puede afirmarse que los recurrentes hayan poseído a título de dueños, ejerciendo una facultad que dimana del pleno dominio, pues desde el inicio habían reconocido el derecho de usufructo de la viuda del causante, y en dicho concepto se mantuvo la posesión. Ésta fue, ciertamente, continuada y pacífica, porque así lo aceptó la usufructuaria, hasta que se decidió, en uso de su derecho, a reclamar la posesión que le correspondía, ejercitando la acción de desahucio.

Y tampoco cabe afirmar que la posesión de doña … reúna las exigencias legales para la usucapión, en el sentido jurídico expresado en los artículos 1940 y concordantes del Código Civil, pues conocía y aceptaba desde el inicio de su posesión la condición de usufructuaria de su suegra.

En definitiva, el motivo ha de ser desestimado.

Sexto. Finalmente debemos hacer alguna consideración respecto de la llamada cuestión compleja, o relativa al título de posesión de los recurrentes. Aunque no se invoca debidamente, como procedería en buena técnica casacional, éstos alegan su condición de comodatarios, o la existencia de otro título distinto del de precario, por razón de los términos en que se cedió la vivienda en que habitan con su familia.

Pero tales alegatos no pueden ser acogidos. En primer lugar, el comodato es difícilmente compatible con una cesión de la posesión por tiempo indefinido –Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1992–; por otra parte, la atribución patrimonial que se hacía al hijo demandado, de gracia especial y en atención a su trabajo a favor de la casa, era de la nuda propiedad del inmueble de autos, y no de la plena propiedad actual del mismo.

Séptimo. La desestimación de los recursos extraordinarios de infracción procesal y de casación acarrea en este caso la expresa imposición de costas a la parte recurrente, de conformidad a lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal y al recurso de casación, interpuestos por la representación procesal de don … y doña …, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, de fecha 5 de mayo de 2005, que confirmamos en todos sus pronunciamientos, imponiendo a la parte recurrente el pago de las costas causadas en los presentes recursos.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

7

NÚM. 7

S. TSJA 13 de febrero de 2006

74: FIDUCIA SUCESORIA: FIDUCIA COLECTIVA: Composición: ***No puede admitirse la infracción que se denuncia del art. 144.2.3ª Lsuc., puesto que la posibilidad de nombramiento por el juez de fiduciarios a los parientes colaterales hasta el cuarto grado, tiene lugar tan sólo cuando no existen instrucciones del comitente o cuando éstas son incompletas. Presupuestos que no se dan en el caso de autos, en que los comitentes determinaron con claridad quiénes, entre todos sus parientes, debían ser los fiduciarios, aunque quedara la total determinación de su identidad a un momento posterior. Ejecución: No puede admitirse en el presente caso que uno de los fiduciarios haya desatendido el encargo encomendado, puesto que manifiesta ante el Notario que se abstiene, otorgando la otra fiduciaria la ejecución de la fiducia. Tras esto, ambos fiduciarios subscriben finalmente y de conformidad y sin reserva alguna el documento otorgado. Por lo tanto, ha de considerarse válido el documento otorgado en ejecución de fiducia.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 3, 20 y 21 Comp.; arts. 125.3, 144.2.3, 145 y 148 Lsuc.***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Luis Ignacio Pastor Eixarch.***

En Zaragoza a trece de febrero de dos mil seis.

En nombre de S. M. el Rey.

Visto por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón el presente recurso de casación núm. 18/2005, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, en fecha 24 de mayo de 2005, recaída en el rollo de apelación núm. 389/2004 dimanante de autos de Juicio Ordinario núm. 229/2002, sobre nulidad de fiducia sucesoria, seguidos ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Huesca, en el que son partes, como recurrentes don … representado por el Procurador de los Tribunales don Isaac Giménez Navarro y dirigido por el Letrado don Lorenzo Torrente Ríos; don …, don … y doña … representados por la Procuradora de los Tribunales, doña Marina Sabadell Ara y dirigidos por el Letrado, don Javier Arauz de Robles; don … representado por la Procuradora de los Tribunales doña Marina Sabadell Ara y dirigido por el letrado don José Luis Espinilla Yagüe y como parte recurrida el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Procurador de los Tribunales don Mariano Laguarta Recaj en nombre y representación de don …, presentó ante el Juzgado Decano de Huesca demanda de juicio ordinario sobre nulidad de la ejecución de fiducia sucesoria y

otros extremos, en base a los hechos y fundamentos que en la misma expresó, solicitando al Juzgado se tuviese por interpuesta, admitirla a trámite y dictar sentencia declarando: A) que el documento otorgado ante doña Catalina en la ciudad de Trelew (República Argentina) el día 19 de noviembre de 2001 es ineficaz y no válido para dar cumplimiento a la ejecución de la fiducia sucesoria de los causantes … y …; B) que procede designar por este Juzgado parientes fiduciarios para que puedan ejecutar el encargo fiduciario contenido en la escritura otorgada por … y … el 20 de abril de 1932 al nº NUM000 del Protocolo de don Carlos Antonio, C) Declarar que una vez designados los parientes llamados a intervenir en ejecución del encargo fiduciario comprendido en dicho título, éstos deben cumplir con su encargo en el plazo que por este Juzgado se confiera en Sentencia con advertencia expresa de que si no se cumpliere dentro del mismo, se considerará extinguida la fiducia. D) Condenar a la parte contraria a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos y al pago de las costas procesales.

Admitida a trámite, se acordó emplazar a los contrarios que contestaron la demanda en tiempo y forma y se opusieron a la misma en base a los hechos y fundamentos expresados suplicando al Juzgado la tuviera por contestada y dictara sentencia desestimándola íntegramente con imposición de las costas al actor.

Tras los trámites legales, incluida la vista que se celebró con el resultado que obra en las actuaciones, el Juzgado dictó sentencia con fecha 15 de septiembre de 2004, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Fallo: Que estimo parcialmente la demanda interpuesta por don … contra don … y don …, doña …, don … y el Ministerio Fiscal, y A) declaro que el documento otorgado ante doña Catalina en la ciudad de Trelew (República Argentina) el día 19 de noviembre de 2001, es ineficaz y no válido para dar cumplimiento a la ejecución de la fiducia sucesoria de los causantes … y … comprendida en la escritura acompañada al documento número uno de la demanda, y ello por defectos de forma o procedimiento descritos en el fundamentos de derecho cuarto, causa D) de esta resolución. B) Acuerdo fijar como plazo de cumplimiento de la fiducia, conforme a lo establecido en el fundamento cuarto de esta resolución, el plazo de seis meses desde la firmeza de esta resolución, bajo apercibimiento a las partes de tener por extinguida la fiducia si no se cumpliese en ese plazo o mediare justa causa para no hacerlo; C) Condeno a la parte demandada a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos y desestimo la demanda en todos sus demás extremos, sin especial declaración sobre el pago de las costas procesales de este proceso.»

Segundo. Contra la sentencia anterior la representación legal de don Benito, y la de don …, doña … y don …, así como la representación de don …, interpusieron sendos recursos de apelación a los que se opusieron las partes contrarias; pasadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Huesca, y comparecidas las partes, se señaló día para la celebración de vista que tuvo efecto el día previsto. En fecha 24 de mayo de 2005 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Fallamos: Que estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos por …, …, …, … y … contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia 3 de Huesca en los autos anteriormente circunstanciados, revocamos parcialmente dicha resolución para sustituir de su parte dispositiva la frase «y ello por defectos de forma o procedimiento descritos en el fundamento de derecho cuarto, causa D) de esta resolución» por la de «y ello por no haberse reunido la mayoría necesaria para acordar sobre la ejecución de la fiducia». En todo lo demás desestimamos los recursos interpuestos, omitiendo todo

pronunciamiento sobre el pago de las costas causadas en esta alzada.

Tercero. La Procuradora de los Tribunales Sra. Fañanás Puertas, en nombre y representación de don …, el Procurador Sr. Laguarta Recaj en nombre y representación de don …, el Procurador Sr. Muzas Rota en representación de don …, doña … y don …, presentaron escritos de preparación de recurso de casación, interponiendo posteriormente y dentro de plazo los recursos de casación contra la anterior resolución en base a los siguientes motivos: A) Por el Procurador Sr. Muzas Rota se alegó un único motivo al amparo del n.º 1 del art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de los arts 145 y 148 de la Ley 1/1999, reguladora de la Ley de Sucesiones en Aragón, en relación con el art. 3.º, 20 y 21 de la Compilación Foral de Aragón y artículos concordantes del Código Civil, y doctrina que los desarrolla. B) Por la Procuradora Sra. Fañanás Puertas se motiva el recurso al amparo del artículo 477.1 de la LEC por infracción del artículo 145 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte en relación con el artículo 3 de la Compilación. C) Por el Procurador Sr. Laguarta Recaj se alegaron cuatro motivos de casación: Primero. Con base a la infracción del artículo 3 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón en relación con el artículo 144.2.3º de la Ley de Sucesiones por causa de muerte en Aragón. Segundo. Por infracción del artículo 144.2.3º de la Ley de Sucesiones por causa de muerte en Aragón, al ser nula la ejecución fiduciaria formalizada en la ciudad de Trelew (República Argentina) el día 19 de noviembre de 2001 por no haber sido designados los parientes llamados a ejecutar la fiducia en el modo previsto en dicho precepto, por el Juez, oído el Ministerio Fiscal. Tercero. Por infracción del artículo 1301 del Cc. por existencia de vicios en la voluntad de … por error o dolo al momento de dar cumplimiento a la ejecución de fiducia en el documento autorizado por la escribana doña Catalina en la Ciudad de Trelew (República Argentina) el día 19 de noviembre de 2001. Cuarto. Por infracción del artículo 2 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón en relación con el artículo 145.2.º de la Ley de Sucesiones por causa de muerte en Aragón, al ser nula la ejecución fiduciaria objeto de este procedimiento por no haberse producido la necesaria deliberación.

Emplazadas las partes se remitieron las actuaciones a esta Sala, y recibidas, se formó el oportuno rollo, se nombró Ponente y comparecidas las partes se dictó auto que admitió a trámite el recurso, confiriendo traslado a las partes recurridas por 20 días para impugnación, lo que hicieron dentro de plazo, señalándose para votación y fallo el día 18 de enero, fecha en que se llevó a efecto.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado donLuis Ignacio Pastor Eixarch.

Fundamentos de derecho

Primero. Siendo tres los recursos de casación formulados contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, objeto del presente recurso de casación, se tratarán por separado cada uno de ellos, para una más ordenada exposición y previa la determinación de los hechos que quedan acreditados en la instancia, tal y como se recoge en la sentencia recurrida y, por su referencia, en la del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Huesca.

Según resulta de tales resoluciones, son hechos a destacar sintéticamente al tiempo de resolver el presente recurso los siguientes:

1. El día 20 de abril de 1932 fue otorgada escritura de capitulaciones matrimoniales por los que después fueron cónyuges don … y doña …. En tal escritura se recogió, como cláusula que debía

regir la determinación de quiénes fueran en el futuro herederos de ambos futuros consortes que «Sexto: También convienen los otorgantes en que un hijo o hija de este futuro matrimonio siendo útil, y conveniente haya de ser y sea heredero universal de los bienes de ambos contrayentes, en el ser y estado que entonces se hallen, aquel o aquella que sus padres ó el sobreviviente de estos tengan a bien nombrar, y a falta de ambos, ql (sic) que designen los parientes y cura párroco o regentes citados en la cláusula anterior, juntos o en su mayor parte, en que los bienes muebles aportados al matrimonio se entiendan como sitios para evitar la comunidad establecida en Aragón, respecto de esta clase de bienes; en que el usufructo de viudedad sea recíproco y universal entre los contrayentes; en que éstos se admitan por mitad de los bienes gananciales que adquieran durante su matrimonio por título oneroso, pero no a los que hubieren por título lucrativo, que serán exclusivamente de aquel que así los haya o herede; y que en todo lo demás no consignado anteriormente se habrá de entender regulado este futuro matrimonio, de conformidad a los usos y costumbres de Aragón.» 2. Fallecidos ambos esposos, en virtud de la cláusula antedicha, y previa renuncia a la aceptación del cargo por el párroco de Piracés, actuaron como fiduciarios doña … y doña …, que, en ejecución de su encargo, otorgaron escritura pública de ejecución de fiducia. 3. Impugnada esta ejecución, fue anulada posteriormente en procedimiento seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Huesca, y terminado por sentencia dictada el día 29 de septiembre de 2001 por este mismo Tribunal Superior de Justicia de Aragón. 4. Nula la anterior ejecución, se reunieron de nuevo un pariente por cada rama conyugal, actuando como fiduciarios don …, hermano del cónyuge fallecido, y doña …, sobrina carnal de la esposa difunta. Dado que don … tenía su domicilio en Argentina, y que su avanzada edad dificultaba su desplazamiento a España, el otorgamiento de Escritura de ejecución del encargo fiduciario tuvo lugar en la ciudad argentina de Trelew. 5. En concreto la reunión de ambos fiduciarios para la ejecución de la fiducia ante la fedataria argentina tuvo lugar el día 19 de noviembre de 2001 siendo de destacar que hubo de interrumpirse la celebración del acto de otorgamiento por la personación en la Escribanía donde se desarrollaba del recurrente don …, hijo de los causantes, que mostró abiertamente su disconformidad ante la Escribana, fiduciarios, testigos y médico presentes hasta que fue conminado a abandonar el lugar donde el acto de otorgamiento tenía lugar. 6. Al tiempo de decidir sobre la concreta ejecución del encargo, don … decidió abstenerse, si bien, finalmente, suscribió de conformidad el acta otorgada y en la que fue nombrado heredero único de los causantes su hijo don …, mientras que a los hijos don … y al tercer hijo del matrimonio don … fueron legadas cantidades en metálico por escasa cuantía.

Impugnada la anterior ejecución de la fiducia por parte de don … en el presente procedimiento, el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Huesca resolvió por sentencia de fecha 15 de septiembre de 2004 la ineficacia y falta de validez del documento suscrito ante la Escribana de Trelew, por considerar, en síntesis, que la ejecución de la fiducia no había sido precedida de la necesaria deliberación. Apelada la anterior sentencia, la Audiencia Provincial de Huesca, en fecha 24 de mayo de 2005 dictó la sentencia ahora recurrida, confirmando la dictada por el Juzgado, salvo en la razón por la que se declaraba la invalidez e ineficacia de lo acordado, por estimar la Audiencia Provincial que el defecto causante de tales efectos se produjo por no reunirse la mayoría necesaria para acordar sobre la ejecución de la fiducia.

Recurso interpuesto por don ….

Segundo. El único motivo del recurso que formula don … se fundamenta en entender el impugnante infringido por la sentencia recurrida el artículo 145 de la Ley de Aragón 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte (LS en adelante), ya que, en tesis del recurrente, la abstención del fiduciario don … en el acto del otorgamiento del documento de ejecución de la fiducia, no comporta la conclusión de ineficacia de lo acordado mantenida en la decisión judicial por no haberse formado la mayoría exigida en tal norma.

En el caso concreto de autos, en que por la renuncia del párroco de Piracés al ejercicio de su encargo como fiduciario, quedó reducido a dos el número de fiduciarios llamados a actuar, es evidente que la abstención de uno de tales fiduciarios en el momento de la decisión definitiva genera una anómala situación, sin previsión legal específica al respecto, porque las normas reguladoras de la institución fiduciaria, completadas por las recogidas para la Junta de Parientes en la Compilación Aragonesa, atienden a los supuestos de no admisión o pérdida de la condición de fiduciario, pero no al caso tratado en que, aceptado el cargo y sin existir motivo de pérdida de la condición de fiduciario, sin embargo, el designado no ejerce en el momento esencial de ejecución de la fiducia las facultades que le corresponden.

La falta de directo cumplimiento de las obligaciones del fiduciario que niega su pronunciamiento expreso respecto de la misión que los comitentes le confirieron puede considerarse, en abstracto y con carácter general, que conlleve la inhabilidad de la decisión tomada, por faltar la necesaria declaración de voluntad del fiduciario respecto de cómo debe ser finalmente deferida la herencia. Tal y como lo apreció la sentencia recurrida, al entender que por causa de la abstención de don … la opción votada no contó con el respaldo de la mayoría de los fiduciarios presentes, de modo que no se llegó a un acuerdo ordenando la sucesión válida y conforme a los términos del artículo 145 de la LS.

Tercero. Ahora bien, la anterior conclusión parte del entendimiento general y previo de que la abstención implica una real falta de decisión del fiduciario al tiempo de elegir por una u otra opción de las posibles ante el encargo recibido. Así puede ocurrir en la mayor parte de las ocasiones, con el consiguiente efecto de que si el pronunciamiento de la mitad de fiduciarios es de abstención, no quede ejecutada la fiducia, ya que el carácter personalísimo de la fiducia ordenado por el artículo 125-3 de la LS impedirá integrar por lo demás fiduciarios la falta de voluntad decisoria de aquél que se abstenga.

Pero ocurre en el caso de autos que no cabe entender que esté presente la premisa anterior, de que la manifestación externa de abstención suponga realmente una carencia de voluntad formada y decisión del fiduciario que dice abstenerse. Al efecto debe considerarse que en la ejecución de la fiducia que tiene lugar ante la Escribana argentina el día 19 de noviembre de 2001 concurren ambos fiduciarios y, después de manifestar don … que se abstiene, la otra fiduciaria otorga ante él la ejecución de la fiducia. Y luego ambos fiduciarios suscriben finalmente, de conformidad y sin reserva alguna, el documento otorgado.

Se desconoce el motivo que llevó a don … a manifestar verbalmente que se abstenía, pero lo que resulta incontestable es que él conocía los efectos de la conducta de abstención que exteriorizaba, pues presenciaba directamente la decisión que sí verbalizaba la otra fiduciaria con deseo de que fuera eficaz. Y, en prueba definitiva de conformidad con lo decidido en el acto notarial, suscribía de conformidad la escritura de ejecución de la fiducia.

Al lado de las anteriores conclusiones no aparece ningún indicio de que don … desconociera realmente el alcance del acto en que intervenía. Por el contrario, en exclusión de posible presencia de incapacidad mental consta tanto la apreciación de la fedataria interviniente como la presencia de médico que certificó su lucidez. Y en exclusión de posible desconocimiento de la situación en que se encontraba la herencia, posibles herederos y consecuentes efectos de lo que se estaba decidiendo, consta el recuerdo de la difícil situación familiar que sin duda supuso la intempestiva interrupción del acto de otorgamiento que hizo don … mostrando su disconformidad con la forma en que se estaba desarrollando el otorgamiento, y con la posibilidad de ser excluido como heredero, que sospechaba se daba por los antecedentes existentes.

Cabe todavía añadir a lo anterior la propia actitud posterior de don …, personándose en los presentes autos en reiteración de la validez y efectos de la fiducia decidida. De modo que, finalmente, debe concluirse que aun cuando el fiduciario don … exteriorizó y así hizo que se recogiera en el acta su abstención, tanto sus actos del momento como los posteriores a él muestran su plena conformidad con lo que el otro fiduciario decidía en el otorgamiento, sin atisbo de incapacidad personal o de error en lo que sabía se otorgaba.

Esta voluntad real del fiduciario don …, conforme con la exteriorizada por la fiduciaria doña … debe ser la respetada, por lo que el motivo de recurso que se estudia debe ser estimado, reconociendo validez al documento otorgado y procediendo, por tanto, sin perjuicio de lo que a continuación se expondrá al tratar el resto de los motivos de recurso, a la casación de la sentencia recurrida y acordar, en su lugar, la desestimación de la demanda presentada por don ….

Recurso interpuesto por don …, doña … y don ….

Cuarto. El motivo único del recurso de casación de referencia se basa en entender los recurrentes infringidos los artículos 145 y 148 de la Ley de Sucesiones, en relación con los artículos 3, 20 y 21 de la Compilación Aragonesa y artículos concordantes del Código Civil, ya que, consideran, sí se produjo decisión por mayoría cuando se ejecutó la fiducia.

Opuesta la contraparte, don …, a la admisión de este motivo de recurso por cita inconcreta del motivo en que se funda, debe ser rechazada esta pretensión porque la exposición de la causa de impugnación se hace con la claridad y precisión legalmente exigidas, siendo la genérica remisión a «artículos concordantes del Código Civil» más una cláusula de estilo que real fundamento del motivo casacional.

En relación con el fondo del motivo de recurso han sido expuestas en los anteriores Fundamentos de Derecho las razones que se estima llevan a considerar válido el documento que recoge la ejecución fiduciaria. Siendo iguales las pretensiones de casación de la sentencia recurrida y de desestimación de la demanda rectora del procedimiento las sostenidas en este recurso y en el presentado por don …, la estimación del presentado por este último por similares razones que la recogidas en el nuevo recurso hacen innecesaria nueva valoración al respecto.

Recurso interpuesto por don …

Quinto. Primer motivo de impugnación presentado por don … es el que pretende la modificación de la resolución recurrida por entender infringido el artículo 144.2.3.º de la Ley de Sucesiones, en relación con el artículo 3 de la Compilación de Aragón, porque, en consideración del recurrente, es incorrecto que intervenga como fiduciario por la

rama paterna el hermano del causante don ….

Esta cuestión fue ya planteada en el anterior procedimiento tramitado en este mismo Tribunal y derivado de la ejecución de la misma fiducia de que se trata ahora. Así, en la sentencia de fecha 29 de septiembre de 2001 antes citada expresamente se recoge: «Sin embargo, por la vía del "obiter dicta" y con el fin de dar respuesta a todas las cuestiones planteadas, consideramos relevantes unas breves reflexiones sobre el contenido de los fundamentos de Derecho 4.º y 5.º –no el 6.º– de la Sentencia de la Instancia, sobre cuya específica temática ni siquiera se ha tratado en los motivos de ambos recurrentes. Así pues y adivinando que tal exposición del recurrido pretende una clarificación de conductas de futuro, se significa que esta Sala comparte plenamente el criterio del Juez de Instancia. Por consiguiente, cuando la Compilación del Derecho Civil de Aragón, en el Título IV "De la fiducia sucesoria", cap. II "De la fiducia colectiva, epígrafe fiduciarios no determinados", artículo 115.2.º, disponía que "en otro caso (si no concurre cónyuge viudo) serán fiduciarios los más próximos parientes del causante", es claro que, siendo tal el caso de no determinación de persona concreta en los capítulos matrimoniales para ser fiduciario y fallecida en 1999 la cónyuge viuda, es requisito ineludible contar para el desempeño de la fiducia "con el más próximo pariente del causante" cuya existencia está admitida de consuno, pues hay en éste supuesto, un hermano del instituyente, pariente en más próximo grado a él cuya llamada, pese a las circunstancias concurrentes: vivir en Argentina y tener 90 años, ha sido omitida, no teniendo constancia de que haya fallecido, haya renunciado al cargo o se halle incapacitado, omisión que, de por sí ya determina la nulidad de la escritura de ejecución de la fiducia y cuanto se postulaba en demanda. Esta interpretación es la más acorde, no sólo con el texto normativo en el que está inserto el artículo 115.2 citado, sino también con la tradición jurídica aragonesa respecto del ámbito y sentido de las relaciones personales y patrimoniales entre los miembros integrantes de "la casa".»

Las consideraciones expuestas a modo de «obiter dicta» en la sentencia anterior son plenamente asumidas ahora por esta Sala como «ratio decidendi» de esta nueva resolución: la mención a la proximidad de grado y vecindad como criterios decisivos al tiempo de elegir fiduciario es plenamente respetada con la intervención del hermano del causante, pariente de segundo grado colateral frente a la que se pretende de una prima del causante, pariente del cuarto grado colateral, sin que conste que el hecho de vivir en Argentina el fiduciario le impida conocer en lo necesario la situación familiar para poder decidir sobre la fiducia, ni se derive de las cláusulas de la disposición que constituyó la fiducia que la lejanía del pueblo de origen deba suponer un salto de dos grados en la preferencia para el nombramiento del fiduciario.

Por tanto el motivo debe ser rechazado.

Sexto. El segundo motivo de la impugnación formulada por don … alega que ha sido infringido por la sentencia recurrida el artículo 144.2.3.º LS cuando se admite designación de parientes fiduciarios sin intervención del Fiscal y nombramiento judicial.

Conforme resulta del artículo cuya infracción se denuncia, la posibilidad de nombramiento por el Juez de fiduciarios a los parientes colaterales de hasta el cuarto grado, tiene lugar tan sólo cuando no existan instrucciones del comitente o cuando éstas sean incompletas. Presupuestos que no se dan en el caso de autos, en que los comitentes determinaron con claridad quiénes, entre todos sus

parientes, debían ser los fiduciarios, aunque quedara la total determinación de su identidad para momento posterior.

Por lo que no procede estimar el presente motivo.

Séptimo. Con fundamento en infracción del artículo 1301 del Código Civil se formula el tercer motivo del recurso de casación que ahora se resuelve, entendiendo el recurrente causada la infracción en la medida en que don … intervino como fiduciario creyendo que le obligaba a ejercer tal encargo la sentencia dictada por este Tribunal el día 29 de septiembre de 2001 y a la que antes se hizo repetida referencia.

En contra de lo que expone el recurrente no existe constancia de que fuera el pronunciamiento judicial recogido en la repetida sentencia de esta Sala la única razón que determinó la intervención de don … como fiduciario, lo que por sí solo determina la desestimación del motivo. Además debe valorarse igualmente que el pronunciamiento recogido en tal sentencia, aun hecho, como expresamente se cita, como razonamiento «ad extra» de aquéllos que sirvieron de fundamento de su fallo, clarificó que don … sí debía intervenir como fiduciario en pretensión, también citada de modo expreso en la resolución judicial, de evitar los posibles conflictos que se adivinaba podían llegar a producirse. Por tanto, si efectivamente influyó lo recogido en la sentencia en la decisión de don … de intervenir como fiduciario, no sólo no cabe considerar que tal influencia determinara un vicio de su voluntad, sino que, por el contrario, debe estimarse correcta la admisión por el interesado de la decisión judicial, atendiendo así tanto a la clarificación que hizo la sentencia como a la pretensión de evitar posibles problemas en la designación de fiduciarios.

Por lo que el presente motivo debe ser rechazado.

Octavo. El cuarto y último motivo del recurso de casación se basa en la infracción de los artículos 2 de la Compilación de Aragón en relación con el artículo 145.2 de la LS, que considera el recurrente que se ha producido al faltar la necesaria deliberación en la actuación de los fiduciarios.

Recogido tal argumento como motivo de estimación de la demanda en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, la razón por la que la posterior sentencia de la Audiencia Provincial y ahora recurrida desestimó tal fundamento fue la de no haber constado esta pretensión en el momento de alegaciones del procedimiento, sino después, cuando fueron formuladas sus conclusiones finales por el demandante, con infracción por tanto del artículo 414.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Mantiene el recurrente en su recurso de casación que, en contra de lo recogido por la sentencia recurrida, no cabe entender que exista indefensión de la contraparte por la circunstancia procesal citada, que fue provocada por no haber conocido hasta el interrogatorio de la fiduciaria doña … la falta de deliberación.

De conformidad con lo establecido en el artículo 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tanto los hechos como las razones jurídicas en que se funden las pretensiones de las partes deben ser expuestas en el momento procesal legalmente previsto. Con base en tal normativa, reflejo procedimental del respeto al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, no es admisible la pretensión de la parte de poder introducir, en el momento final del proceso y, por tanto, extemporáneamente, un nuevo fundamento legal de sus pretensiones, pues con ello, altera la adecuada formación de la controversia judicial sin posibilidad para la contraparte de alegar o de proponer prueba sobre la nueva causa

de pedir que sirve de reclamación contra ella.

Por tanto, fue correcta la decisión recurrida, por lo que procede la desestimación del motivo de casación de que se trata.

Noveno. De conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y considerando que el asunto presenta complejidad y dudas de hecho y de derecho, como lo acredita la interposición de recursos de apelación y casación fundados en varios motivos distintos y el diverso contenido de las sentencias dictadas en autos, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en este recurso.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación.

FALLAMOS

Que desestimando como desestimamos el recurso de casación en que ha sido parte el Ministerio Fiscal formulado por la representación procesal de don … contra la sentencia dictada el día 24 de mayo de 2005 por la Audiencia Provincial de Huesca en rollo de apelación núm. 389 de 2004 y estimando como estimamos el recurso de casación interpuesto contra la misma resolución por don …, doña … y don … y don …, acordamos:

1. La desestimación de la demanda rectora de este procedimiento y formulada por don … contra don …, doña …, don … y don ….

2. No hacer expresa imposición de las costas causadas en el presente recurso de casación.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

8

NÚM. 8

S. TSJA 27 de febrero de 2006

51: FUENTES: CÓDIGO CIVIL: Derecho supletorio: ***La aplicación de los artículos del Código Civil que se citan, en especial de los artículos 1354 y 1357, no resulta posible en este caso, al existir norma aragonesa reguladora de la cuestión, no haber laguna en el Ordenamiento propio de la Comunidad Autónoma y no ser preciso, por tanto, acudir al derecho común como supletorio.*** **6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO: Presunción de comunidad**: ***En aplicación del artículo 40 Comp., concordante con lo establecido ahora por el artículo 35 Lrem. no demostrándose la existencia de dinero privativo en las imposiciones bancarias realizadas, éstas deberán tener la condición de consorciales, puesto que la carga de la prueba recae sobre el cónyuge que alegue la privacidad, no siendo aplicable a este caso lo previsto en el artículo 217.6 Lec., pues no tenía el marido que defiende la privaticidad del dinero una situación que hiciera más difícil el control de ingresos e inversiones en comparación con su cónyuge.*** **BIENES PRIVATIVOS:** ***El bien inmueble cuya condición se discute fue adquirido con anterioridad a la celebración del matrimonio por el marido y tiene naturaleza privativa a tenor de lo dispuesto en el artículo 38.1º Comp., que concuerda con el art. 29.1 Lrem, aunque éste no sea aplicable al caso. En la Compilación no se contemplaba de forma expresa la adquisición de un bien con precio aplazado que se pagaba con cargo al consorcio. Podía defenderse que si la adquisición se hacía con el ánimo de defraudar al consorcio, podría considerarse el bien como aportado al consorcio por entender que se compró con el ánimo de hacerlo consorcial; pero en este caso tal consideración no se ha hecho en la sentencia impugnada ni se desprende de los hechos, por ello lo pagado a costa del caudal común dará derecho a reembolso en favor del consorcio (art. 47 Comp.).*** **69: PAREJAS ESTABLES NO CASA-**

DAS: ***La ley aragonesa de parejas estables no casadas no resulta aplicable al caso, pues tal regulación es de fecha posterior al tiempo que convivieron los litigantes, por lo tanto, durante ese tiempo (años 1990 y 1995) se trató de una convivencia «more uxorio», respecto de la cual no establecieron las partes ningún pacto de convivencia. Por lo tanto resulta aplicable la jurisprudencia del TS en orden a los derechos de la partes cuando se rompe la convivencia, que como señala la STS de 12-9-2005, da derecho a una indemnización a través de la doctrina del enriquecimiento injusto. Pero en este caso no se reclama una indemnización, y la vivienda sobre la que la recurrente reclama la mitad, fue adquirida tan sólo por el que luego fue su marido, no teniendo la recurrente ninguna intervención en el contrato que le dé derecho a reclamar dicha titularidad.*** **0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: DERECHO TRANSITORIO: Lrem:** ***En aplicación de la DT 2» de la Lrem. la adquisición de la vivienda con precio aplazado por parte del marido en fecha de 24 de febrero de 1993, y antes de haber contraído matrimonio con la ahora recurrente, determina como ley aplicable a la Compilación, aun cuando, y respecto de esta adquisición no varíe la naturaleza y calificación con respecto a lo que ahora dispone la Lrem. Ahora bien, la liquidación del consorcio sí debe regirse conforme a la ley de 2003.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 40 Comp.; arts. 28 a 35, DT 2ª Lrem.***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Fernando Zubiri Salinas.***

En Zaragoza a veintisiete de febrero de dos mil seis.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación núm. 21/2005, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en fecha 20 de septiembre de 2005, recaída en el rollo de apelación núm. 201/2005, dimanante de autos núm. 75/2004, seguidos ante el Juzgado de 1.ª Instancia número 5 de Zaragoza, por formación de inventario, en el que son partes, don …, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Carmen Redondo Martínez y dirigido por el Letrado don Javier Hernández García, y doña …, representada por el Procurador de los Tribunales don Alberto Broceño Esponey y asistida por la letrado doña Cristina Chárlez Aran, ambas recurrentes-recurridas.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Procuradora de los Tribunales doña Carmen Redondo Martínez, en nombre y representación de don …, presentó solicitud de formación de inventario con base a los hechos y fundamentos que en la misma expresó, suplicando al juzgado que, previos los trámites legales, se señale día y hora para la formación de inventario, acompañando una propuesta de inventario. Admitida a trámite la demanda, se señaló día citándose a la demandada, celebrándose sin acuerdo por las partes, por lo que se celebró vista y se practicaron pruebas con el resultado que obra en las actuaciones. En fecha 13 de enero de 2005, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Fallo: Acuerdo que el inventario del patrimonio consorcial de los litigantes, don … y doña …, está formado por las siguientes partidas: A. ACTIVO: 1. Vehículo BMW. 2. Vehículo Rover. 3. Inversión en Forum Filatélico, valorada en enero de 2003, en la cantidad de 8.026,95 euros. 4. Imposición en Banco Atlántico, según certificación de la entidad bancaria, de 19 de octubre de 2002. 5. Negocio de tienda franquiciada Lanidor, en la calle León XIII de Zaragoza. 6. Crédito de la sociedad contra don …, por la cantidad invertida en reformar las clínicas del paseo de Teruel de Zaragoza y Alfaro, por importe de 32.959,70

euros; este importe deberá actualizarse. 7. Crédito de la sociedad contra don …, por las cantidades abonadas durante la vigencia de la sociedad consorcial para amortización del préstamo hipotecario de la vivienda de la URBANIZACIÓN000, de acuerdo con la certificación bancaria correspondiente. 8. Crédito de la sociedad contra don …, por las cantidades abonadas durante la vigencia de la sociedad consorcial para amortización del préstamo hipotecario de la vivienda del PASEO000. La determinación de su importe concreto queda aplazada a la liquidación de la sociedad. B. Pasivo. 1. Préstamo con Banco Atlántico para instalación de tienda. 2. Préstamo con Banco Atlántico para compra de vehículo Rover. En ambos casos, las amortizaciones efectuadas por cualquier esposo tras la admisión a trámite de la demanda de separación darán lugar al derecho a ser reintegrado en los importes que excedan de la mitad de los pagos mensuales a satisfacer. No hago especial pronunciamiento sobre costas.»

Segundo. Interpuestos por ambas partes, en tiempo y forma, sendos recursos de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia número 5 de Zaragoza, y oponiéndose cada una al interpuesto de contrario, se pasaron las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza que dictó sentencia con fecha 20 de septiembre de 2005, cuya parte dispositiva dice así: «Fallamos: Que desestimando los recursos de apelación interpuestos por don … y doña …, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 5 de Zaragoza, el 13 de enero de 2005, debemos confirmar y confirmamos la misma, sin hacer declaración de las costas causadas en esta alzada.»

Tercero. La Procuradora de los Tribunales Sra. Redondo Martínez, actuando en nombre y representación de don … presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial, y admitido lo interpuso basando el recurso en infracción por aplicación incorrecta de los artículo 28 a 35 y 36 de la Ley 2/2003 de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad.

Por su parte, el Procurador de los Tribunales Sr. Broceño Esponey en nombre y representación de doña María Dolores, presentó igualmente en tiempo y forma, escrito preparando recurso de casación contra dicha sentencia, y admitido, interpuso el recurso basándolo en la infracción por inaplicación-aplicación incorrecta de los artículos 28-35 y la Disposición Transitoria Segunda de la misma Ley.

Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, se dictó en fecha 2 de diciembre de 2005 auto por el que se admiten ambos recursos a trámite, confiriéndose traslado del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de 20 días para impugnación si viere convenirle, formulando ambas oposición, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 8 de febrero de 2006.

Es Ponente el Excmo. Sr. Presidente don Fernando Zubiri de Salinas, quien expresa el parecer del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La resolución de los recursos de casación interpuestos por los litigantes exige partir de unos hechos, tal como han resultado comprobados en las instancias. De ellas resulta:

1. A comienzos del año 1990 los ahora recurrentes don … y doña … comenzaron a convivir maritalmente, tras haber estado casado el señor ... con otra persona, cuyo matrimonio se regía por el régimen matrimonial de separación de bienes.

2. El señor … y la señora … no establecieron pacto alguno para regular los efectos económicos de su convivencia.

3. En escritura pública de fecha 24 de febrero de 1993 don …, afirmando ser de estado casado con su cónyuge de la que se hallaba separado, adquirió por compra una vivienda sita en URBANIZACIÓN000, en Cuarte de Huerva (Zaragoza), en la que los ahora litigantes fijaron su residencia. El precio de la compra fue de 25.000.000 de pesetas, subrogándose el adquirente en la condición de prestatario en el préstamo con garantía de hipoteca que estaba concertado con la entidad Caja de Ahorros de la Inmaculada (CAI), hasta el importe de 21.000.000 de pesetas, de las que hasta el 15 de junio de 1993 se abonaron 4.000.000 de pesetas.

4. El día 18 de abril de 1995 don … y doña … contrajeron matrimonio, sin hacer capitulaciones matrimoniales.

5. El día 30 de diciembre de 1997 el Sr. … sufrió un grave accidente de tráfico, como consecuencia del cual resultó lesionado, recibiendo posteriormente indemnizaciones cuyo importe supera los 180.000 euros, sin que conste el destino de las cantidades percibidas.

6. Constante matrimonio se efectuó una imposición en el Banco Atlántico, no constando el origen de dichos fondos. Igualmente se aportó la suma de 8.000.000 de pesetas para pago del préstamo con garantía de hipoteca que gravaba la vivienda ocupada por la familia. También se hizo una aportación de 30.000 euros para la instalación de un negocio de confección, en modalidad de franquicia, que regentó la esposa.

7. Por sentencia de fecha 25 de marzo de 2003, dictada por el Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia número 5 de esta capital, se decretó la separación matrimonial de los cónyuges.

Segundo. Tras la separación conyugal el Sr. … planteó, al amparo de lo establecido en el artículo 77, apartado 1.º, de la Ley aragonesa 2/2003 de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y de la Viudedad, la división y liquidación del patrimonio consorcial, lo que se llevó a efecto procesalmente en la forma prevenida en el libro IV, título segundo, capítulo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En ese ámbito procesal los cónyuges formularon sus respectivas propuestas de inventario de activo y pasivo, entre las que existían divergencias centradas, sustancialmente, en la naturaleza privativa o consorcial del chalet sito en URBANIZACIÓN000, de Cuarte de Huerva; las imposiciones en Banco Atlántico y Fórum Filatélico; el negocio de tienda de confección en modalidad de franquicia, y los créditos existentes a favor de la sociedad por reformas llevadas a cabo en clínicas dentales del marido. El Juez de Primera Instancia estimó en el fallo de su sentencia, que se ha trascrito en los precedentes antecedentes fácticos, que la citada vivienda era bien privativo del marido; que las imposiciones en Banco Atlántico y en Fórum Filatélico correspondían al activo del consorcio conyugal, al igual que un crédito de la sociedad contra don …, por las cantidades invertidas en reforma de sus clínicas sitas en Zaragoza y Alfaro, y el crédito por las cantidades abonadas durante la vigencia de la sociedad consorcial para amortización del préstamo hipotecario de la vivienda situada en URBANIZACIÓN000, además de otros bienes y derechos; y que el pasivo estaba constituido por dos préstamos concertados con Banco Atlántico, para instalación de la tienda referida y para compra de un automóvil.

Recurrida dicha sentencia por ambas partes, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza desestimó ambos recursos, en la sentencia que es objeto del presente recurso de casación.

Recurso de don ….

Tercero. La representación procesal de don ... ha interpuesto recurso de casación ante esta Sala, que funda en la infracción, por aplicación incorrecta, de los artículos 28 a 35, y 36, de la Ley 2/2003, de 12 de febrero de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad. En el desarrollo del motivo estima que los 180.000 euros percibidos por el Sr. ... como indemnización por el accidente de tráfico sufrido son bienes privativos, integrados en parte en los depósitos en el Banco Atlántico y dedicados, en otra parte, para aminorar el préstamo hipotecario y servir de capital para la puesta en marcha del negocio textil, en régimen de franquicia.

De los preceptos que se citan como infringidos, la Sala sentenciadora en segunda instancia únicamente hace aplicación del artículo 35, aunque juntamente con el artículo 40 de la Compilación aragonesa. Con independencia de lo que posteriormente se dirá, en orden a la aplicación al caso del régimen jurídico regulador del consorcio conyugal en la Compilación del Derecho Civil de Aragón, es lo cierto que no se ha producido en la sentencia recurrida la infracción del Ordenamiento jurídico que se denuncia.

En efecto, los alegatos del recurrente en apoyo de su recurso se centran en disentir de las apreciaciones fácticas sentadas en la sentencia impugnada, tanto en cuanto al origen de los fondos antes referidos, como a la presunción de consorcialidad. Lo cierto es que el recurso de casación se establece para la garantía del Ordenamiento jurídico, y en función de unos determinados hechos acreditados en las instancias, para concluir si la aplicación del Derecho a los hechos comprobados se ha realizado correctamente. Pero el presente recurso pretende modificar los hechos que se han declarado probados en la sentencia por su propia apreciación probatoria, haciendo de este modo supuesto de la cuestión, en la forma reiteradamente denunciada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, como expresión de que el recurrente parte de unos hechos que no son los acreditados en las instancias procesales.

Por otra parte, las alegaciones referidas a la existencia de una imposibilidad de probar determinados hechos y a la inversión de la carga de la prueba, que conduciría a que la presunción de consorcialidad quedara sustituida por la presunción de bien privativo, es radicalmente opuesta a lo establecido en el Ordenamiento jurídico, en este caso en el artículo 40 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, concordante en su contenido con lo establecido actualmente en el artículo 35 de la Ley Aragonesa 2/2003, de 12 de febrero.

Cuarto. La argumentación de la parte recurrente parece referirse a lo establecido en el artículo 217, apartado 6, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto establece que el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio. De ello extrae el recurrente la consecuencia de que, ante la dificultad de la prueba de que las aportaciones a las inversiones en Banco Atlántico y Fórum Filatélico se hubiesen hecho con fondos privativos, y en la constancia de haber recibido una indemnización, debía invertirse la carga de la prueba y partir de la presunción de privatividad de dichas inversiones.

Pero ello no es así. De una parte no parece que, en este caso, el marido tuviese una situación que le hiciese más difícil el control de los ingresos e inversiones, en comparación a su cónyuge; de otra, cabe acreditar la fuente de tales inversiones a través de prueba indirecta, indiciaria o de presunciones, en los términos prevenidos en el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues en esta materia no existe limitación de los medios de prueba como sucede, en Derecho inmobiliario registral, en el artículo 95.2 del Reglamento hipotecario, que limita a la documental pública la prueba de privatividad del precio o de la contraprestación del bien adquirido en concep-

to de privativo, durante la sociedad de gananciales. En este caso tanto la sentencia del Juzgado como la de la Audiencia Provincial han valorado el acervo probatorio y han concluido en entender que no existe prueba de que las cantidades existentes como fondos o inversiones en las entidades citadas tuvieran su origen en la indemnización percibida.

Ante esta conclusión, no combatida en el recurso por la vía adecuada, mediante la invocación, como infringidas, de las normas reguladoras de la valoración de la prueba, en cuanto se hubiera podido producir un error patente o una valoración ilógica o arbitraria, debemos concluir que el tribunal de instancia ha hecho una correcta aplicación de la presunción de consorcialidad, y por tanto procede la desestimación del recurso deducido por don ….

Recurso de doña ….

Quinto. El recurso interpuesto por la representación de doña … se funda, en su motivo único, en la infracción por inaplicación-aplicación incorrecta, de los artículos 28-35 y su Disposición Transitoria Segunda de la Ley 272003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad. En el desarrollo del motivo la parte impugnante se centra en el tema de la naturaleza de la vivienda sita en URBANIZACIÓN000, que entiende debe ser considerada como un bien consorcial, pues fue adquirido por don … cuando ya convivía maritalmente con la recurrente y la compra se hizo con precio aplazado. Reclama la consideración de pareja de hecho, e invoca no sólo los preceptos que reputa infringidos, sino también los artículos 1354, 1357 y 1361 del Código Civil.

En el motivo se mezclan preceptos de distintos Ordenamientos jurídicos, disposiciones sustantivas y otra de Derecho intertemporal, y normas reguladoras del régimen económico matrimonial con las que rigen las parejas de hecho, lo que realmente no corresponde a una depurada técnica casacional, que exige la claridad en la exposición y la suficiente separación en los motivos, sin que se puedan mezclar en uno solo normas de naturaleza sustancialmente diferente. No obstante, la flexibilidad con que se viene aplicando la regulación de la interposición del recurso de casación por esta Sala y la presencia de una clara voluntad impugnativa conducen a entrar a considerar los diferentes reproches que, en el recurso de casación, se hacen a la sentencia de la Audiencia Provincial.

Sexto. Desde la perspectiva del Derecho a aplicar, la Disposición Transitoria Segunda de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, que entró en vigor el día 23 de abril de dicho año, establece que los hechos, actos o negocios relativos al otorgamiento o modificación de capítulos, adquisición de bienes, contracción de obligaciones, gestión o disposición de bienes y disolución, liquidación o división del consorcio conyugal, así como los relativos al derecho expectante y al usufructo de viudedad, sólo se regirán por esta Ley cuando tengan lugar o hayan sido realizados con posterioridad a su entrada en vigor. Refiriéndose el recurso al acto de la adquisición de la vivienda, lo que tuvo lugar en escritura pública de 24 de febrero de 1993, es correcta la aplicación de la Compilación en cuanto al alcance de tal acto jurídico, que constituyó título de adquisición del bien inmueble. Aunque la liquidación del consorcio deba regirse por la ley de 2003, la naturaleza privativa o consorcial de los bienes se regirá por la norma vigente al tiempo de su adquisición.

Pero, como luego se verá, las consecuencias jurídicas no son diferentes respecto a la naturaleza, privativa o consorcial, del bien objeto de litigio, tanto se aplique la Compilación del Derecho civil de Aragón como la ley antes enunciada.

Séptimo. No pueden ser aplicables al caso las normas reguladoras de las parejas estables no casadas, establecidas en la Ley 6/1999, de 26 de marzo, de las Cortes de Aragón. Tal regulación es de fecha posterior al periodo en que, según está

comprobado, convivieron los litigantes, comprendido entre 1990 y 1995, y la ley expresada no tiene efectos retroactivos.

Se trató, durante ese periodo de tiempo, de una convivencia «more uxorio», respecto de la cual los convivientes no establecieron pacto de convivencia alguno. Según jurisprudencia ya consolidada del Tribunal Supremo, recogida en la Sentencia de 12 de septiembre de 2005, que a su vez cita la de 17 de junio de 2003, «las uniones «more uxorio», cada vez más numerosas, constituyen una realidad social, que, cuando reúnen determinados requisitos –constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial– han merecido el reconocimiento como una modalidad de familia, aunque sin equivalencia con el matrimonio, por lo que no cabe trasponerle el régimen jurídico de éste, salvo en algunos de sus aspectos. La conciencia de los miembros de la unión de operar fuera del régimen jurídico del matrimonio no es razón suficiente para que se desatiendan las importantes consecuencias que se pueden producir en determinados supuestos, entre ellos el de la extinción". Dicha sentencia, tras un extenso razonamiento, fija el siguiente criterio: "En conclusión y como epítome, se puede decir que en el criterio jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de compensación económica no pactada en la ruptura de las parejas de hecho, se puede constatar que la técnica más utilizada es la de la doctrina del enriquecimiento injusto, seguida por la de protección del conviviente más perjudicado por la situación de hecho, más tarde la de la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil, y por la de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, y por último la de disolución de la sociedad civil irregular o comunidad de bienes". En el presente recurso no se reclama indemnización por vía de enriquecimiento sin causa, y la vivienda de que se trata no fue adquirida por ambos convivientes, pues ninguna intervención tuvo en el contrato de compraventa la ahora recurrente.

Octavo. La aplicación de los preceptos del Código Civil que se citan en el recurso, especialmente los artículos 1354 y 1357, no resulta posible en este caso, al existir norma aragonesa reguladora de la cuestión, no haber laguna en el Ordenamiento jurídico propio de la Comunidad Autónoma y no ser preciso, por tanto, acudir al Derecho común como supletorio.

El bien inmueble de cuya condición se disiente fue adquirido con anterioridad a la celebración del matrimonio por el marido, y tiene naturaleza privativa a tenor de lo dispuesto en el artículo 38.1º, de la Compilación, concordante con el artículo 29, primer párrafo, de la Ley 2/2003, pues se trata de un supuesto de bienes privativos de cada cónyuge los que le pertenecieren al iniciarse el consorcio. No está en ninguno de los supuestos que el artículo 37 contemplaba para que fuesen bienes comunes; y concretamente, el apartado C) del artículo 28 de la Ley citada, a que se refiere con insistencia la parte recurrente –aparte su no aplicación al caso– precisa, para que se produzca el efecto establecido en la norma, que se trate de bienes adquiridos constante matrimonio, lo que no sucedió en el caso de autos.

En Derecho aragonés la compra de un bien por parte de uno de los cónyuges, con anterioridad a contraer matrimonio y mediante fórmula de pago aplazado del precio, que se va satisfaciendo al vendedor durante el matrimonio posterior, no es objeto de contemplación específica, como sí lo es en los artículos del Código Civil que se han citado. Puede entenderse que si la operación se hubiera realizado en fraude del futuro consorcio, gravado con el pago del precio, podría considerarse el bien como aportado al consorcio, por entender que la adquisición se hizo en calidad de cederlo a la masa común. Pero en este caso tal

consideración no se ha hecho en la sentencia impugnada, ni se desprende del conjunto fáctico. Únicamente cabe el reintegro entre patrimonios por lo aportado por el patrimonio consorcial al pago del precio de un bien privativo, en los términos establecidos en el artículo 47 de la Compilación, concordante con el 44 de la Ley 2/2003, como ya se ha recogido en el fallo de la sentencia del juzgado de primera instancia, apartado A-7.

Por ello procederá la desestimación del recurso deducido.

Noveno. La desestimación de ambos recursos de casación conduce a no hacer especial imposición de las costas, dada la naturaleza compleja de la cuestión controvertida, en los mismos términos en que ya resolvió la Audiencia Provincial acerca de los recursos de apelación. Decisión que se adopta conforme a lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por don …, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Carmen Redondo Martínez, y doña …, representada por el Procurador de los Tribunales don Alberto Broceño Esponey, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en fecha 20 de septiembre de 2005, que confirmamos en todos sus pronunciamientos, sin hacer imposición de las costas de estos recursos de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

9

NÚM. 9

S. TSJA 8 de marzo de 2006

84: SERVIDUMBRES: DE PASO: Usucapión: ***No procede la usucapión cuando el paso es meramente tolerado y así consta en el documento de adquisición de la finca: «los compradores podrán pasar por el fundo colindante hasta que se habilite el paso por la calle Botorrita».***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 147 Comp., art. 444 y 1942 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Manuel Serrano Bonafonte.***

En Zaragoza a ocho de marzo de dos mil seis.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación núm. 20/2005, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, en fecha 15 de septiembre de 2005, recaída en el rollo de apelación núm. 307/2005, dimanante de procedimiento ordinario núm. 1054/2004, seguido ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 12 de Zaragoza, en el que son partes, como recurrentes, don Miguel Ángel M. F. y doña Manuela C. R., representados por el Procurador de los Tribunales don Carlos Ruiz Ramírez y dirigidos por el Letrado don Juan José García Araus y como recurridos don Ángel Lorenzo M. G. y doña Carmen T. T., representados por la Procuradora doña M.ª Ángeles Prieto Sogo y asistidos por el Letrado don Miguel Ángel Pinedo Cestafe.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El Procurador de los Tribunales don Carlos Ruiz Ramírez en nombre y representación de don Miguel Ángel M. F. y doña Manuela C. R., presentó ante la Oficina de Registro y Reparto del Decanato demanda de Juicio Ordinario sobre acción negatoria de

servidumbre, que correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Zaragoza, con base en los hechos y fundamentos que en la misma expresa, suplicando al Juzgado: «1. Se declare la procedencia de la acción negatoria de servidumbre de paso entre los predios descritos en el cuerpo del presente escrito, declarando la inexistencia de servidumbre de paso en el de mis mandantes, a favor del de los demandados. 2. Se condene a los demandados a estar y pasar por las consecuencias de las anteriores declaraciones, absteniéndose en lo sucesivo de perturbar el dominio de los actores, pudiendo los actores proceder al cierre del paso consentido entre las dos fincas descritas en el cuerpo del presente escrito. 3. Se condene a la parte demandada al pago de las costas procesales». Admitida a trámite la demanda, se acordó el emplazamiento de los demandados que dentro de plazo presentaron el oportuno escrito de contestación a la demanda con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimaron pertinentes y terminaron con el súplico de que se dictase sentencia desestimatoria de la demanda, con expresa imposición de costas a la actora. Convocadas las partes a audiencia previa para intentar un acuerdo o transacción, no fue conseguido, por lo que se acordó la continuación de la audiencia para la proposición y admisión de la prueba, señalándose día para la celebración del juicio, en el que se practicaron las pruebas propuestas y admitidas, cuyo resultado obra en el soporte de vídeo correspondiente, quedando los autos en poder de S.S.ª para dictar la resolución que procediera. En fecha 4 de marzo del año 2005, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «Fallo. Que estimando la demanda formulada por don Miguel Á. M. F. y doña Manuela C. R. contra don Ángel L. M. G. y doña M.ª Carmen T. T.: 1. Debo declarar y declaro la inexistencia de servidumbre de paso que grave la finca de la parte demandante indicada en la demanda. 2. Debo condenar y condeno a que en lo sucesivo no perturbe el dominio de la parte actora, pudiendo esta parte proceder al cierre del paso consentido entre la finca de la parte actora y parte demandada. Con imposición de costas a la parte demandada».

Segundo: La Procuradora Sra. Prieto Sogo presentó recurso de apelación contra la sentencia anterior, del que se dio traslado a la parte contraria, que se opuso al mismo, remitiéndose los autos a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma, y tras los trámites legales se dictó sentencia con fecha 15 de septiembre de 2005, siendo la parte dispositiva de la sentencia del siguiente literal: «Fallo: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la legal representación de don Ángel Lorenzo M. G. y doña M.ª Carmen T. T., debemos revocar la sentencia ya reseñada. Desestimando la demanda y absolviendo a los demandados. Sin costas en ninguna de ambas instancias».

Tercero: El Procurador de los Tribunales Sr. Ruiz Ramírez en nombre y representación de doña Manuela C. R .y don Miguel Ángel M. F. presentó escrito anunciando recurso de casación contra la sentencia anterior, que se tuvo por preparado en tiempo y forma, interponiendo seguidamente el mentado recurso, que basó en los siguientes motivos: Primero. Infracción por aplicación indebida del artículo 147 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón. Segundo. Infracción en el sentido negativo de inaplicación de los artículos 444 y 1942, ambos del Código Civil, así como de la Jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, (sentencia de fecha 14 de julio de 2004). Emplazadas las partes, se remitieron las actuaciones a esta Sala.

Cuarto: Comparecidas las partes en esta Sala y recibidas las actuaciones, se dictó auto en fecha 2 de diciembre de 2005 por el que se admitió a trámite el recurso, confiriendo traslado a la parte recurrida por el plazo de veinte días para

impugnación, lo que hizo dentro de plazo, señalándose para votación y fallo el día 15 de febrero de 2006, en que se llevó a efecto.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Manuel Serrano Bonafonte.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: En su demanda los hoy recurrentes refieren que en su finca sita en la localidad de Cadrete (Zaragoza) existe un paso que da acceso a la de los demandados que fue establecido por mera tolerancia de los anteriores propietarios de los que traen causa, en tanto en cuanto se habilitara acceso a la finca de tales demandados por la calle Botorrita. Al haberse producido la apertura y urbanización de dicha calle, entienden que debe cesar aquella tolerancia. Con tal finalidad interpusieron la demanda, en ejercicio de una acción negatoria de servidumbre de paso. En apoyo de su pretensión y como fundamento de la misma ponen de manifiesto como su finca y la de los demandados, originariamente, era un solar de 1.200 m² propiedad de don Vicente Ll. y doña Concepción V., quienes en escritura de 17 de noviembre de 1994 lo segregaron en dos porciones de 600 m² cada una, vendiendo una parte a don Ángel Lorenzo M. G., casado con doña Carmen T. T. (demandados) y la otra a doña María Jesús M. P., casada con don Joaquín M. G. –hermano del demandado– haciendo constar en dicho instrumento público que se encontraba libre de cargas. La Sra. M. y don Joaquín M. vendieron el solar de su propiedad, mediante escritura de 27 de mayo de 1997, a don Víctor M. S. y a su esposa doña Miguela F. P., constando en esta escritura que a través de este solar se accedía al otro, hasta que se habilitara acceso por la calle Botorrita, en cuyo momento cesaría dicho paso. Producida la separación del matrimonio M. F. (padres del actor) le fue adjudicado a la esposa el solar de constante mención, que donó a su hijo y a doña Manuela C. R. –aquí recurrentes– en escritura de fecha 16 de julio de 2004, en la que igualmente se hizo constar la existencia del paso hasta la habilitación de la calle Botorrita, momento en el que cesaba la tolerancia. Finalizadas las obras de dicha calle en el mes de junio de 2004 sin que los demandados cesasen en la utilización del paso, los actores interpusieron la demanda que da origen a estas actuaciones en la que interesaban la declaración de inexistencia de tal servidumbre y la condena de los demandados para que en lo sucesivo se abstuvieran de perturbar su dominio, pudiendo los actores proceder al cierre del paso consentido entre las dos fincas. El Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de los de Zaragoza dictó sentencia con fecha 4 de marzo de 2005 estimatoria de la demanda, al considerar que el paso fue un acto de mera tolerancia, puesto que aun cuando la venta a los hermanos M. G. se produjera sobre los años 1985/1986, en la escritura de 1994, de compra y segregación, no consta que el solar adquirido por el hermano del demandado estuviera gravado con una servidumbre.

Segundo: La sentencia fue apelada por los demandados argumentando que el paso por la finca de los actores lo habían adquirido por usucapión habida cuenta la fecha de compra de la finca sobre los años 1985 o 1986. La sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza estimó el recurso de apelación, revocó la de instancia, desestimó la demanda y absolvió a los demandados al considerar, entre otros fundamentos, que: «bien por título (acuerdo verbal), bien por usucapión (art. 147 C.D.C.A.) han constituido sobre el paso litigioso una servidumbre». Frente a esta sentencia los actores interponen el presente recurso de casación que articulan en dos motivos: El primero de ellos considera indebida la aplicación del artículo 147 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón y el segundo por inaplicación de los artículos 444 y 1942 del Código Civil y de la Sentencia de esta Sala de 14

de julio de 2004. En el primero sostienen que debe estarse a lo que resulta de la escritura de 27 de mayo de 1997 en la que el hermano del demandado vendió a los padres del actor la finca, libre de cargas y gravámenes, si bien haciendo constar que existe un paso con efectos meramente personales, hasta tanto se habilite por el Municipio acceso a través de la calle Botorrita «en cuyo momento cesará el actual paso consentido». De ahí que a su juicio no procediera la aplicación del artículo 147 de la Compilación. En el segundo, con el mismo argumento, mantienen ser de aplicación el artículo 444 del Código Civil al considerar el paso como un acto meramente tolerado que no puede afectar a la posesión, al igual que el 1942 del mismo Cuerpo legal. Los demandados-recurridos propugnan la inadmisibilidad del recurso –en esta fase sería su desestimación– porque lo que intentan los actores es «volver a revisar el caso, pretendiendo que se haga una nueva valoración de la prueba», y, en su caso, subsidiariamente, postulan la desestimación del mismo afirmando su adquisición por prescripción.

Tercero: Dando respuesta a la petición de inadmisibilidad que la parte recurrida efectúa debemos dejar sentado que no concurre tal porque el pleito fue seguido partiendo de su cuantía –a ella se refirieron los recurrentes en su escrito de preparación– invocando también interés casacional; y si bien es cierto que a lo largo de su recurso traen a colación cuestiones de prueba que valoran e interpretan de modo particular, denuncian vulneración de normas sustantivas en relación con el principio de presunción de libertad de cargas de los fundos. En todo caso, lo que se desprende de su actuación en este trámite es su clara «voluntad impugnativa», reconocida por el Tribunal Supremo y por esta Sala, que permite revisar no los elementos fácticos fijados en la instancia, lo que está vedado en casación, sino la forma en que el Tribunal «a quo» valoró determinados hechos. Es decir, que partiendo de la intangibilidad del «factum» es posible el control sobre su calificación. En definitiva, si bien no es dable la revisión del resultado de la valoración de la prueba, sí lo es la de los juicios de inferencia. Procede por tanto la desestimación de la invocada causa de inadmisibilidad.

Cuarto: El primer motivo de casación considera infringido por aplicación indebida el artículo 147 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, que dispone: «Todas las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe». El segundo motivo denuncia infringidos por inaplicación los artículos 444 y 1942 del Código Civil. El primero de ellos, dice: «Los actos meramente tolerados, y los ejecutados clandestinamente y sin conocimiento del poseedor de una cosa, o con violencia, no afectan a la posesión». El segundo, determina: «No aprovechan para la posesión los actos de carácter posesorio ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño».La íntima conexión entre los motivos aconseja su examen conjunto como a continuación hacemos.

Quinto: Sabido es que la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño y por tanto supone una limitación en el ejercicio de la propiedad. Por tratarse de un gravamen de la libertad de los fundos ha de estar bien expresa la voluntad de las partes sobre tales extremos, sin que sea lícito interpretarlas de forma extensiva (véase STS 13 de marzo de 1952). La STS de 27 de junio de 1955, dijo: «Los principios generales del derecho y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo aconsejan favorecer en lo posible el interés y condición del predio sirviente por ser de interpretación estricta toda la materia relativa a imposición de gravámenes, pero ese principio de interpretación favorable al derecho de propiedad, solo puede prevalecer en los casos dudosos». En análogo

sentido la STS de 11 de marzo de 2003 enseñó que en caso de duda debe prevalecer el interés del predio sirviente y la STS de 19 de septiembre de 1988 dijo: «Existe la servidumbre cuando se evidencia la certeza del título que lo acredita».La sentencia de la Audiencia dijo: –Que es complejo el hecho de la posible existencia de servidumbre por título o usucapión. –Que no existe «tanta claridad» en cuanto a la fecha de constitución de la servidumbre. –Que tal momento no aparece fehacientemente documentado, salvo en la escritura de venta de 16 de noviembre de 1994. –Deduce que en 1993 el demandado pagaba a ERZ por consumo en una casa en la Calle Biota. –Si poseía o utilizaba (condicional) a título de derecho como dueño del predio dominante, «en todo caso» habría adquirido la servidumbre ex art. 147 (Compilación).– Plantea como cuestión crucial si tal uso fue o no por mera tolerancia.–Reconoce que «el otorgando cuarto de dicha escritura notarial (se refiere a la de mayo de 1997) ofrece pocas dudas, si bien recuerda que se trata de la manifestación de un tercero (Joaquín M, hermano del demandado). Afirma que la cuestión es dudosa. Que el paso era de naturaleza «imprescindible» lo que desdibuja bastante la tolerancia.– Dice que los demandados gozaron de un paso al que tenían derecho y por tanto: bien por título, bien por usucapión, han constituido una servidumbre de paso. –Se refiere a la posible extinción de la servidumbre, y, finalmente, –en atención a la «situación dudosa creada por las tantas veces citadas escrituras notariales de 1994 y 1997», no impone las costas en ninguna de las instancias.

Sexto: A la vista de la doctrina del Tribunal Supremo a que se ha hecho mención, considera la Sala que el recurso de apelación debió haberse desestimado por cuanto las dudas que la cuestión planteó a la Audiencia debieron resolverse a favor de la estimación de la acción negatoria. Para llegar a la estimación del recurso el Tribunal «a quo» partió de dos consideraciones: que el paso era de naturaleza imprescindible y que como los demandados tenían derecho a tal paso, bien por título, bien por usucapión quedó constituida la servidumbre. Pero el razonamiento no puede ser aceptado. Esta afirmación al presumir la certeza de un hecho controvertido constituye una inferencia y por tanto es susceptible de revisión en casación (entre otras STS de 26 de febrero de 2000). Si el paso era de naturaleza imprescindible, los demandados debieron hacer uso del derecho que el artículo 564 del Código Civil concede al propietario de una finca enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público, probando su necesidad real. No actuaron de esta forma los Sres. M. T., si bien utilizaron el paso para el acceso a su finca lo que viene a poner de manifiesto que había una tolerancia que queda de relieve en la escritura de 27 de mayo de 1997 en la que doña M.ª Jesús M. P. y D. Joaquín M. G. –recuérdese, hermano del demandado– venden a don Víctor M. S. y doña Miguela F. P. el solar señalado con el número 3 de la calle Biota, en Cadrete, libre de cargas, haciéndose constar que a través de ese solar, mediante paso de unos 8 metros de profundidad y 3 de anchura se accede al otro solar, bien que hasta tanto, se habilite por el municipio acceso a través de la calle Botorrita, en cuyo momento cesará el actual paso consentido. Considera la Audiencia que «se trata de la manifestación de un tercero que no puede perjudicar los posibles derechos de don Ángel y doña Carmen, aunque si servir para interpretar voluntades». Pues bien, la interpretación lógica abona por la tolerancia, puesto que fueron ambos hermanos (don Joaquín y don Ángel), quienes adquirieron de su primitivo dueño don Vicente Lasa el solar de 1200 m. cuadrados que segregaron en dos porciones de 600 m. cuadrados cada una que se adjudicaron los hermanos, sin que se estableciera servidumbre alguna. De ahí que cuando don Joaquín vende a los padres del recurrente haga constar que la finca carece de cargas y que el paso existente es hasta tanto se acceda a

la propiedad de los demandados por la calle Botorrita. Por ello ninguna trascendencia puede tener que el demandado pagara desde 1993 a Eléctricas Reunidas de Zaragoza el consumo eléctrico, para deducir de este hecho que si poseía la casa era evidente que tenía que pasar por el camino litigioso, y de aquí concluir que «si poseía o utilizaba ese bien a título de derecho, como dueño del predio dominante, en todo caso habría adquirido la servidumbre ex art. 147». No resulta de las actuaciones que el demandado utilizara el paso a título de derecho, sino como se acaba de resaltar a virtud de tolerancia de su hermano, de la que queda constancia en el momento de la venta en el año 1997. Finalmente es de resaltar que establecida la servidumbre mediante sentencia, el perjuicio que se causaría a los recurrentes devendría irreparable pues habrían de soportar una carga que en modo alguno podrían extinguir a no ser adquiriendo la finca de los demandados o mediante renuncia de estos, lo que no es presumible.

En méritos de lo expuesto resulta procedente la estimación del recurso, la casación de la sentencia dictada por la Audiencia y la confirmación del fallo de la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia, con imposición a los demandados de las costas de primera instancia, sufragando cada parte las causadas a su instancia en la apelación y en este recurso.

FALLO

Debemos estimar y estimamos el recurso de casación interpuesto por el Procurador de los tribunales don Carlos Ruiz Ramírez, en la representación que ostenta de don Miguel Ángel M. F. y doña Manuela C. R., contra la sentencia dictada en apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que casamos y anulamos, confirmamos íntegramente la sentencia que dictara con fecha 4 de marzo de 2005 el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de los de esta Ciudad. Imponemos a la parte demandada las costas de la primera instancia, sin expresa imposición de las causadas en el recurso de apelación y en este de casación. Una vez firme esta sentencia, líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos. Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamientos, mandamos y firmamos.

10

NÚM. 10

S. TSJA 10 de marzo de 2006

74: FIDUCIA SUCESORIA: SITUACIÓN DE PENDENCIA: Obligaciones y cargas: ***Para que sea aplicable el artículo 136 Lsuc. es necesario que nos encontremos ante una deuda exigible con cargo al patrimonio hereditario.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***arts. 28, 30, 136.c, 137.1, 138.2, 141 Lsuc. 6.3 Cc.***

PONENTE: ***Ilmo. Sr. don Luis Fernández Álvarez.***

En Zaragoza a diez de marzo de dos mil seis.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación núm. 22/2005, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, en fecha 7 de octubre de 2005, recaída en el rollo de apelación núm. 465/2005, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 1036/2004, seguidos ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 12 de Zaragoza, en el que son parte, como recurrente, don José Alfonso de A. A., presentado por el Procurador de los Tribunales don Luis Ignacio Ortega Alcubierre y dirigido por el Letrado don Francisco Javier Sancho Arroyo Lopez-Rioboo, y como recurrido don Alejandro María Alberto de A. A., representado por la Procuradora doña Gemma Laguna Broto y asistido por el letrado don Pedro José Barrachina Bolea.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: La Procuradora de los Tribunales doña Gemma Laguna Broto, actuando en nombre y representación de don Alejandro A. A., presentó ante la oficina de registro y reparto del Decanato demanda de juicio ordinario, que correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. Doce de Zaragoza, en la que, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se declare: 1. Que don José Alfonso A. A. carece de título legítimo y válido, otorgado por su madre en uso de facultades fiduciarias o en ejercicio de cualquier otro derecho que ella pudiere tener sobre la finca, que le permita, tras el fallecimiento de ésta ocupar y cultivar la porción de 0,39 hectáreas de la finca cuya propiedad fue adjudicada al demandante en cumplimiento de la disposición testamentaria de doña María del Pilar A. H. 2. Que por ello, debe respetar el derecho de propiedad del demandante sobre la porción de la finca que ha venido ocupando y cultivando y dejar dicha porción libre, expedita y a disposición del demandante. 3. Que desde la terminación del año agrícola en que se produjo el fallecimiento de su madre posee la porción de la finca de mala fe y por ello debe devolver los frutos indebidamente percibidos menos los gastos necesarios realizados para su cultivo, valorándose por ello el importe a restituir como consecuencia de dicha devolución la cantidad de 4.185,87 euros, correspondientes a las campañas 2002 a 2004 inclusive, y se le condene a desalojar la finca, dejándola a la entera y libre disposición de su propietario, con apercibimiento de lanzamiento si no la desaloja en la forma y plazo establecidos en el art. 704 LEC, y a la entrega de la cantidad referida en el punto 3.º del suplico, así como al pago de las costas causadas en el presente procedimiento.

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se acordó el emplazamiento del demandado, quién dentro de plazo presentó el oportuno escrito de contestación, oponiéndose a la demanda en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, y terminó suplicando se dicte sentencia por la que se desestime la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora. Una vez celebrada la comparecencia prevista en la ley, se señaló para el acto del juicio el día 25 de abril de 2005, que tuvo lugar con el resultado que consta en autos, dictándose sentencia en fecha 11 de mayo de 2005, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Fallo. Que estimando en parte la demanda formulada por don Alejandro A. A. contra don José Alfonso A. A.: 1. Debo declarar y declaro que la parte demandada carece de título legítimo y válido que, tras el fallecimiento de la madre de las partes, le permitiera ocupar y cultivar la porción de 0,39 hectáreas de la finca indicada en la demanda y que es propiedad del actor en cumplimiento de la disposición testamentaria de la causante. 2. Debo declarar y declaro la obligación de la parte demandada de respetar el derecho de propiedad del actor sobre la porción de la mencionada finca, condenando a la parte demandada a su desalojo, con apercibimiento de lanzamiento. 3. Debo absolver y absuelvo a la parte demandada del resto de las pretensiones formuladas. 4. Sin expresa condena en costas».

Tercero: El Procurador Sr. Ortega Alcubierre presentó recurso de apelación contra la sentencia anterior, del que se dio traslado a la parte contraria, que se opuso al mismo, remitiéndose los autos a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma, y tras los trámites legales se dictó sentencia con fecha 7 de octubre de 2005, cuya parte dispositiva dice así: «Fallo: Que desestimando el recurso de apelación formulado contra la sentencia de fecha 11 de mayo de 2005 dictado por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 12 en los autos núm. 1036/2004, debemos confirmar y confirmamos la misma.

Imponemos las costas de esta alzada a la parte recurrente».

Cuarto: El Procurador de los Tribunales Sr. Ortega Alcubierre, actuando en nombre y representación de don José Alfonso A. A., presentó escrito preparando recurso de casación por interés casacional contra la sentencia anterior, y una vez admitido formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en los siguientes motivos: Primero. Infracción de los artículos 136.*c)* y 137.1 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, de las Cortes de Aragón. Segundo. Infracción, en el sentido de inaplicación, de los artículos 28.1, 28.2 y 30.1 de la Ley de Sucesiones, y de la doctrina sobre la vinculación de los actos propios, establecida, entre otras muchas, en las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1966, 20 de febrero de 1990, 27 de noviembre de 1991 y 13 de junio de 1992. Recibidas las actuaciones en esta Sala, se dictó auto en fecha 9 de enero de 2006 por el que se admitió a trámite el recurso, confiriéndose traslado a la parte recurrida por el plazo de veinte días para impugnación, lo que hizo dentro de plazo, señalándose para votación y fallo el día 1 de marzo de 2006, en que se llevó a efecto. Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Luis Fernández Álvarez.

Fundamentos de derecho

Primero: Para la resolución del presente recurso de casación es útil reseñar, de forma previa, los siguientes hechos acreditados en la instancia: don Antonio-María de A. y M. falleció en Zaragoza el día 28 de marzo de 1994, en estado de casado con doña M.ª Pilar A. H., habiendo otorgado el 14 de febrero de 1961 testamento abierto ante el notario don Manuel García Atance, en el que otorgaba a su esposa «el usufructo de viudedad sobre todos sus bienes, tanto muebles como sitios, créditos, derechos, acciones y obligaciones, con expresa relevación de formalizar inventario y de prestar fianza», y le facultaba «para que mientras se conserve viuda del otorgante distribuya los bienes de éste entre los hijos y demás descendientes del matrimonio, en la proporción, tiempo, forma y con las condiciones que tenga por conveniente, en una o más veces, tanto por acto inter vivos como mortis causa». Doña M.ª Pilar A. H. murió en Zaragoza el día 14 de julio de 2002, en estado de viuda de don Antonio-María de A. y M., habiendo otorgado el 4 de dicho mes y año testamento abierto ante el Notario don Francisco de Asís Sánchez-Ventura Ferrer, en el que, haciendo uso de la facultad fiduciaria que le había sido concedida por su esposo, dispuso de los bienes de éste, y en concreto realizó varios prelegados, uno de ellos en favor de su hijo Alejandro, por el que le dejaba «la viña denominada Camino de Auto, de diez hectáreas en el término municipal de Aldeanueva de Ebro, y la casa en la calle Ancha, con su contenido, y un solar, a determinar por los albaceas, ambos en Aldeanueva de Ebro; en el supuesto de que la casa se hubiera vendido, le lega otra finca de valor equivalente elegida por los albaceas». Don José Alfonso A. A. adquirió en 1998 el derecho a plantar de viñedo 0,39 hectáreas, y lo hizo efectivo sobre una porción de la parcela 175 del polígono 29 del término municipal de Aldeanueva de Ebro, finca que formaba parte del patrimonio pendiente de asignación por la fiduciaria, expresándose en la sentencia de instancia de fecha 11 de mayo de 2005 que su madre, doña M.ª Pilar A. H., permitió o consintió la plantación. El 28 de febrero de 2002 los albaceas contadores-partidores de doña M.ª Pilar A. H. entregaron a don Alejandro A. A., en ejecución del prelegado, entre otros bienes, la finca que se describe así: «Rústica, en el paraje de Valejuelo, parcela 175 del polígono 29, de seis hectáreas, ochenta y nueve áreas y cuarenta centiáreas. Linda: Norte, Gregorio L; Sur, camino; Este, Simeón G, y Oeste, Antonio B. Inscrita al Tomo 334, folio 231, finca 7738 del registro de la propiedad de Alfaro».

Segundo: El primer motivo del recurso versa sobre la validez del título que legitima la ocupación por don José Alfonso de A. A. de una porción de 0,39 hectáreas de la parcela 175 del Polígono 29 del término municipal de Aldeanueva de Ebro, que su hermano Alejandro adquirió en virtud de legado otorgado por su madre en uso de la facultad fiduciaria que le había conferido su esposo. A este respecto, en la sentencia dictada por el Juzgado en fecha 11 de mayo de 2005 se razona lo siguiente: «La facultad conferida al demandado de plantar viñas no puede considerarse un acto de administración, pues su fin no es conservar los bienes del caudal o gestionar los mismos, sino otorgar al demandado un beneficio. Así lo viene a reconocer la parte demandada cuando sostiene que la facultad que le confirió su madre tenía por causa una contraprestación a los servicios que prestaba en la gestión del patrimonio familiar. Si no se puede considerar un acto de administración, se ha de considerar un acto de ejecución de la fiducia. En este caso, el artículo 141 exige que, si la ejecución es por acto «inter vivos», se ha de formalizar «necesariamente» en escritura pública. No se hizo escritura pública, por lo que el acto es nulo (art. 6.3 Cc)». Por su parte la sentencia de la Audiencia Provincial señala que «o bien (doña M.ª Pilar A. H.) se excedió de sus facultades como administradora, o bien ejerció sus facultades fiduciarias sin someterse a la formalidad legal, por lo que en cualquier caso el demandado carecería del derecho de ocupación que pretende». Frente a dichas sentencias, el recurrente argumenta que él auxilió a su madre en el desempeño de las funciones de administración y gestión del patrimonio hereditario, quien en pago de los servicios prestados (acto a título oneroso) le autorizó a plantar de viñedo 0,39 hectáreas de la parcela 175 del polígono 29 de Aldeanueva de Ebro, para lo que estaba facultada como fiduciaria, a tenor de lo prevenido en el artículo 138.2 de la Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, en relación con los artículos 136.c) y 137.1 de dicha Ley. Ciertamente, el fiduciario puede «disponer a título oneroso de los bienes o derechos hereditarios sujetos a fiducia … para atender el pago de las obligaciones y cargas señaladas en el art. 136» (art. 138.1), entre las que se encuentran «las obligaciones contraídas por el administrador en la gestión de los negocios del causante o que se deriven de su explotación, en cuanto no hayan de ser satisfechas por el cónyuge usufructuario» (art. 136.c), pero según resulta de los párrafos transcritos ha de tratarse de un acto de disposición a título oneroso dirigido a satisfacer una obligación exigible a pagar con cargo al caudal relicto, versando la duda de autos en torno a dos cuestiones: a) Si la autorización de la madre fue un acto de liberalidad o un acto oneroso, y b) Si la deuda exigible (de existir) debía de ser satisfecha con cargo a los bienes sujetos a fiducia o por doña M.ª Pilar en su condición de cónyuge usufructuario.

Tercero: Por lo que se refiere a la primera de dichas cuestiones, no se ha probado en autos que la autorización de la madre lo fuese en pago de una deuda exigible, derivada de los servicios de administración prestados por don José Alfonso; a este respecto, el demandado manifestó en el acto del juicio oral que la autorización para plantar la viña fue un acto gratuito, no oneroso, efectuado en consideración a que durante muchos años había desempeñado funciones de administración. Por lo tanto, la autorización que a don José Alfonso le confirió su madre no responde a una deuda exigible, sino a un acto de liberalidad dirigido a recompensar servicios prestados que no constituyen una obligación exigible: es la denominada donación remuneratoria, que «es también donación» y tiene por finalidad el recompensar a través de la liberalidad «los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles» (art. 619 del Código

Civil).Consecuentemente, como la autorización para plantar de viñedo 0,39 hectáreas de la parcela 175 del polígono 29 de Aldeanueva de Ebro no se otorgó en pago de una obligación exigible, es llano que falta uno de los requisitos exigidos para que la fiduciaria pueda disponer válidamente de los bienes hereditarios sujetos a fiducia. Además resulta que el cónyuge viudo tenía la administración de la herencia pendiente de asignación en su condición de usufructuria universal de los bienes de su esposo (art. 134.1.1.º de la Ley aragonesa 1/1999) y hacía suyos los frutos que se obtenían; consiguientemente, si doña M.ª Pilar en vez de ejercer personalmente dicha administración encomendaba parte de sus funciones a su hijo José Alfonso, asignándole una retribución, el pago de la misma no es a cargo del caudal relicto, sino de ella, pues es quien percibe los frutos, ostentando la administración del total patrimonio de su esposo en su condición de cónyuge usufructuario. En definitiva, el primer motivo de impugnación aducido por el demandado-recurrente debe ser desestimado.

Cuarto: Como segundo motivo de casación se aduce infracción, en el sentido de inaplicación, de los arts. 28.1, 28.2 y 30.1 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, y de la doctrina sobre la vinculación de los actos propios. En cuanto al primer extremo, es claro que el actor aceptó la totalidad del legado de forma pura, sin sujetarlo a plazo o condición alguna, situación que se mantiene en la actualidad, por lo que decae la alegada inaplicación de los artículos 28.1, 28.2 y 30.1 de la mentada Ley 1/1999. Por lo que se refiere a la alegada infracción de la doctrina sobre la vinculación de los actos propios, resulta que tal postura se basa en una valoración probatoria distinta de la efectuada tanto por el Juzgado de Primera Instancia como por la Audiencia Provincial; el recurrente sostiene que su hermano aceptó el derecho de plantación otorgado a favor de don José Alfonso, mientras que los Tribunales de instancia han llegado a la convicción de que en ningún momento tuvo lugar un acto propio de aceptación del mentado derecho. En la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, de fecha 11 de mayo de 2005, se razona lo siguiente: «En la escritura de entrega de legado consta reflejado el registro de viñedo a favor del demandado, pero no consta expresamente que sea aceptada la carga ni consta el título de esa carga. Antes de formalizar esa escritura, se solicitó a la parte demandada aclaraciones sobre el título de ocupación sobre la finca, tanto por parte de los albaceas antes de la escritura de entrega del legado (doc. núm. 4) como por parte del actor (doc. núm. 7) después de esa escritura. Se pone de manifiesto que en todo momento se dudó de la existencia del título de ocupación por parte del demandado. La doctrina de los actos propios ha de ser considerada en el conjunto del comportamiento del actor antes de la aceptación del legado y después, y lo que se pone de manifiesto es la pretensión de encontrar la causa de la ocupación». En la misma línea se manifiesta la Audiencia Provincial, quien en su sentencia de fecha 7 de octubre del mismo año señala que el actor en modo alguno reconoció un derecho superficiario o de otro género a favor de su hermano, constando en los autos reiterados requerimientos en contra de la continuación del demandado con el cultivo de parte de su finca. Lo que la parte recurrente pretende es modificar la apreciación probatoria realizada por los órganos jurisdiccionales de instancia, lo cual no es admisible toda vez que el recurso por interés casacional se circunscribe a la función revisora del juicio sobre la norma jurídica sustantiva. El Tribunal Supremo tiene declarado de forma reiterada que «del articulado de la LEC 2000 y de la Exposición de Motivos, al reservar la función nomofiláctica del recurso de casación a las cuestiones sustantivas, resulta que el objeto del proceso a que se alude en el artículo 477.1 LEC 2000 ha de entenderse referido a pretensiones materiales deducidas por las partes, … estando

el recurso de casación limitado a la «revisión de infracciones de Derecho sustantivo», señalándose explícitamente en el apartado XIV de la Exposición de Motivos que «las infracciones de Leyes procesales» quedan fuera de la casación. El sistema de recursos de la nueva LEC 2000 no es en absoluto coincidente con la distinción entre «infracción de Ley» y «quebrantamiento de las formas esenciales del juicio», establecida inicialmente en la LEC de 1881, no pudiendo contraerse el recurso extraordinario por infracción procesal a los «vicios *in procedendo*» y atribuir el íntegro control de los «vicios *in iudicando*» al recurso de casación, pues el ámbito jurídico material al que se circunscribe este último determina un desplazamiento de los temas de índole adjetiva hacia la esfera del otro recurso extraordinario, a través del cual incumbe controlar las cuestiones procesales, entendidas en un sentido amplio, que no se circunscribe a las que enumera el artículo 416 LEC 2000 bajo dicha denominación, sino que abarca también las normas del enjuiciamiento civil que llevan a conformar la base fáctica de la pretensión, de modo que los aspectos atinentes a la distribución de la carga de la prueba y la aplicación de las reglas que la disciplinan, el juicio sobre los hechos resultante de la aplicación de las reglas y principios jurídicos que rigen la valoración de los diferentes medios de prueba y de ésta en su conjunto, se encuadran dentro de la actividad procesal, cuya corrección debe examinarse en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal, dejando el de casación limitado a una estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados» (véanse los autos del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2003, 17 y 24 de febrero, 2, 9, 23 y 30 de marzo, 6 y 20 de abril y 11 de mayo de 2004, entre otros).En todo caso, como el recurso de casación no es una tercera instancia y la valoración probatoria realizada por el Juzgado y la Audiencia no puede ser calificada de ilógica o absurda, es llano que este motivo de impugnación también debe ser rechazado. A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que el principio general de derecho que veda ir contra los actos propios («nemo potest contra proprium actum venire»), cuyo apoyo legal se encuentra en el artículo 7.1 del Código Civil que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico, sin que sea dable defraudar la confianza que fundadamente se crea en los demás, «precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indudable, con plena significación inequívoca, del mismo» (sentencias del Tribunal Supremo de 28 de enero y 9 de mayo de 2000, 13 de marzo de 2003, etc.), resultando que de la prueba de autos no se desprenden hechos o actos concluyentes e inequívocos que permitan deducir que don Alejandro A. A. aceptó el derecho pretendido por el recurrente, antes al contrario de ella resulta que trató de esclarecer si su hermano disponía de un título válido que le legitimase para seguir cultivando parte de la parcela, y tan pronto como llegó a la convicción de que no lo tenía, le exigió el cese de la situación existente. Don Alejandro en fecha 11 de febrero de 2002, con anterioridad, pues, a la entrega del legado, se dirigió a la Consejería de Agricultura, Ganadería y Desarrollo Rural del Gobierno de La Rioja solicitando copia del expediente de plantación de viñedo a nombre de don José Alfonso, pues dudaba que tuviese un título válido, y una vez le es entregado el legado, le requirió notarialmente (el 8 de marzo de 2002) a fin de que justificase el derecho a ocupar y cultivar parte de su finca; por último, días después (el 13 de marzo) recibe la documentación solicitada a la Consejería de Agricultura, comprobando que en la solicitud de inscripción en el Registro de Viñedos se había consignado a don José Alfonso A. A. como titular de la parcela, cuando ello no era cierto, y a partir de ese momento tra-

tó de obtener la posesión de toda la finca por estimar que su hermano carecía de título que le legitimase a cultivar parte de ella. En la escritura notarial de fecha 28 de febrero de 2002, de entrega del legado, los albaceas se limitaron a constatar un hecho objetivo certificado por la Administración: que el demandado tenía registradas 0,39 hectáreas de viñedo sobre la parcela 175 del polígono 29 de Aldeanueva de Ebro (La Rioja), frente a lo cual nada podía oponer el actor en el momento de aceptar el legado, pues desconocía si su hermano disponía de título jurídico válido, pero ello no significa que reconociese un derecho de cultivo a su favor, pues lo único que aceptó fue el legado, según se expresa en la mentada escritura notarial, resultando de sus actos anteriores y posteriores un comportamiento contrario al pretendido derecho de su hermano, salvo que tuviese un título que le legitimase para cultivar parte de su finca.

Quinto: Las costas de esta casación serán abonadas por la parte recurrente, de conformidad con lo prevenido en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación núm. 22/2005, interpuesto por el Procurador don Luis Ignacio Ortega Alcubierre, en nombre y representación de don José Alfonso de A. A., contra la sentencia dictada en apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha 7 de octubre del año 2005, con imposición de las costas del mismo a la parte recurrente. Devuélvanse las actuaciones a la referida Sección de la Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de la presente resolución, debiendo acusar recibo. Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

11

NÚM. 11

S. TSJA 20 de octubre de 2006

6635: CONSORCIO CONYUGAL: Liquidación y División: Convenio regulador: ***No procede la impugnación del convenio regulador por el que se disuelve el consorcio conyugal por no quedar demostrado ni el dolo ni la lesión que reclama la esposa.***

Disposiciones citadas: ***arts. 1074, 1269, 1270, 1410 Cc., 37, 40 Comp.***

Ponente: ***Ilmo. Sr. don Manuel Serrano Bonafonte.***

En nombre de S.M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación núm. 3/2006, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, en fecha 20 de marzo de 2006, recaída en el rollo de apelación núm. 37/2006, dimanante de autos núm. 311/2005, seguidos ante el Juzgado de 1.ª Instancia número 11 de Zaragoza, por nulidad parcial de convenio regulador, en el que son partes: doña Marcela Mabel S. M., representada por el Procurador de los Tribunales don Pedro Bañeres Trueba y dirigida por el Letrado don Rafael Hidalgo Alcay, como recurrente y don Francisco Javier M. L., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Elisa Mayor Tejero y asistido por el letrado don Valentín Romero Garcés, como recurrido.

Antecedentes de hecho

Primero: El Procurador de los Tribunales don Pedro Luis Bañeres Trueba, en nombre y representación de doña Marcela Mabel S. M., presentó demanda de nulidad parcial de convenio regulador de separación de fecha 19 de marzo de 2001 en cuanto a sus cláusulas octava y novena y nulidad total del documento de 27 de septiembre de 2001 y subsidiariamente indemnización de daños y perjuicios y

complemento de las operaciones liquidatorias y subsidiariamente de rescisión por lesión con base a los hechos y fundamentos que en la misma expresó, suplicando al juzgado que, previos los trámites legales, dictara sentencia que declarase:» A) Por apreciación en el demandado de dolo causal, la nulidad parcial del convenio regulador de fecha 19 de marzo de 2.001, en todo lo referente a la liquidación de la sociedad de gananciales, cláusulas octava y novena, y la nulidad del documento de modificación del convenio regulador de fecha 27 de septiembre de 2.001, con todas las consecuencias inherentes a esta declaración, incluso registrales e hipotecarias, y especialmente restitución al primitivo estado de la sociedad de gananciales disuelta, condenando al demandado a estar y pasar por esta declaración e imponiéndole el pago de las costas procesales.

B) Por apreciación de dolo incidental en el demandado, se le condene a indemnizar por los daños y perjuicios causados a mi representada, debiendo realizarse una liquidación complementaria de la sociedad de gananciales de demandante y demandado, con las valoraciones que resulten de este procedimiento y fijando las compensaciones a establecer en función de ellas, condenando al demandado a estar y pasar por esta declaración e imponiéndole el pago de las costas procesales.

C) Subsidiariamente, rescisión del convenio regulador y del documento de fecha 27 de septiembre de 2001 en lo relativo a la liquidación de la sociedad de gananciales por lesión a la actora en más de una cuarta parte, condenando al demandado a estar y pasar por esta declaración, concediéndole la opción de indemnizar el daño a mi representada en la cantidad de 437.629,26 euros más el interés legal desde el día 19 de marzo de 2001, o consentir que se proceda a una nueva partición, todo ello con imposición de las costas procesales al demandado.» Por otrosi solicitó la designación de peritos para diversas valoraciones. Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demanda que compareció en forma oponiéndose a la misma con base en los hechos y fundamentos expresados, suplicando dictase sentencia que desestimase la demanda interpuesta con condena en costas al actor. En fecha 13 de octubre de 2005, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Fallo: Que, desestimando la demanda promovida en juicio ordinario núm. 311/A-2005, instado por el Procurador Sr. Bañeres Trueba, en nombre y representación de doña Marcela Mabel S. M., contra don Francisco Javier M. L., representado por la Procuradora Sra. Mayor Tejero, debo absolver y absuelvo a dicho demandado de los pedimentos contra el mismo formulados, condenando a la parte actora al pago de las costas procesales.

Segundo: Interpuesto por la parte actora recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 11 de Zaragoza, se opuso la parte demandada y pasaron las actuaciones a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza que dictó sentencia con fecha 20 de marzo de 2006, cuya parte dispositiva dice así: «Fallo que desestimando el recurso de apelación formulado contra la sentencia de fecha 13 de octubre de 2005 dictada por la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado núm. 11 en los autos núm. 311/2005, debemos confirmar y confirmamos la misma.- Imponemos las costas de esta alzada a la parte recurrente.»

Tercero: El Procurador de los Tribunales Sr. Bañeres Trueba, actuando en nombre y representación de doña Marcela Mabel S. M. presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial, y tenido por preparado lo interpuso basando el recurso en los siguientes motivos: Primero, Segundo y Tercero, en la no aplicación de lo dispuesto en los arts.

1.269, 1.270.1.º y 1.270.2.º del Código Civil, respectivamente; Cuarto, en la indebida aplicación del artículo 9.2 del Código Civil; Quinto, no aplicación del art. 14.1 del Código Civil; Sexto, no aplicación de lo dispuesto en el artículo 37 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón; Séptimo, no aplicación de lo dispuesto en el art. 40 del mismo texto legal; y Octavo, no aplicación de lo dispuesto en los artículos 1.074 y 1.410 del Código Civil. Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, se dictó en fecha 16 de junio de 2006 auto por el que se admitió a trámite, confiriéndose traslado del escrito de interposición a la parte contraria por 20 días para impugnación, y verificada que fue dentro de plazo, se señaló para votación y fallo el día 20 de septiembre de 2006.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Manuel Serrano Bonafonte, quien expresa el parecer del Tribunal.

Fundamentos de derecho

Primero: Para la mejor comprensión de la resolución del recurso resulta obligado hacer referencia al convenio regulador que suscribieron doña Marcela Mabel S. M. y don Francisco Javier M. L. el 19 de marzo de 2001. En dicho convenio manifestaron que contrajeron matrimonio canónico en Argentina el 12 de octubre de 1.989 del que nacieron dos hijos; que su régimen económico matrimonial era el de aforados aragoneses; que debido a la situación de conflicto en que vivían daban por terminado el sistema económico matrimonial de aforados aragoneses, conviniendo para lo sucesivo la absoluta separación de bienes; renunciaron al derecho expectante de viudedad foral aragonesa y a cualquier otro derecho que les pudiera corresponder sobre los bienes del otro consorte; pactaron el uso del domicilio conyugal en el que el esposo tenía instalada su consulta de dentista; convinieron que los hijos quedaban bajo la guarda y custodia de la madre, compartiendo la autoridad familiar, fijando el régimen de visitas y los periodos de vacaciones; establecieron los alimentos para los hijos que inicialmente fijaron en 55.000 pesetas mensuales, con incremento del IPC anualmente; fijaron como pensión por desequilibrio económico la cantidad del 25.000 pesetas mensuales a favor de la esposa, que se incrementaría anualmente conforme a las variaciones del IPC, conviniendo que dejaría de abonarse en el momento en que tuviera ingresos propios. Y en lo que aquí interesa, es decir, en el particular relativo a los bienes que integraban la «sociedad de gananciales» (sic), la cláusula octava estableció lo siguiente:

Octava. Los bienes que componen la sociedad de gananciales son los siguientes:

Activo: 1. Piso sito en Zaragoza, Gran Vía, 31, 3.º dcha., cuya descripción es la siguiente: «Número 13. Piso tercero derecha, en la séptima planta, mide ciento cuarenta y cuatro metros cincuenta y dos decímetros cuadrados. Linda frente, zaguán de la escalera y los dos patios de luces; derecha entrando, escalera y piso tercero; izquierda, casa número treinta y tres provisional del mismo Paseo; y fondo, Gran Vía. Le corresponde el cuarto de desahogo rotulado como el piso y una participación de tres enteros ochenta y cuatro centésimas de entero por ciento de las cosas comunes del inmueble. Forma parte de la casa de esta capital, en la Gran Vía, número 31; mide cuatrocientos diecisiete metros trece decímetros cuadrados. Tiene un patio de luces interior y otro posterior totalmente cubierto en la planta de tiendas y cuyas coberturas sirven totalmente en el interior y parcialmente en el posterior de terrazas para los pisos principales. Linda: frente, Gran Vía; derecha entrando, solar número treinta y tres no oficial de la misma Avenida; y fondo, esta última finca. Todo ello y más extensamente consta en la escritura de compraventa otorgada ante el Notario de Zaragoza don José Luis

Merino y Hernández, de fecha 8 de noviembre de 1994, con el número 2892 de su protocolo. Inscrita en el Registro de la Propiedad número 1 de Zaragoza, al tomo 4279, libro 163 de R-I, folio 9, finca número 9156, antes 45962, Sección 2.ª, inscripción 1.ª.

2. Vehículo Ford Mondeo, matrícula Z-…-BG.

3. Muebles y ajuar de casa.

4. Consulta médica sita en Zaragoza.

5. Pólizas de jubilación con: Winthertur, por importe de 1.200.000 ptas.; Royal Sunalliance, por importe de 859.000 ptas.; Royal Sunalliance, por importe de 828.000 ptas.

Pasivo:

1. Deuda con Banco Santander, actualmente de 15.835.917 pts.

2. Deuda con CAI por importe de 725.000 ptas. aproximadamente.

3. Deuda con CAI por importe de 300.000 ptas. aproximadamente.

4. Deuda de la consulta médica.

5. Cuenta Crédito CAI de 1.110.000 ptas. Se divide la sociedad de gananciales y se adjudica al esposo los bienes señalados con los números 1, 2, 3, 4 y en relación al bien señalado con el número 5 del activo se le asigna a él la mitad de la cantidad señalada; y asume íntegramente el pasivo. Se adjudica a la esposa, en cuanto al bien señalado con el número 5 del activo la mitad de cantidad indicada; asimismo se le adjudican sus ropas y enseres personales y los muebles de los hijos. Dado que la diferencia entre lo adjudicado al esposo y lo adjudicado a la esposa supone que el esposo debería reintegrar a la esposa la cantidad de 15.000.000 pts., el esposo se compromete a comprar a la esposa con ese dinero antes del día 31 de agosto del presente año (y en caso de que hubiera dificultades antes del plazo de dos años a partir de la fecha de este documento) un piso en Zaragoza, cuyo valor, con impuestos y demás gastos incluidos, sea de alrededor de 15.000.000 pts. En tal caso se producirá el efecto establecido en la cláusula cuarta. La esposa, en todo caso, podrá reclamar al esposo la entrega de 15.000.000 ptas. si hubieran transcurrido dos años sin que este hubiera comprado el piso anteriormente indicado y, además, la esposa tendría derecho a seguir usando el domicilio conyugal (los departamentos no destinados a consulta de dentista) durante el período de otro año más, una vez que hayan terminado los dos años que se le dan como máximo al esposo para que adquiera el piso.»

A modo de cierre del pacto anterior la cláusula novena estableció:

«Novena. Con las adjudicaciones efectuadas ambos consortes manifiestan haber dividido la sociedad de gananciales por mitad y no tenerse nada que reclamar entre sí, por ningún concepto.»El convenio fue aprobado mediante sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 16 de Zaragoza de fecha 7 de mayo de 2001 y con posterioridad, el 27 de septiembre de 2001 los cónyuges suscribieron un convenio aclaratorio o complementario del anterior en el que manifestaron haber liquidado definitivamente la sociedad de gananciales haciendo constar los acuerdos a los que habían llegado, en especial que el esposo entregaba a la esposa la cantidad convenida de 15.000.000 de pesetas; que ésta se obligaba a abandonar el piso que en la fecha ocupaba, sito en Gran Vía, 31, 3.º dcha. antes del 31 de octubre de 2001; que los gastos derivados de la ocupación del piso en el mes de octubre de 2001 serían abonados por mitades partes, siendo de cuenta de la esposa la factura del teléfono, obligándose ésta a franquear al esposo el acceso desde la consulta médica a los espacios de la vivienda; que quedaba pendiente de rescate una póliza de jubilación por importe de 1.200.000 de la que se le entregaría a la esposa la mitad hasta el 5 de noviembre de 2001. Convinieron que con el abono de las cantidades antes

dichas, la sociedad de gananciales quedaba totalmente liquidada sin que existiera ninguna reclamación pendiente por ningún concepto. Este nuevo pacto fue aprobado mediante sentencia del antes dicho Juzgado de Primera Instancia el 25 de octubre de 2001. Ambos convenios fueron redactados y suscritos con asesoramiento de Letrado por ambas partes.

Segundo: En la demanda rectora del proceso la hoy recurrente intentó la nulidad parcial del convenio regulador de separación suscrito el día 19 de marzo de 2001, en cuanto a las estipulaciones octava y novena, y la nulidad total del convenio ampliatorio y aclaratorio de 27 de septiembre de 2001, fundamentando su petición de nulidad, en ambos casos, en la existencia de dolo causal. Subsidiariamente, de indemnización de daños y perjuicios y complemento de las operaciones liquidatorias, y, subsidiariamente, de rescisión por lesión. Fundamentaba sus peticiones en la existencia de «vejaciones, amenazas e injurias» por parte de su esposo, quien consiguió por este procedimiento que «firmara unos documentos a través de los cuales tan solo el demandado obtenía beneficios». La sentencia del Juzgado consideró probado que ambos documentos fueron ratificados a presencia judicial y que en la redacción de los mismos los esposos fueron asistidos de Letrados, admitiendo que si bien durante los trámites de separación la esposa tenía problemas psicológicos, no tenía anulada su voluntad hasta el punto de consentir acuerdos contrarios a sus intereses, por lo que desestimó la demanda de nulidad por no haber quedado acreditada la existencia de vicio alguno en el consentimiento prestado por doña Marcela Mabel. En cuanto a la petición subsidiaria de rescisión de convenio por lesión de la cuarta parte, el Juzgado no apreció la existencia cuantitativa, atendidos los informes periciales judiciales que modificaron en gran parte la valoración realizada por la actora. En definitiva, desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación la Audiencia lo desestimó al entender, como hiciera el juzgado, que el estado de ánimo que le produjera su esposo con su conducta no podía servir de base para apreciar la concurrencia de dolo habida cuenta que la actora, antes de la firma de los convenios fue asesorada por su Letrado. Rechazó igualmente la existencia de lesión de la cuarta parte porque las adjudicaciones a la esposa, en atención al valor de los bienes inventariados, no implicaba la lesión pretendida «salvo que se incluyan en la partición las dos clínicas», si bien afirmó, por haber sido reconocido por la actora, que las clínicas no fueron incluidas deliberadamente.

Tercero: Frente a esta sentencia la Sra. S. M. interpone el recurso de casación que ahora resolvemos, que articula en ocho motivos. Los tres primeros denuncian, respectivamente, infracción de los arts. 1269, 1270.1 y 1270.2 del Código Civil; el cuarto, indebida aplicación del art. 9.2 también del Código Civil; el quinto, inaplicación del art. 14.1 del mismo Código; el sexto, inaplicación del art. 37 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón; el séptimo, inaplicación del art. 40 de dicha Compilación y el octavo, inaplicación de los arts. 1074 y 1410 del Código Civil. Procede el examen conjunto de los tres primeros motivos de recurso en cuanto que los tres se refieren a la existencia de dolo y a las consecuencias de dicha existencia. En defensa de la apreciación de dolo argumenta la recurrente la situación de violencia doméstica y su sometimiento a la tensión que afectó tanto a ella como a sus hijos; al padecimiento de malos tratos por parte del esposo, según informe de la Dra. Serrat Moré, y al hecho incontrovertible de la existencia de una sentencia condenatoria del esposo por una falta de injurias. Afirma que sin la existencia de miedo y bloqueo económico no hubiera firmado los documentos de marzo y septiembre de 2001. Considera que tal miedo y bloqueo económico fueron de carácter grave y en todo caso considera, al menos, que estaríamos en presencia de

un dolo incidental que obligaría al esposo a indemnizar daños y perjuicios. Obligado resulta recordar (véase por todas la sentencia del TS de 31 de mayo de 2000) que «la función de la casación ni es una tercera instancia ni revisa el soporte fáctico, sino que valora la correcta aplicación del Ordenamiento, sin que quepa hacer supuesto de la cuestión, es decir, alterar los datos fácticos sin combatir la apreciación de la prueba siempre que haya una norma legal de valoración». En este caso es evidente que concurre supuesto de la cuestión por cuanto la recurrente acude en defensa de su argumentación a otros datos de hecho distintos a los declarados probados en la sentencia recurrida que expresamente consideró que el estado de ánimo de la recurrente en modo alguno podía servir de base para la apreciación de dolo, ni siquiera incidental, tras razonar que la existencia de dolo no se presume, sin que pueda admitirse por meras conjeturas o deducciones. Al pretender la recurrente una valoración distinta de la prueba hubiese tenido que recurrir al recurso por infracción procesal, con fundamento en haberse infringido las normas procesales reguladoras de la sentencia, o vulnerado el derecho fundamental a obtener una resolución motivada. En este sentido puede verse el Auto de esta Sala de fecha 26 de julio de 2006 dictado en recurso 4/2006. Los motivos se desestiman.

Cuarto: Desestimados los tres motivos anteriores procede el examen del octavo que alega infracción por inaplicación de lo dispuesto en los artículod 1.074 y 1.410 del Código Civil, petición subsidiaria de las anteriores. Recordemos que el artículo 1.074 contempla la posibilidad de rescisión de las particiones por causa de lesión en más de una cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas. En defensa de su pretensión, partiendo de sus propias valoraciones, la impugnante afirma que lo adjudicado al esposo era de un valor muy superior a lo recibido por ella. Dice que el piso de 140 metros cuadrados en Gran Vía de Zaragoza tenía un valor de 296.701,33 euros; que el derecho de traspaso de la clínica de Pinseque ascendía a 20.000 euros; que los bienes muebles del piso tenían un valor de 40.785 euros; el instrumental de ambas clínicas alcanzaban los 55.000 euros; el turismo valía 12.417 euros y el valor de las clínicas dentales era de 810.000 euros. Resalta que mientras la adjudicación al esposo ascendió a 1.060.631,70 euros ella tan sólo percibió 97.024,39 euros. Se refiere a las pruebas periciales practicadas en el juicio –que considera más perjudiciales para ella– que pusieron de relieve como lo adjudicado al esposo fueron 326.178,52 euros mientras que solamente fueron 88.348,78 euros, lo adjudicado a ella por lo que considera que la existencia de lesión «ha quedado suficientemente acreditada». Pero no le asiste la razón. La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2003 declaró que: «Es doctrina harto conocida de esta Sala la de que la interpretación de las declaraciones de voluntad es tarea privativa de la instancia, que en casación ha de ser respetada cuando no sea contraria a la lógica, desmesurada, arbitraria o vulneradora de preceptos legales». También dice que «las renuncias han de ser claras, terminantes o deducidas de hechos o actuaciones de interpretación unívoca, no dudosa o incierta. La lectura de las estipulaciones del convenio regulador y la consideración de estar inscritas en el más amplio pacto sobre separación y divorcio, con consecuencias diferentes a la liquidación de la sociedad de gananciales, como es el de guarda y visita de los hijos, obliga a concluir que en la cláusula séptima se ha renunciado a la rescisión por lesión al declararse que el convenio no ha supuesto desequilibrio económico alguno para ninguna de las partes. En este caso no puede admitirse, por tanto, la inexistencia de renuncia a la acción de rescisión por lesión que ha tenido en cuenta para la estimación de la demanda la sentencia recurrida, pues la renuncia es clara y de interpretación unívoca; y, además, se deduce de hechos, actos o conductas

relacionadas con la misma, como lo son todas las estipulaciones que se contienen en el convenio y que se han sometido a aprobación jurisdiccional y contra los propios actos ahora se pretende modificar lo pactado, que llevaría de tener lugar a modificar también las resoluciones judiciales aprobatorias en proceso distinto al incidental de modificación por alteración de las circunstancias en las que el convenio se produjo.» En la instancia el Juzgado consideró que los informes periciales judiciales modificaron en gran parte la valoración realizada por la actora, lo que le llevó a afirmar que «ni tampoco resulta admisible la rescisión por lesión al no acreditar dicho perjuicio en más de la cuarta parte del valor de las adjudicaciones realizadas a cada parte». La Audiencia aceptó el razonamiento y concretó con acierto que el art. 1410 permitía el complemento de la partición cuando se omiten valores o bienes, pero no cuando se sostenga que se han dejado de incluir bienes. Y afirmó: «En el presente caso, como paladinamente reconoce la recurrente, no se ha producido una omisión de las clínicas, sino que éstas no fueron incluidas deliberadamente». Añadamos a todo esto que la cláusula novena del convenio regulador –redactado con intervención y asesoramiento de Abogados– dispuso que con las adjudicaciones la sociedad se había dividido por mitad y que no tenían nada que reclamar entre sí por ningún concepto, para concluir que debe estarse a lo aprobado por las partes voluntariamente, sin vicios del consentimiento respectivo, tras la labor del Letrado que aunó la voluntad de las mismas, a modo de contador-partidor dedicado a lograr el equilibrio buscado, pues ello supone una composición de las disputas que surgieron durante el período negocial entre los cónyuges, y que en el pleito se han querido suscitar de nuevo, tras ese acuerdo vinculante (aplicación de la doctrina del «venire contra proprium factum») y dado que, en definitiva, la valoración de los bienes, no es preciso que sea exacta matemáticamente hablando, sino aproximada, conforme al artículo 1061 CC (STS de 13 de junio de 1970 y 6 de octubre de 2000), es decir, «según las circunstancias del caso».

Quinto: Al no prosperar los cuatro motivos anteriores quedan definitivamente fijados los hechos de la instancia y por tanto deja de ser necesario el examen del resto de los que fueron sometidos a la consideración de la Sala, lo que habrá de conllevar la desestimación del recurso en la forma que se dirá.

Sexto: De conformidad con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de casación deben imponerse las costas a la parte vencida. La razón de la condena en costas radica en el daño producido a la parte contraria al obligarle a seguir un proceso, con los gastos que ello comporta, sin razón jurídica para el mantenimiento de lo pretendido, pero el art. 394 de la Ley Procesal contempla la posibilidad de la no imposición de las costas cuando el caso presente serias dudas de hecho o de derecho. En el caso que nos ocupa no hay dudas de Derecho en el aspecto procesal; sin embargo, la Sala entiende que existen dudas de hecho que mueven a la no imposición de costas.

FALLO

DESESTIMAMOS el presente recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Pedro Bañeres Trueba en nombre y representación de doña Marcela Mabel S. M. contra la sentencia dictada en apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha 20 de marzo de 2006, debemos confirmar y confirmamos los pronunciamientos de dicha resolución, sin imposición de costas. Devuélvanse las actuaciones a la referida Sección de la Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de la presente resolución, debiendo acusar recibo. Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

12

NÚM. 12

S. TSJA 15 de marzo de 2007

51: FUENTES: CÓDIGO CIVIL: Derecho supletorio: ***Existiendo Derecho propio aragonés regulador de la materia, en concreto, de los mandatos entre cónyuges y de la gestión de bienes privativos de uno de ellos por el otro (art. 61. 2 Lrem.), resulta improcedente aplicar al caso las normas correlativas del Código civil sobre el régimen económico de la sociedad de gananciales. En consecuencia el primer motivo del recurso ha de ser estimado, por infracción del artículo 1. 2 Comp.*** **6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO: Bienes privativos: Gestión:** ***El artículo 61.2 Lrem. permite a un cónyuge, que actúa con el consentimiento o sin la oposición de su consorte, la realización de actos de administración de los bienes privativos de éste, con las obligaciones y responsabilidades de un mandatario pero con las especialidades que la propia norma contempla: no obligación de rendir cuentas del destino de los frutos, salvo que se demuestre que los empleó en su beneficio. El citado precepto es aplicable al caso, por cuanto queda acreditado que el demandante ejerció la agricultura cultivando la finca de su mujer y ha realizado actos posesorios sobre dicho predio contado con la aquiescencia de aquélla, teniendo un mandato tácito para actuar. Sin embargo, el precepto citado no legitima para actuar procesalmente en la forma en que ha ejercitado la acción reivindicatoria antedicha, ya que no ha demando para que se reponga a su cónyuge en la plenitud del dominio de su finca, sino que ha accionado en su propio nombre y derecho, interesando que se le declare copropietario del camino.***

DISPOSICIONES CITADAS: ***art. 1.2 Comp.; art. 48 y 61 Lrem.; 348, 430, 1385.2 y 1439 CC.***

PONENTE: ***Exmo. Sr. D. Fernando Zubiri Salinas.***

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación núm. 11/2006, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, en fecha 6 de septiembre de 2006, recaída en el rollo de apelación núm. 102/2006, dimanante de autos de Juicio Verbal núm. 338/2005, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Monzón, en el que son partes, don Manuel S. F., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Ana María Nadal Infante y dirigido por la Letrado doña Nuria Sabés Arenillas, como recurrente y don Enrique M. S., como recurrido, no personado en estas actuaciones.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: La Procuradora de los Tribunales doña Emma Bestué Riera, en nombre y representación de don Enrique M. S., presentó demanda de juicio verbal contra don Manuel S. F. con base a los hechos y fundamentos que en la misma expresó, suplicando al juzgado que, previos los trámites legales, dictara sentencia por la que estimando la demanda se acordara: «1. Declarar que don Enrique M. S. es copropietario del camino objeto de litigio señalado en el documento núm. 1. 2. Declarara que mi mandante como propietario del camino objeto de litigio tiene derecho a poseer y utilizar dicho camino. 3. Condenar al demandado a estar y pasar por las anteriores declaraciones. 4. Condenar al demandado a reponer el camino a su estado inicial, con apercibimiento de llevarse a cabo la obra de restitución del mismo a su costa si no lo efectuase de forma voluntaria. 5. Imponer las costas de este juicio al demandado.»

Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la parte demandada que compareció aportando informe pericial, y señalada que fue la vista, se celebró con el resultado que obra en las actuaciones.

En fecha 13 de enero de 2006, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Fallo. Que debo estimar como estimo la demanda interpuesta por la procuradora doña Emma Bestué Riera en nombre y representación de don Enrique M. S. contra don Manuel S. F. y declaro que el demandante es copropietario del camino objeto de litigio señalado en el documento núm. 1 de los apartado con la demanda, y condeno al demandado a reponer el camino a su estado inicial. Con imposición de las costas al demandado.»

Segundo: Interpuesto por la parte demandada recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Monzón, se dio traslado a la parte actora, que se opuso al mismo.

Remitidas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Huesca, ésta dictó sentencia en fecha 6 de septiembre de 2006, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Manuel S. F. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia 1 de Monzón en los autos anteriormente circunstanciados, confirmamos íntegramente dicha resolución y condenamos al citado apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.»

Tercero: La Procuradora de los Tribunales Sra. Gracia Gracia, en nombre y representación de don Manuel S. F. presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, y una vez se tuvo por preparado lo interpuso basándolo en los siguientes motivos: Primero.– Infracción del artículo 1.º, párrafo 2.º de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, por aplicación indebida de los artículos 1.439 y 1.385.2 del Código Civil. Segundo. Infracción de los artículos 61 y 48 de la Ley de Régimen Económico y Viudedad de Aragón, por aplicación indebida de los artículos 1.439 y 1.385.2 del Código Civil.

Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil y Penal, y comparecida la parte recurrente, se dictó en fecha 16 de enero de 2007 auto por el que se admitió a trámite, y se señaló para votación y fallo el día 28 de febrero de 2007.

Es Ponente el Presidente Excmo. Sr. don Fernando Zubiri de Salinas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El recurso de casación interpuesto por la parte demandada se funda en dos motivos: el primero, por infracción del artículo 1.º, párrafo 2.º, de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, por aplicación indebida de los artículos 1439 y 1385.2 del Código Civil; y el segundo, por infracción de los artículos 61 y 48 de la Ley de Régimen Económico y Viudedad de Aragón, por aplicación indebida de los artículos 1439 y 1385.2 del Código Civil.

Ambos motivos hacen directa referencia al sistema de fuentes en el Derecho civil aragonés, materia regulada en el artículo 1.º de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, y a la procedencia de aplicación al caso de las normas citadas del Derecho civil general del Estado.

Los motivos de recurso serán objeto de examen diferenciado, pero previamente es preciso efectuar algunas consideraciones acerca de las pretensiones deducidas en el proceso y las normas sustantivas de aplicación.

Segundo: La parte actora reclama en el «petitum» de la demanda se dicte una sentencia con los siguientes pronunciamientos: Declarar que don Enrique M. S. es copropietario del camino objeto de litigio señalado en el documento núm. 1. 2. Declarar que su mandante como propietario del camino objeto de litigio tiene derecho a poseer y utilizar dicho camino. 3. Condenar al demandado a estar y pasar por las anteriores declaraciones. 4. Condenar al demandado a reponer el camino a su estado inicial,

con apercibimiento de llevarse a cabo la obra de restitución del mismo a su costa si no lo efectuase de forma voluntaria.

Es de señalar como el demandante afirma, en los hechos de los que parte para el ejercicio de sus pretensiones, ser propietario de la finca rústica sita en parcela 305, polígono 5, de Peralta de Calasanz (Huesca), a la que se ha venido accediendo por un camino que fue construido mediante aportaciones de parte de sus terrenos por los propietarios de las fincas 317, 291, 305 y 284. De este modo, el camino discurría por las lindes de dichas fincas y beneficiaba a los cuatro propietarios. Vendidas posteriormente por su propietario anterior las fincas 317 y 291 al señor S., éste procedió a labrar parte del camino, impidiendo con ello la posesión del demandante y el paso de éste a su finca, por lo que ha debido habilitar una zona de paso a través de su propia finca 305, afectando a una parte de su cosecha. Las peticiones deducidas integran el ejercicio de una acción reivindicatoria, como acertadamente se expresa en la sentencia de primera instancia –fundamento jurídico segundo-, pues aunque en el propio escrito de demanda se afirme ejercitar acción declarativa de dominio, en la súplica se solicita no solamente la declaración de titularidad dominical sobre el camino objeto de litigio, sino también la condena al demandado a la restitución de la cosa, pues se dice que ha sido ocupada por el demandado con su actuar antijurídico. En la demanda se cita expresamente el artículo 348 y siguientes del Código Civil, que regulan la propiedad y las acciones que el propietario tiene para la defensa de su derecho. Al respecto es forzoso recordar los elementos necesarios para la prosperabilidad de esta acción: *a)* acreditar la titularidad dominical del bien; *b)* identificación del predio sobre el que se ejercita la acción, y *c)* que la acción se dirija contra el proceder o detentador de la cosa, y que éste carezca de título que legitime su posesión –STS de 12 de julio de 2006, y las que en ella se citan–. Junto a esa acción en defensa de la propiedad esgrime otra, en petición de tutela de la posesión, que se fundamenta en los artículos 430 y siguientes del Código Civil y que se concreta en el apartado cuarto de la súplica. Sobre ella volveremos más adelante.

Tercero: En el acto de celebración del juicio verbal la parte demandada invocó la excepción de falta de legitimación activa, al no pertenecer al actor el predio objeto de la litis, presentando al efecto una nota simple informativa del Registro de la Propiedad de Tamarite de Litera, en la que consta que la finca 305, polígono 5, de Peralta de Calasanz (Huesca) pertenece a doña María Isabel L. C., esposa del actor, por título de herencia con carácter privativo.

Este hecho fue admitido por la parte actora, pero a partir de esa admisión se efectuaron invocaciones de derecho referidas a la facultad de actuar en defensa de la propiedad de la mujer, de la existencia de mandato tácito y de la presunción de consentimiento y autorización de la esposa en la gestión por el marido de los bienes de la sociedad de gananciales, citando la sentencia de primera instancia los artículos 1439 y 1385.2 del Código Civil, para entender finalmente legitimado al actor.

No obstante, éste no modificó la petición deducida en su demanda, y la sentencia de primera instancia concluyó estimando la demanda y declarando que el actor es copropietario del camino objeto de litigio, pronunciamiento que fue íntegramente confirmado por la sentencia de la Audiencia Provincial. Es de notar que esta última, la que es ahora objeto del recurso de casación, no cita en los fundamentos de derecho ni una sola norma jurídica como base para la resolución de fondo, si bien en el primero de ellos acepta los de la sentencia de primera instancia, de modo que ha de entenderse que hace suyas las referencias a la aplicación del Código Civil y a la regulación de

la sociedad de gananciales que en aquella se exponen.

Cuarto: Los datos que resultan del proceso muestran que los efectos del matrimonio de los Sres. M. S.-L. C., aragoneses y residentes en Peralta de Calasanz, han de ser regulados por la Ley aragonesa; y no constando en autos la existencia de capitulaciones matrimoniales, el régimen económico conyugal se regirá por las normas del consorcio foral, artículos 26 a 88 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de las Cortes de Aragón.

Existiendo Derecho propio aragonés regulador de la materia, en concreto, de los mandatos entre cónyuges y de la gestión de bienes privativos de uno de ellos por el otro –art. 61.2 de la Ley citada– resultaba improcedente aplicar al caso las normas correlativas del Código Civil sobre el régimen económico de sociedad de gananciales. En consecuencia, el primer motivo del recurso ha de ser estimado, por infracción del artículo 1.º de la Compilación aragonesa.

Quinto: El segundo motivo de recurso denuncia la infracción de los artículos 61 y 48 de la Ley aragonesa de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad, por aplicación indebida de los artículos 1439 y 1385.2 del Código Civil. Ya hemos dicho anteriormente que no eran de aplicación al caso los preceptos indicados del Código Civil; pero ese solo dato no implica la infracción de las normas de Derecho aragonés que cita el recurrente. Para verificar la efectiva infracción habrá que examinar si, en efecto, dichas normas son aplicables al supuesto de hecho y, caso afirmativo, la aplicación se ha hecho en forma indebida.

De los artículos citados en el motivo, el 48 regula la gestión de los bienes comunes, es decir los comprendidos en el artículo 28 de la Ley Aragonesa, pero en el caso de autos la finca en la que se sitúa el terreno que se dedicó a camino es privativa de la esposa, según se ha indicado.

No es de aplicación al caso la norma referida, al existir otra directamente encaminada a regular la administración de bienes privativos del consorte, por parte del otro cónyuge, cual es el artículo 61.2 de la citada Ley de Aragón.

Sexto: El artículo 61.2 citado permite a un cónyuge, que actúa con el consentimiento o sin la oposición del consorte, la realización de actos de administración de los bienes privativos de éste, con las obligaciones y responsabilidades de un mandatario pero con las especialidades que la propia norma contempla: no obligación de rendir cuentas del destino de los frutos, salvo que se demuestre que los empleó en su propio beneficio.

El citado precepto es aplicable al caso, por cuanto queda acreditado que el demandante ha ejercido la agricultura cultivando la finca de su mujer, y ha realizado actos posesorios sobre el predio de autos, contando con su aquiescencia y teniendo, por tanto, un mandato tácito para administrar dicho bien. Sin embargo, el precepto citado no le legitima para actuar procesalmente en la forma en que ha ejercitado la acción reivindicatoria antedicha, ya que no ha demandado para que se reponga a su cónyuge en la plenitud de dominio de su finca, sino que ha accionado en su propio nombre y derecho, interesando se le declare copropietario del camino de constante referencia. Por ello el motivo, en los términos expuestos, será estimado, procediendo casar la sentencia recurrida.

Séptimo: Decíamos en el fundamento de derecho segundo que el actor, junto a la pretensión que llama declarativa de propiedad, y que en las sentencias de primera y segunda instancia ha sido calificada con acierto como reivindicatoria, ejerce otra, al pretender de los órganos de la jurisdicción civil una tutela de la posesión, fundada en los artículos 430 y siguientes del Código Civil y que se concreta en el apartado cuarto de la súplica. Aunque de la lectura de la demanda

parece desprenderse que todas las peticiones las deduce la parte actora del invocado hecho de ser copropietario del camino que ocupa parte de la finca número 305, de repetida cita, es lo cierto que también invoca ser poseedor de la finca, aunque se trate de posesión para otro, en los términos regulados en el artículo 432 del Código Civil, ya que habiendo reconocido en el juicio la propiedad de la esposa, como bien privativo, el demandante mantiene: *a)* su condición de poseedor; *b)* la existencia del camino de paso a fincas, que se constituyó mediante la cesión de parte de la finca citada; *c)* la desposesión efectuada por la actuación del demandado. Y estos extremos han quedado acreditados en la sentencia de instancia, en declaraciones de carácter fáctico que han de ser mantenidas en casación, cuando en la fundamentación jurídica de la sentencia de la Audiencia se expresa que «el actor tiene mejor derecho que el demandado sobre la finca controvertida» y que no existe ninguna duda sobre la identificación de la cosa «el tramo del camino que ha hecho desaparecer el demandado», llevando a éste a una «ilegítima posesión excluyente que, en la zona controvertida, ha hecho desaparecer el camino o paso».

Octavo: En definitiva, procediendo la estimación del recurso de casación por los motivos expuestos, la Sala ha de constituirse en funciones de instancia, y así: *a)* procede desestimar la acción que reclama la propiedad del actor, ya que se ha acreditado no serlo, de modo que carece de legitimación activa, pues al no ser dueño del predio, no puede condenarse al demandado a que le reintegre el bien que en tal concepto reclama. Como afirman las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2002 y 30 de mayo de 2006, «la legitimación *ad causam* consiste en una posición o condición objetiva con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que se trata de ejercitar», lo que claramente no concurre en este caso, pues no siendo el propietario del predio carece de acción para reclamarlo a título de dueño; *b)* no puede demandar la propiedad del camino como predio diferenciado, pues del acuerdo adoptado por los entonces propietarios de los predios colindantes y el Sr. M. S., como mandatario de su cónyuge, no puede deducirse la constitución de una nueva finca, con cuatro titulares y con función de camino, sino tan sólo un derecho de paso por los predios referidos, uno de los cuales, el 305, pertenece a la mujer del actor; *c)* no concurriendo la legitimación necesaria para el ejercicio y prosperabilidad de la acción basada en la afirmada titularidad del bien, que como debe decirse no existe, la situación no es la misma en relación con la petición incorporada al apartado 4 del suplico de la demanda: «Condenar al demandado a reponer el camino a su estado inicial, con apercibimiento de llevarse a cabo la obra de restitución del mismo a su costa, si no lo efectuase de forma voluntaria». En este caso, aun cuando el actor pide para sí y no para su esposa, son hechos acreditados que aquel participó en el acuerdo con los propietarios de las otras fincas afectadas para la construcción del camino; que tal camino ha sido utilizado –poseído– por el actor en su gestión del bien del que es titular su esposa. De su interés legitimo en poder seguir utilizando el camino tal como estaba configurado a partir de aquel acuerdo, deriva su legitimación, por lo que resulta procedente la estimación de la referida petición.

Noveno: La aplicación de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina no hacer imposición de las costas en ninguna de las instancias, dada la estimación parcial de la demanda; y también la no imposición de las costas del recurso extraordinario, al ser estimado el recurso de casación.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de don Manuel S. F., contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de fecha 6 de septiembre de 2006, que casamos y anulamos, en cuanto se oponga a los pronunciamientos que se dirán. En su lugar, y estimando en parte la demanda deducida por la representación de don Enrique M. S., condenamos al demandado a reponer el camino de autos, señalado en el documento núm. 1 de los apartados con la demanda, a su estado inicial, con apercibimiento de llevarse a cabo la obra de restitución del mismo a su costa, si no lo efectuase de forma voluntaria. Y desestimamos la mencionada demanda en cuanto al resto de las peticiones deducidas en ella. No hacemos imposición de costas en ninguna de las instancias, ni de las causadas en el presente recurso.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de la presente resolución, debiendo acusar recibo.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.