

EL RECURSO DE CASACIÓN Y LAS SENTENCIAS DE APELACIÓN DICTADAS EN EL PROCESO INCIDENTAL DEL ARTÍCULO 809.2 LEC*

Ángel BONET NAVARRO

RESUMEN

El proceso incidental, seguido al suscitarse controversias sobre la inclusión y exclusión de bienes y derechos en la formación del inventario del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, termina con una sentencia a la que la nueva jurisprudencia autonómica aragonesa le niega el carácter de resolución que pone término a la tramitación ordinaria de un proceso en la primera instancia. Esta nueva calificación, que sustituye a la anterior, determina, según la nueva doctrina, que la sentencia recaída ante la Audiencia Provincial no sea considerada sentencia de segunda instancia. Con esta interpretación restrictiva se impide el acceso a la casación foral de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales aragonesas, cuando las normas sobre la materia de la calificación de comunal o privativa de los bienes y derechos han sido aplicadas en este proceso incidental. El cambio de doctrina repercute sobre la futura formación de jurisprudencia foral sobre esta cuestión.

Palabras clave: Liquidación del régimen económico matrimonial. Proceso para la inclusión o exclusión de bienes en el inventario. Cuestión incidental. Proceso incidental. Recurso de casación foral. Selección de asuntos en el recurso de casación. Jurisprudencia foral.

* Este trabajo se inscribe en el ámbito del proyecto de investigación DER 2010-17538 Plan Nacional de I+D+I, del Ministerio de Ciencia e Innovación, cuyo investigador principal es el autor.

ABSTRACT

Procedures for motions about the inclusion and exclusion of the assets in the inventory formation for the liquidation of the community property state, finishes with a judgment to which the new jurisprudence in Aragon declines the quality of resolution that would put an end to the ordinary proceedings of a process in courts of first instance. This new qualification substitutes for the previous one and determines, according to the new doctrine, that the judgment that arrives to the *Audiencia Provincial* will not be considered as a trial on first appeal. This restrictive interpretation does not allow access to the cassation in the high court about *foral* issues of the judgments given by the *Audiencias Provinciales* in Aragon, when the rules about the issues qualified as communal or as separate have been applied in this motion. This change of the doctrine has repercussions over the future formation of the jurisprudence in *foral* issues about this matter.

Keywords: Liquidation of the community property state. Procedure for the inclusion and exclusion of the inventory assets. Motion. Cassation. Selection of suits in the cassation procedure. Jurisprudence in *foral* issues

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: 1. UNA DOCTRINA A EXAMEN; 2. LAS CUESTIONES. II. LA LEY DE CASACIÓN FORAL ARAGONESA Y SU INTERPRETACIÓN: 1. EL TIPO DE LA NORMA; 2. ¿VINCULACIÓN JURISPRUDENCIAL? III. APELACIÓN Y SEGUNDA INSTANCIA. UNA CUESTIÓN PLANTEADA EN LA LEC: 1. UNIDAD O DIVERSIDAD DE CARACTERES; 2. UNA APROXIMACIÓN PROVISIONAL AL CONCEPTO DE INSTANCIA. IV. PRIMERA INSTANCIA Y LO INCIDENTAL: 1. PRIMERA INSTANCIA; 2. LO INCIDENTAL. V. CUESTIÓN INCIDENTAL, PROCESO CON PROCEDIMIENTO INCIDENTAL Y PROCESO INCIDENTAL CON PROCEDIMIENTO NO INCIDENTAL: 1. CUESTIONES INCIDENTALES; 2. PROCESO CON PROCEDIMIENTO INCIDENTAL; 3. PROCESO INCIDENTAL CON PROCEDIMIENTO NO INCIDENTAL; 4. EL TRÁMITE DEL JUICIO VERBAL, UN PROCEDIMIENTO GENÉRICO; 5. DENOMINACIONES, PROCEDIMIENTOS O CONTENIDO; 6. LA «INCIDENTALIDAD» DE LOS PROCESOS MENCIONADOS EN EL AUTO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA Y SU EXCLUSIÓN DE LA CASACIÓN; 7. INCIDENTALIDAD EN LA LEC/1881; 8. INCIDENTALIDAD EN LA LEC/2000; 9. RAZONES DE LA EXCLUSIÓN. VI. EL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN: 1. EL OBJETO; 2. EL TRÁMITE. VII. CONFIGURACIÓN DEL PROCESO: 1. ¿UN PROCEDIMIENTO NO JURISDICCIONAL? 2. ¿UNO O DOS PROCEDIMIENTOS? 3. UN PROCESO UNIVERSAL. VIII. EL MODO INCIDENTAL DE LA OPOSICIÓN EN EL INVENTARIO... IX. ...Y SU CARÁCTER DE INSTANCIA: 1. LA INSTANCIA EN LOS PROCESOS INCIDENTALES Y SU ACCESO A LA CASACIÓN; 2. LA CONTROVERSIA EN EL INVENTARIO EN SU PRIMERA INSTANCIA...; 3. ...QUE ES SEGUIDA POR LA SEGUNDA INSTANCIA. X. EL CAMBIO DE DOCTRINA Y SUS EFECTOS: 1. EL PUNTO DE PARTIDA; 2. NUEVA FORMA DE SELECCIÓN DE LOS ASUNTOS. 3. UNA QUIEBRA EN LA FORMACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.

I. INTRODUCCIÓN

1. UNA DOCTRINA A EXAMEN

El auto de 16 de abril de 2010 del TSJA inadmitió el recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza. Esta sentencia había resuelto en segundo grado la controversia suscitada en la formación de inventario de un procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial seguido ante el Juzgado de primera instancia número Cinco de Zaragoza. El objeto de la disceptación quedaba concretado de la siguiente manera: «dilucidar si es o no procedente la inclusión en el activo y pasivo consorcial diferentes bienes, así como la consideración como privativos de determinados incrementos patrimoniales» (fj 1^º). El argumento motivador de la inadmisión se halla recogido a continuación en el mismo fj:

«Como se señaló en la providencia de fecha 15 de abril pasado, el Tribunal Supremo ha establecido de modo reiterado que las sentencias dictadas en apelación en incidente sobre inclusión o exclusión de bienes en el inventario que se forma en el seno de un procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial no son susceptibles de casación, por no darse el presupuesto legal exigido en el artículo 477.2 del mentado Cuerpo procesal Civil.

»Así, por ejemplo, el auto del Tribunal Supremo de fecha 15 de julio de 2008, ya referenciado en la providencia de 15 de abril pasado con cita de otras resoluciones del mismo Tribunal Supremo en igual sentido, se indica (Fundamento de Derecho 2):

“Esta Sala tiene declarado que, en la nueva LEC 1/2000, el juicio al que se remite el art. 809.2 tiene una evidente naturaleza incidental, al igual que sucede en el caso previsto en el art. 794.4 LEC 2000, lo que determina la irrecurribilidad en casación de las sentencias dictadas en grado de apelación en estos procedimientos, cuyo objeto, según el indicado apartado 2 del art. 809 se contrae a resolver la controversia suscitada en el seno de un proceso para la liquidación del régimen matrimonial –en el presente caso sociedad de gananciales– en la formación de inventario, sobre la inclusión o exclusión de bienes y sobre el valor de las partidas que conforman dicho inventario (AATS de 3 de febrero y 6 y 20 de julio de 2004, en recursos 1457/2003, 396/2004 y 2739/2004, entre los más recientes), y ello porque, según los criterios de la LEC 2000, sólo tienen acceso a la casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales (art. 477.2 de la LEC), lo que excluye el recurso cuando la sentencia cuyo acceso a casación se pretende no puso fin a una verdadera segunda instancia, como ocurre en los supuestos de sentencias recaídas en apelación cuando la dictada por el Juez de Primera Instancia no puso fin a la tramitación ordinaria del proceso, sino a un incidente suscitado en el mismo.

“Conviene insistir en este punto, que a ello no obsta que la Sentencia impugnada se haya dictado en un procedimiento seguido como verbal, ya que nos hallamos ante un incidente de índole declarativa dentro de un procedimiento de liquidación, (...) siendo irrelevante a tal efecto la circunstancia de que el legislador de la nueva LEC 2000, que, en el caso de discrepancias sobre la formación de inventario y valoración de los bienes se remite al cauce del juicio verbal (art. 809. 2 LEC 2000) (...).

“Este criterio resulta acorde con la más moderna orientación de la doctrina de esta Sala, aplicada en numerosos autos resolutorios de recursos de queja (cf. AATS de 9 de abril de 2002, en recurso 2212/2001, formulado en autos de mayor cuantía sobre determinación

de daños y perjuicios en el incidente de oposición a la declaración de quiebra, de 28 de enero de 2003 y 15 de julio de 2003, en recursos 1099/2002 y 678/2003 planteados en pieza de calificación de la quiebra, de 11 de febrero de 2003, en recurso 14/2003 en incidente de oposición a la declaración de quiebra, de 16 de septiembre de 2003, en recurso 918/2003 en incidente suscitado en la pieza de retroacción de la quiebra, de 8 de junio y 6 de julio de 2004, en recursos 476/2004 y 593/2004 en incidente de oposición a la tasación de costas, de 8 de junio y 5 de octubre de 2004, en recursos 345/2004 y 766/2004 en incidente de modificación de medidas de separación o divorcio, de 27 de julio y 13 de octubre de 2004, en incidente sobre inclusión o exclusión de bienes en el inventario en división judicial de herencia y de 30 de diciembre de 2003, en recurso 997/2002, en juicio verbal que, en el seno de una adopción, determina la no necesidad del asentimiento de los padres biológicos de un menor al considerarlos incusos en causa legal de privación de la patria potestad, entre otros muchos)”. (La cursiva pertenece al texto original del auto)

El razonamiento transcrito involucra el uso de conceptos construidos en el seno de la teoría –y ofrecidos a la práctica– del Derecho procesal que, por su sola mención, sugeriría una oportunidad de contrastar las afirmaciones de la mayoría de los magistrados que votan a favor de la decisión consistente, en sustancia, en la inadmisión del recurso. Pero, por si esto fuera insuficiente, la parte argumentativa y dispositiva del auto va seguida de un vigoroso voto particular formulado por dos magistrados de la misma Sala, manifestando su discrepancia con la mayoría precisamente por considerar que no han sido bien examinadas las cuestiones que se encierran en el uso de los conceptos expuestos. En dos párrafos de síntesis los magistrados discrepantes centran la causa de su opinión:

«La causa de inadmisión apreciada en la resolución de la que discrepamos viene dada por la aceptación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo conforme a la cual, en síntesis, no es admisible el recurso de casación en estos procedimientos por su naturaleza incidental, según resulta de la fundamentación en tal sentido de los citados Autos del Tribunal Supremo.

»La aceptación de tal doctrina se constituye en la razón de la modificación del criterio de esta Sala, como advierte el Auto de inadmisión, pues hasta la fecha se venían admitiendo tales recursos pero, precisamente por no encontrar debidamente justificado tal cambio, nos atrevemos a discrepar de la mayoría» (fj 2º).

2. LAS CUESTIONES

La lectura de una y otra argumentación lleva a plantear primordialmente dos reflexiones sobre el sentido de lo «incidental» y el de la «segunda instancia», ya que constituyen, para las posturas encontradas, el punto de inflexión sobre el cual estriba la conclusión definitiva: admitir o inadmitir el recurso de casación.

Antes de entrar en el examen del asunto central hay que advertir que, según la manifestación de los magistrados que formulan el voto particular, la Sala, con anterioridad a este auto, venía admitiendo los recursos de casación interpuestos contra las sentencias recaídas en este tipo de proceso. Por otro lado, de las razones dadas en la fundamentación jurídica del auto, resulta manifiesto que la causa determinante del cambio de criterio viene establecida por el cambio que también se ha producido en la doctrina del Tribunal Supremo respecto de la misma

materia. Si la postura adoptada por el Tribunal Supremo resulta convincente, no hay nada reprochable. Pero, resulta llamativa –por la inexactitud de la apreciación– la forma en que el auto acoge la *disciplina* del Tribunal Supremo:

«La regulación contenida en la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, no modifica lo ya expuesto, dado que dicha Ley prevé como sentencias recurribles en casación las dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, al igual que lo hace el artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya interpretación genera la Jurisprudencia vinculante del Tribunal Supremo ya reproducida, de modo que no cabe considerar que exista al respecto salvedad legal alguna en la regulación propia de Aragón» (fj 2º).

Este razonamiento merece un comentario previo.

II. LA LEY DE CASACIÓN FORAL ARAGONESA Y SU INTERPRETACIÓN

1. EL TIPO DE LA NORMA

La lectura de la Ley 4/2001, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa (en adelante LCFA), nos hace caer en la cuenta de que, en su artículo 1, contiene una regla de atribución de competencia que es copia casi literal de lo establecido en el art. 73.1.a) LOPJ. La norma autonómica repite el tenor de la norma estatal. Pero, fuera del reproche de la jurisprudencia constitucional, la cual señala como impropio del legislador autonómico introducir en sus textos las denominadas *leges repetitae*, cuando, en el ordenamiento autonómico, no tienen por objeto dotar de sentido o inteligibilidad al texto normativo (STC 47/2004, de 25 de marzo, fj. 8), el precepto del art. 1 no contiene indicación alguna referente a la exclusión de determinadas sentencias del recurso de casación foral. Más bien, su lectura poco reflexiva induce a pensar que se concede el recurso de casación frente a *todas* las resoluciones de los tribunales con sede en la Comunidad Autónoma. Sabemos que esto no es así y puede concluirse de manera inmediata tan pronto como se lee el artículo 2 en el que se hace referencia a la recurribilidad sólo de las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales. Por tanto, puede señalarse que lo que contiene el art. 1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio no es una regla especial de recurribilidad, sino una regla de competencia funcional.

La que podíamos denominar *licencia* del legislador autonómico introduciendo esa regla de competencia, fuera de lugar y habilitación, tiene una explicación más o menos convincente, pero real y *justificada* en el debate parlamentario que precedió a la promulgación de dicha Ley. Pueden verse las alusiones en el trámite parlamentario de su creación a la conveniencia o necesidad de hacer esta «declaración» del art. 1 por causa de las reticencias que habían surgido acerca de la posible falta de competencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

para conocer del recurso de casación, al haberse suprimido el correspondiente texto normativo que, en el entonces vigente Estatuto de Autonomía, hiciera referencia a esta competencia.

Aunque el Tribunal Supremo había declarado, con mayor intención pacificadora que corrección jurídica, que existía tal competencia del TSJA, y el mismo TSJA había aceptado la existencia de su competencia anteriormente negada por él, había alertado a los parlamentarios aragoneses el Informe del Consejo General del Poder judicial sobre el anteproyecto de la Ley de casación en el que se recuerda esta carencia estatutaria, señalando que el TSJA no tenía competencia para conocer del recurso de casación. Recibido el sentir del Informe a modo de aviso respecto de nuevas interpretaciones, los diputados –sin fundamento jurídico posible– pensaron que la norma inserta en el art. 1 serviría de base para mantener, sin discusión, la competencia casacional del TSJA, mientras se elaboraba y aprobaba la reforma de dicho Estatuto.

Pero, la Ley aragonesa no es una norma determinadora de la competencia del Tribunal Superior de Justicia, sino una ley de selección de asuntos. Y para ello elige el mismo punto de partida que la LEC: *serán recurribles las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales* (art. 2). Podía haber sido otro, como el fijado por el legislador autonómico gallego, que, en la Ley de Galicia 11/1993, de 15 de julio, declarada inconstitucional parcialmente por la STC 47/2004, de 25 de marzo, admitió al recurso de casación no sólo las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, sino otras resoluciones; la norma estuvo vigente durante más de un decenio, al no haber sido suspendida su aplicación.

Y, precisamente, éste es el estribo en que se apoya la argumentación de los magistrados mayoritarios que aprueban la resolución que inadmite el recurso de casación. Ésta es, al parecer, su fórmula práctica. Si la letra de los preceptos (art. 477.2 LEC y art. 2 LCFA) es la misma: *sentencias dictadas en segunda instancia*, no hay razón para separarse de la interpretación realizada por el Tribunal Supremo sobre los casos en que debe entenderse que hay una verdadera sentencia de segunda instancia, por la simple razón de que, en unos casos procedimentales, el segundo grado de conocimiento por un tribunal superior da lugar a una segunda instancia y, en otros, este segundo camino no lo es; y, como consecuencia, las sentencias dictadas en estas ocasiones son o no *recurribles* en casación, según la calificación que merezca el trámite ocurrido en el segundo grado.

2. ¿VINCULACIÓN JURISPRUDENCIAL?

Este ajuste del criterio de los magistrados mayoritarios a la «doctrina» del Tribunal Supremo, se debe a una admitida y supuesta *jurisprudencia vinculante* de este Tribunal. Ésta es una segunda cuestión que hay que examinar preliminarmente. La EM de la LEC/2000 no deja lugar a dudas sobre la eficacia de la jurisprudencia en cuanto a su imposición para los tribunales inferiores de aquel o aquellos que la crean: «En un sistema jurídico como el nuestro, en el que el precedente carece de fuerza vinculante –sólo atribuida a la ley y a las demás

fuentes del Derecho objetivo—, no carece ni debe carecer de un relevante interés para todos la singularísima eficacia ejemplar de la doctrina ligada al precedente, no autoritario, pero sí dotado de singular autoridad jurídica». Una cosa es la «singular autoridad jurídica» y otra la «fuerza vinculante» de la doctrina de la sentencia o sentencias del tribunal superior de casación o de apelación: los tribunales, de cualquier instancia o grado son soberanos en el momento de argumentar y tomar sus decisiones. Sólo debe hablarse del influjo persuasivo de la jurisprudencia sobre las resoluciones futuras de los tribunales inferiores y sobre las conductas de los mismos justiciables; quizá, mirando al futuro, como instrumento de enriquecimiento de la obra legislativa (*la tarea de revitalizar nuestro Derecho*; LCFA, preámbulo). El mismo Tribunal Supremo afirma que no se encuentra vinculado indefectiblemente a su propia jurisprudencia (ATS de 13 de octubre de 1998).

Si es cierto que, tal como se hallan las cosas en nuestro país, en la actualidad hay dos fuentes de producción de jurisprudencia foral civil aragonesa, no puede decirse que una esté subordinada a la otra o que una deba recibir el refrendo o rectificación de la otra, aun sin perder de vista que el Tribunal Supremo *es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes* (art. 123.1 CE) y que la culminación de la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma se halla en el Tribunal Superior de Justicia, *sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo* (art. 152.1.II CE).

Aunque leyendo el art. 477.3.II LEC pueda defenderse que sólo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia será la adecuada para resolver lo concerniente a la apertura del recurso de casación ante este Tribunal, al prestar atención al art. 3.1 LCFA, se debe admitir que, por razón de la especialidad introducida, también la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo es apta para esta función. Las dos doctrinas son jurisprudenciales. El fenómeno distorsionante que se produce respecto de la pretendida función casacional de la búsqueda de la uniformidad en la interpretación de la ley es palmario, pero la coexistencia de estas dos fuentes de jurisprudencia es incontestable.

Si el asunto no plantea problemas en lo que se refiere a la formación de la propia doctrina jurisprudencial respecto de la interpretación de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, tampoco los debe plantear en lo que concierne a la interpretación de las normas procesales que regulan la preparación, interposición, admisión y tramitación del recurso de casación foral. Entre estas normas se halla precisamente la que establece la recurribilidad de las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales; es decir, el art. 477 LEC. Las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia son soberanas en la interpretación de los requisitos procesales de los recursos de casación de su competencia. Así lo han entendido los TTSSJ de las Islas Baleares (S. de 14 de enero de 2005), de la Comunidad Valenciana (S. de 17 de enero de 2008) y de Cataluña (S. de 27 de marzo de 2008); especialmente significativa es la STSJ de Navarra de 2 de marzo de 2004: «aun sin desconocer el valor de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en la interpretación de las normas sustantivas comunes y procesales, no puede dejar de

afirmar la plenitud de su soberanía y competencia no sólo en la exégesis de las disposiciones del Derecho civil propio de su Comunidad, de que es último intérprete, sino también en las de las normas reguladoras del recurso de casación civil foral de que conoce con exclusión de cualquier instancia jurisdiccional superior o ulterior». Y si esto es así respecto de las normas estatales sobre la regulación del recurso de casación, con mayor razón ha de entenderse que es procedente tal plenitud de soberanía interpretativa, en su caso, respecto de las normas autonómicas que establecen especialidades procesales en esta materia.

Esta separación interpretativa, en contra de lo afirmado por los magistrados mayoritarios, «desvincula» a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de cualquier particular interpretación –porque es mera interpretación y nada más– realizada por el Tribunal Supremo sobre el carácter del proceso tramitado para impugnar el inventario en el procedimiento seguido para la liquidación del régimen económico matrimonial, caracterización que es concluyente para rechazar el recurso de casación.

III. APELACIÓN Y SEGUNDA INSTANCIA. UNA CUESTIÓN PLANTEADA EN LA LEC

I. UNIDAD O DIVERSIDAD DE CARACTERES

La base del debate dialéctico mantenido entre la argumentación del auto desestimatorio y la del voto particular, en contra de lo que pueda parecer a primera vista, no hay que buscarla en una cuestión de nombres y categorías procesales sobre el procedimiento (nótese que el capítulo II del título II del libro IV LEC no se refiere a un proceso, sino al procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial), sino en la posibilidad de reconocer o no reconocer si, a la sentencia, que es objeto de recurso, dictada por la Audiencia Provincial se le puede atribuir el determinante «sentencia de segunda instancia». Porque, la cuestión trae causa de la lectura de dos preceptos de la LEC: «*Contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación*» (art. 466.1); y «*Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales...*» (art. 477.2). Y la formulación de la cuestión introduce inmediatamente la pregunta sobre cuándo una sentencia es de segunda instancia.

En síntesis podríamos decir que una sentencia es de segunda instancia cuando se dicta en la segunda instancia, poniendo término a ésta. Pero el acierto de la respuesta queda en suspenso, por ahora, porque la LEC no define qué es la segunda instancia. En los arts. 455 y siguientes regula el recurso de apelación y la segunda instancia («*Capítulo III. Del recurso de apelación y de la segunda instancia*»), pero ni siquiera existen, en este conjunto de artículos, criterios suficientes para determinar cuándo regula la apelación o cuándo la segunda instancia, ni

existen elementos concluyentes para determinar si apelación y segunda instancia son cosas distintas, pero piezas concurrentes y conformadoras de una unidad, o, si, por fin, son términos intercambiables con los que se denomina una misma cosa. Algo parecido puede afirmarse de la primera instancia. No hay tampoco precepto que afirme qué es la primera instancia.

En la LEC/1881 se utilizaba indistintamente la expresión *segunda instancia* y *apelación* para referirse a una misma realidad (arts. 840 a 896). Es decir; el texto positivo tampoco proporcionaba criterios para concluir cuándo la apelación abría una segunda instancia y cuándo no ocurría así, porque, aun *devuelto* el conocimiento del asunto momentáneamente a un tribunal superior, esta actuación pertenecía a la primera instancia que no había terminado todavía. Bajo el cobijo del rótulo del Tít.VI del Lib. II: *De la segunda instancia*, se disponían las diversas regulaciones de los distintos modos de tramitarse lo que, en todos los casos, se denominaban «recursos de apelación»: *apelación de sentencias definitivas dictadas en pleitos de mayor cuantía* (Sección 2ª); *apelación de sentencias y autos dictados en incidentes y en los juicios que no sean de mayor cuantía* (Sección 3ª). Al mismo grado de indefinición se llegaba en la regulación dispersa por la LEC y por otras normas complementarias sobre la forma de sustanciar apelaciones y segundas instancias: arts. 702 a 710 (juicio de menor cuantía); 732 a 736 (juicio verbal); 62 y 63 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 (juicio de cognición).

Legal y experimentalmente sabemos cuándo comienza el primer grado en que es conocido un pleito por un tribunal, al que la norma, por tener en cuenta en primer lugar las pretensiones de las partes, denomina *tribunal de primera instancia* (art. 456.1); de esta manera queda establecido el primer grado: «*El juicio principiará por demanda*» (art. 399.1 LEC); y también sabemos cuándo termina: «*una vez que haya concluido su tramitación ordinaria*» (del proceso) se dictará sentencia (art. 206.1.3ª LEC). Entre la demanda y la sentencia, siguiendo la tramitación ordinaria, existe el primer grado de conocimiento de un asunto por el órgano jurisdiccional correspondiente.

Respecto del segundo grado de conocimiento del asunto, puede decirse que tal grado comienza, en todo caso, cuando termina el primero. El inicio del segundo grado lo determina el fin o agotamiento del primero, privando al tribunal de primer grado del conocimiento del asunto ya resuelto: «*Durante la sustanciación del recurso de apelación, la jurisdicción del tribunal que hubiere dictado la resolución recurrida se limitará a las actuaciones relativas a la ejecución provisional de la resolución apelada*» (art. 462). En cuanto al segundo grado, también pueden discernirse legal y experimentalmente sus momentos inicial y final: «*el recurso de apelación se preparará ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne*» (art. 457.1 LEC); es decir la resolución de primer grado; y «*el tribunal resolverá sobre el recurso de apelación mediante auto cuando el mismo hubiera sido interpuesto contra un auto y mediante sentencia en caso contrario*» (art. 465.1 LEC). Pero, de todo esto, no se puede concluir que grado e instancia sean una misma cosa de tal modo que el primer grado de conocimiento tenga los elementos necesarios para configurar una primera instancia y que el segundo esté dotado de todos aquellos que le asignan la función de una segunda instancia.

Una indagación minuciosa de lo establecido en los preceptos reguladores del recurso de apelación y de la segunda instancia, ya citados, sirve para afirmar que el legislador no adopta una postura clara que lleve a especificar como cosas distintas la segunda instancia y la apelación. Las expresiones legales son muy diversas. «Conocerán de los recursos de apelación» (art. 455.2); «se tramitarán preferentemente los recursos de apelación» (art. 455.3); «en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las prensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal» (art. 456.1); «el recurso de apelación se preparará» (art. 457.1); «el Secretario judicial declarará desierto el recurso de apelación y quedará firme la resolución recurrida» (art. 458.2); «se podrá pedir, además, la práctica en segunda instancia de las pruebas siguientes» (art. 460.2); «el tribunal resolverá sobre el recurso de apelación mediante auto cuando el mismo hubiera sido interpuesto contra un auto y mediante sentencia en caso contrario» (art. 465.1).

Por lo demás, la expresión «segunda instancia» se limita en el texto de la LEC a asignar funciones o a caracterizar actuaciones de segundo grado; pero la ley también utiliza la palabra «apelación», o la expresión «recurso de apelación» para referirse a funciones o actuaciones propias de la segunda instancia: «el auto o sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso» (art. 465.5). El contenido de esta apelación no es otro que el de una segunda instancia: «contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación» (art. 466.1).

Lo único que queda claro nominalmente en la LEC y, al menos, conceptualmente –porque una cosa es definir y otra obrar en consecuencia– en la jurisprudencia es que los recursos extraordinarios no son instancias. El art. 206.1.3^a, al señalar los casos en que el tribunal debe dictar sentencia, establece una línea divisoria entre tales recursos extraordinarios y procedimientos de revisión, por una parte, y la primera y segunda instancia, por otra parte: los tribunales dictan «sentencia para poner fin al proceso, en primera o segunda instancia» (...); y como algo distinto: «también se resolverán mediante sentencias los recursos extraordinarios».

La lectura de los arts. 236 y 237.1 arroja cierta luz sobre esta cuestión. El primero de estos artículos distingue entre la posibilidad de darse la caducidad de la instancia y la caducidad del recurso. El art. 237.1, por una parte, en primer lugar, también distingue entre *instancias* (en plural) y *recursos* como si se tratara de géneros bien distintos. Seguidamente, habla de primera y segunda instancia, susceptibles de caducidad, para separarlas de lo que entiende por recursos extraordinarios, a los efectos de las consecuencias que produce la caducidad del recurso: *el extraordinario por infracción procesal y el de casación*. Sigue manteniéndose esta distinción en el art. 238. Y, por fin, al señalar los efectos que produce la caducidad de la instancia, el art. 238.1 utiliza indistintamente los términos apelación y segunda instancia para referirse a una misma realidad: *si la caducidad se produjere en la segunda instancia (...) se tendrá por desistida la apelación*. Según se advierte, el recurso

en términos del art. 450 no es sólo el acto inicial de impugnación que abre la segunda instancia, sino toda ésta cuando se abre efectivamente. La jurisprudencia del TSJA, al igual que ha venido haciéndolo la del TS, afirma que la casación no es una tercera instancia y por eso no se pueden introducir en ella pretensiones impugnatorias propias de una instancia (STSJA de 11 de mayo de 2005).

Esta confusión, en el sentido de reunión (fusión) de elementos en una unidad, se da también en el lenguaje habitual utilizado por los litigantes en los tribunales al decir que se sostiene (o *mejora*) el recurso de apelación, con apoyo en lo que dispone el art. 463.1.II, o por los magistrados al convocar a una vista de la apelación (art. 464), o al dictar una sentencia para resolver sobre el recurso de apelación, con apoyo en el art. 465.1.

2. UNA APROXIMACIÓN PROVISIONAL AL CONCEPTO DE INSTANCIA

En un sentido muy llano y general, pero no carente de apoyo legal y conceptual en términos correspondientes al Derecho procesal, puede decirse que existe una segunda instancia siempre que existe una segunda posibilidad u ocasión de que un asunto sea conocido por otro tribunal distinto del que lo conoció por primera vez. A este segundo conocimiento da entrada, en principio, el recurso de apelación con el cual «*podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia (...) mediante un nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal*» (art. 456.1). El segundo conocimiento se garantiza al justiciable en todos aquellos casos en que se dicten sentencias en toda clase de juicios, autos definitivos y aquellos otros que la ley expresamente señale (v. art. 455.1).

Este proyecto de actuación que proporciona la ley es aplicable a todo tipo de recurso de apelación formulado contra una resolución judicial, sea interlocutoria, incidental (art. 205.2^a) o definitiva (art. 207.1). Así lo entendió un procedimentalista del siglo XIX, al comentar la LEC/1855. La exposición que hace acerca de esto es merecedora de ser citada extensamente. «Siendo la providencia interlocutoria una decisión intermedia que pronuncia el juez en el discurso del pleito, entre su principio y su fin, para preparar la definitiva o sobre algún artículo o accidente, esto es, sobre un punto accesorio del objeto principal de la sentencia definitiva, no era conveniente que las apelaciones de aquella clase de sentencias se sustanciaran por los trámites estensos y solemnes que las de esta. En su consecuencia, la nueva ley, conforme con la regulación y práctica anteriores, ha establecido un procedimiento breve y sencillo para apelación de sentencia interlocutoria, aunque tenga fuerza de definitiva, esto es, aunque decida algún artículo o incidente que ocurra durante el pleito...»¹.

La diferencia del sistema de apelación, establecido en la LEC/1855, no estribaba en la calidad del conocimiento atribuido al tribunal que debía conocer del

¹ VICENTE Y CARAVANTES, J., *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento con sus correspondientes formularios*, Madrid, 1858, t. IV, p. 49.

asunto por segunda vez, sino en la brevedad de la tramitación, en razón de la clase de resolución apelable y apelada. En la LEC/1881 los arts. 840 a 902 reunían los preceptos que regulaban lo que en el título VI del libro II se denominaba: «*De la segunda instancia*», repartiéndose los artículos en tres secciones, de las cuales, la primera era aplicable a toda «segunda instancia» y las otras dos, ajustándose a los criterios doctrinales procedimentalistas ya expuestos, eran aplicables sucesivamente: a) a las apelaciones de sentencias definitivas dictadas en pleitos de mayor cuantía; y b) a las apelaciones de las sentencias y autos dictados en incidentes y en los juicios que no sean de mayor cuantía.

Sin embargo, conviene concretar un poco más los elementos formadores del concepto de la segunda instancia, mirando ahora a lo que hemos apuntado antes. Para que la segunda instancia, como segundo grado, pueda, no sólo recibir, arregladamente a su orden de desenvolvimiento temporal, esta designación, sino realizarse como tal, es preciso que haya terminado totalmente la primera instancia. Si hemos sido capaces de señalar cuál es la duración temporal y espacial de la primera instancia, podremos afirmar que la segunda instancia viene procedimentalmente después y no se puede iniciar antes de que haya terminado ordinariamente la primera instancia. Por tanto, toda intervención de un tribunal de segundo grado en una parte o en la totalidad de un asunto mientras éste, en su primer grado, no haya *concluido su tramitación ordinaria prevista en la Ley* (art. 206.1. 3^a) será, a virtud de haberse formulado un recurso de apelación, un segundo grado de conocimiento de algo que está ocurriendo en el primer grado, pero no podrá hablarse de que se ha abierto una segunda instancia.

En consecuencia, dejando ahora a un lado otras consideraciones, si bien puede afirmarse que, en este punto, la LEC/2000 no efectúa un avance decisivo para resolver la «cuestión» ya planteada al leer el texto de la LEC/1881 en torno a lo que es una instancia y una segunda instancia, al contrario puede sostenerse actualmente, al igual que pudo hacerse antes con el texto de la LEC/1881, que el recurso de apelación, como acto de iniciación, es el instrumento ideado por el legislador para abrir (incoar) una serie de actuaciones ante el tribunal superior, *devolviéndole* el conocimiento del asunto (*tantum devolutum quantum appellatum*), según la terminología clásica, y señalando el ámbito del pronunciamiento pretendido: «*el auto o sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación*». Sin quitar el sentido que tienen, en conjunto, las palabras en el art. 456.1 puede resumirse la finalidad a la que tiende el establecimiento del recurso de apelación: «*en virtud del recurso de apelación podrá perseguirse (...) un nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante el tribunal de primera instancia*». Esto ha de ocurrir siempre. Otra cosa es que, manteniéndose la finalidad revisora en todos los casos, en unas ocasiones, por medio del recurso de apelación, se abra una segunda instancia y en otras no. Y este segundo caso ocurrirá siempre que la primera instancia no haya terminado.

Hagamos ahora una aproximación al concepto a través de la lectura de algunos preceptos de la LEC.

A) Por no haberse terminado la primera instancia, las actuaciones subsiguientes a la interposición de un recurso de apelación autorizado por la LEC, no constituirán una segunda instancia en los casos de suspensión por causa de prejudicialidad civil y penal (arts. 41 y 43); en los recursos de apelación interpuestos en materia de competencia internacional, jurisdicción, sumisión a arbitraje y competencia objetiva (art. 66.1); en los recursos admitidos por la denegación de las diligencias preliminares o por su rechazo por considerar justificada la oposición (arts. 258.2 y 260.4); así como en los dictados al conceder o denegar medidas cautelares (arts. 735 y 736); en los recursos admitidos en el proceso de ejecución (art. 562.1.2º); en los recursos de apelación contra el auto resolviendo el recurso de revisión cuando ponga fin al procedimiento o impida su continuación (art. 454 bis); en los admitidos contra el auto resolutorio del recurso de reposición al proveer en contradicción con el título ejecutivo (art. 563.1); y en cualesquiera otros casos en que se admita el recurso contra resoluciones no definitivas (arts. 206.1.2ª y 207.1).

B) Esto mismo se advierte en el caso de que el recurso de apelación, frente a una sentencia de primera instancia, denuncie solamente una infracción procesal cometida en la primera instancia antes de dicha sentencia y la infracción sea de las que originan la nulidad radical de las actuaciones o de parte de ellas; en este caso el tribunal de apelación no abrirá y agotará la segunda instancia para pronunciar una sentencia definitiva sobre el fondo del asunto dilucidado en la primera instancia, sino que declarará, sin dictar sentencia, en vía de apelación, aun habiéndose terminado la primera instancia, la nulidad de las actuaciones por medio de una providencia y ordenará reponer las actuaciones al estado en que se hallasen cuando la infracción se cometió en la primera instancia (art. 465.4).

C) El asunto reviste los mismos caracteres cuando el recurso de apelación se interpone contra una resolución judicial (art. 206.1.2ª II) que pone fin a las actuaciones en la primera instancia antes de que concluya su tramitación ordinaria (por sentencia; art. 206.1.3º); puede pensarse en los supuestos regulados en los arts. 418.2, 420.4, 421.1, 424.2 que determinan el pronunciamiento de un auto definitivo que será apelable (art. 455.1); si el recurso de apelación fuere estimado, el tribunal superior que ha conocido de él, tras revocar el auto recurrido no entrará a conocer del fondo del asunto ventilado en la primera instancia terminada, pero no acabada según su tramitación ordinaria, sino que devolverá las actuaciones al tribunal inferior para que siga conociendo del asunto en la primera instancia (no agotada) que se deberá reanudar hasta dictarse la sentencia definitiva.

Estos casos nos permiten distinguir que, frente a un recurso de apelación que abre una segunda instancia ante un tribunal superior del que dictó la resolución recurrida con la finalidad de que la revoque y dicte otra en su lugar, existe un recurso de apelación para remitir el conocimiento de un asunto o parte de él al tribunal superior a fin de que declare la nulidad de alguna o algunas de las actuaciones desarrolladas ante el tribunal inferior. Por tanto, en este segundo caso, el recurrente accede a un tribunal superior que va a conocer de la cuestión planteada, pero toda esa actuación pertenece, en su caso –como antes hemos dicho–,

a la primera instancia o a la actuación que quedó pendiente ante el tribunal *a quo*; de lo que diga el tribunal superior no se produce una decisión definitiva suya hurtada al tribunal del que procede la resolución recurrida, sino el desarrollo posterior de la actuación en la que recayó la resolución recurrida sobre la que incide la decisión para su ordenación correcta. Por tanto, en todos estos casos, la resolución, dictada al término del examen realizado por el tribunal de segundo grado, no será una resolución (digamos por ahora: auto o sentencia) de segunda instancia.

D) Por contraste, será de segunda instancia, la resolución que ponga término a una auténtica segunda instancia configurada de la manera que llevamos dicha. Pero esto no es todo. Ahora, penetrando con mayor intensidad en el examen, importa saber si lo que viene detrás de la sentencia o auto recurridos en apelación es una segunda instancia por haber concluido en un caso u otro la primera instancia. Esto lleva a examinar preliminarmente qué elementos debe haber en una actuación ante el tribunal de primer grado para que a ella se le pueda denominar y ser considerada *instancia* y por tanto *primera instancia*.

IV. PRIMERA INSTANCIA Y *LO INCIDENTAL*

1. PRIMERA INSTANCIA

Si ya tenemos una idea aproximada, formada negativamente sobre lo que es una instancia –es decir, aquello que no es un recurso extraordinario– y también de forma negativa conocemos qué es una segunda instancia –lo que no es la primera instancia–, nos damos cuenta de que, a pesar de la apariencia de lo contrario, hemos avanzado bien poco, porque tal suma de negaciones ayudan insuficientemente a fijar los límites objetivos de la instancia, sustantivo al que se podrá añadir seguidamente el adjetivo numeral ordinal: *segunda*, correspondiente por razón de su sucesivo desarrollo temporal y ordinatorio dentro de un proceso. Por eso, conviene dedicar alguna otra reflexión para examinar cuándo una petición formulada por un litigante ante un tribunal da lugar a una instancia que será la primera, si lo hace por primera vez, o, contrariamente, tal pretensión incoa por primera vez también otro género de actuaciones. No interesándonos introducirnos en las breñas de la discusión doctrinal acerca de si en España existe una verdadera segunda instancia, asunto que no atañe a lo que estamos ahora tratando, si somos capaces de culminar con éxito esta pequeña empresa, nos resultará fácil decir que lo que sigue a la primera instancia, por haber terminado ésta, es una verdadera segunda instancia, o que, por el contrario, es otra cosa: es simplemente una apelación con finalidad distinta de la de una segunda instancia, como hemos visto anteriormente a través de algunos ejemplos.

Determinado el ámbito temporal de duración de la primera instancia: desde la demanda hasta la sentencia definitiva, podemos adentrarnos en concretar los elementos que determinan la existencia de una *instancia* propiamente dicha.

Intentemos una mayor aproximación al concepto para determinarlo de manera positiva. Con carácter general y poco definido todavía, podemos decir que *instancia* es cada uno de los grados jurisdiccionales en que se pueden conocer y resolver los diversos asuntos sometidos a los tribunales de justicia. En esta perspectiva de la instancia, el nombre sirve para designar todos y cada uno de los grados por los que puede desarrollarse un proceso, incluidos los recursos extraordinarios. Con la misma indefinición utiliza la palabra el artículo 152.1.III CE: *las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia*, sabiendo que a los Tribunales Superiores de Justicia existentes en las Comunidades Autónomas, en algunos casos, se les concede la competencia para conocer del recurso de casación (art. 73.1. a) LOPJ).

FEBRERO y ESCRICHE definen la instancia más concretamente como «el ejercicio de la acción en juicio hasta la sentencia definitiva». Pero con esta definición tampoco se significa propiamente lo que es una instancia para diferenciarla de un recurso extraordinario que, según hemos visto antes, se separa en la doctrina y, sobre todo, en la jurisprudencia, como género distinto de las instancias.

Es preciso indagar y determinar cuál es el elemento identificador de la instancia. Prestando atención a la función que desempeña el tribunal de primero y de segundo grado, hace algún tiempo tratamos de construir un concepto de la instancia que pudiera ser respetuoso con lo que exige su constitución y desarrollo y además ser útil para caracterizar cada una de las instancias ordinarias como algo distinto de los grados extraordinarios en que puede ser conocido un proceso². Así, concluimos que la instancia es el conjunto de actos procesales que, iniciados mediante una demanda, o un recurso devolutivo ordinario, terminan en una sentencia definitiva que resuelve, con plenitud de conocimiento sobre los hechos, fundamentos de derecho y pretensiones deducidas sobre el fondo de un asunto. Por ello, tres son los elementos definidores: a) la pretensión de fondo ejercitada; b) la resolución definitiva dictada; c) el juicio de hecho y de derecho pleno del tribunal sobre todos los elementos identificadores del asunto.

Éste es el sentido que cobra la palabra *instancia* cuando el Tribunal Supremo, añadiendo, a su función casacional, las «facultades integradoras del *factum*», decide «*asumir la instancia*» o «*recuperar la instancia*» para tomar en consideración los hechos no apreciados suficientemente o expresados con falta de claridad o el exceso de concisión en las sentencias de los tribunales de las instancias con cuyos hechos construir su juicio para resolver sobre el fondo del asunto al dictar la sentencia de casación (STS de 10 de junio de 1995). Por tanto, no puede considerarse una instancia, el procedimiento seguido ante el Juzgado de primera instancia para las diligencias preliminares (art. 256), o para adoptar las medidas cautelares con carácter previo a la demanda (art. 730.2), ni el proceso de ejecución.

² V. mi estudio en *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Aragón* (Dir. José Bermejo Vera. Madrid, 1985, pp. 292 y 293, en el que puede consultarse la referencia a la anterior mención de FEBRERO y ESCRICHE.

2. LO INCIDENTAL: CUESTIONES INCIDENTALES

Hechas estas precisiones, que me parecen fundamentales para discernir el asunto tratado por la mayoría de magistrados cuyo voto sirvió para aprobar el auto analizado y por los otros magistrados que manifestaron su disentimiento mediante el voto particular, procede examinar si el inicio y desarrollo de un incidente comporta por sí la aparición de una instancia.

El procedimiento establecido para aquellas (todas) *cuestiones incidentales que no tengan señalada en esta Ley otra tramitación* (art. 388) es único. La respuesta a la cuestión planteada no es unívoca. Bajo la cobertura de un mismo nombre (*incidente; cuestión incidental*) se despliegan actuaciones encaminadas a resolver aspectos muy diversos; unos son del proceso, otros son de un asunto relacionado con aquel sobre el que versa el proceso principal e incluso existen cuestiones incidentales sobre incidentes del proceso principal. Por esta razón, una cuestión incidental, o un incidente incoado dentro del proceso ya iniciado puede tener muy diversa naturaleza: unas pueden ser cuestiones incidentales *procesales*, porque guardan relación con la validez del proceso principal; y otras pueden ser cuestiones incidentales *materiales*, porque guardan relación con el objeto del proceso principal.

El art. 387 LEC denomina cuestiones incidentales las que, siendo distintas de las que constituyan el objeto principal del pleito, guarden con éste relación inmediata, así como las que se susciten respecto de presupuestos y requisitos procesales de influencia en el proceso. Las segundas hacen relación a cuestiones procesales; las primeras pueden tener que ver con cuestiones procesales o con cuestiones de fondo relacionadas inmediatamente con el objeto principal del proceso.

Pero, sin perjuicio de prestar atención a esta clasificación más adelante, hemos de detenernos en este momento en el examen del fenómeno procesal que ocurre al plantearse una cuestión incidental. Este examen ha de ser provechoso para avanzar en nuestra indagación.

Sólo las cuestiones de previo pronunciamiento, por tratarse de asuntos que constituyen un obstáculo para la continuación del juicio por sus trámites ordinarios hasta la sentencia definitiva, darán lugar a la suspensión del curso de las actuaciones hasta que sean resueltas (art. 390), abriéndose un trámite al efecto que terminará con un auto (definitivo; art. 206.1.2^a.II) que, si pone fin al proceso, será recurrible en apelación (art. 393.5). En el caso de las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento (*suspensivas*: art. 390), el escrito de planteamiento de la cuestión incidental no abre una nueva instancia; se suspende la que se halla en trámite; el auto que resuelve el incidente ordenando poner fin al proceso no termina una primera instancia por el agotamiento de la tramitación ordinaria; y, por tanto, el recurso de apelación interpuesto contra dicho auto no abre una segunda instancia; la resolución dictada al final del recurso no es una resolución de segunda instancia.

Sin embargo, las cuestiones incidentales denominadas de especial pronunciamiento, tramitadas separadamente del asunto principal, que han de resolverse también separadamente en la sentencia definitiva antes de entrar a resolver sobre lo que sea objeto principal del pleito, no suspenden el curso ordinario de la primera instancia (arts. 389 y 455.1). En el caso de las cuestiones incidentales de especial pronunciamiento (*no suspensivas*: art. 389.II), el planteamiento de la cuestión incidental da lugar a un proceso (*incidental*) distinto, aunque no independiente del proceso principal que discurre paralelamente a éste. Si bien en la LEC/2000 no se establece, como sucedía en la LEC/1881, que deberá formarse pieza separada, parece indiscutible, o por lo menos razonable, que así se haga para que no se instaure el desorden procedimental al cumplir el mandato impuesto: *estas cuestiones no suspenderán el curso ordinario del proceso*. Esta era la razón aducida en la Instrucción de 30 de septiembre de 1853 (art. 58): «de todo caso incidental que legalmente ocurra en un juicio, se formará precisamente pieza separada para que nunca se entorpezca el curso de la tramitación, a no tratarse de cosa tan íntimamente unida con la cuestión principal que no sea posible dividir las».

Por tanto, el proceso incidental, con un *objeto accidental* (que *accede*, o *incide*) de especial pronunciamiento que guarda relación con el objeto *principal* del pleito, abre una instancia que se desenvuelve por trámites propios (los de los arts. 392 y 393) paralelamente al proceso principal; y la cuestión incidental es resuelta por la sentencia definitiva *única* que pone fin a la primera instancia de ambos asuntos (principal e incidental). Si se recurre esta sentencia resolutoria del incidente y, eventualmente, del fondo, el recurso de apelación abrirá una segunda instancia sobre la cuestión principal y sobre la cuestión incidental, porque de ambas se ha tratado en la respectiva primera instancia de cada uno de estos procesos principal e incidental y en la sentencia única que ha puesto fin a ellas. Si la resolución del incidente, mediante la sentencia, llevara a no pronunciarse sobre el fondo del asunto, se habría agotado la primera instancia, la sentencia dictada sería de primera instancia e, interpuesto el recurso de apelación contra ella, se abriría una segunda instancia.

V. CUESTIÓN INCIDENTAL, PROCESO CON PROCEDIMIENTO INCIDENTAL Y PROCESO INCIDENTAL CON PROCEDIMIENTO NO INCIDENTAL

Una primera conclusión que podemos obtener de lo expuesto es que *lo incidental* no es algo que hace referencia a lo puramente procesal, sino que, en ocasiones, hace referencia al fondo y a lo decidido como tal en una sentencia definitiva. La doctrina distinguió entre «incidente» y «cuestión incidental», en términos de relación entre el proceso y su objeto; también se ha practicado una distinción entre cuestión incidental en sentido lato y cuestión incidental en sentido estricto, según que, respectivamente, cada una de ellas dé lugar a un nuevo

proceso, o se plantee formando parte del mismo proceso en que surge³. La lectura de la LEC nos permite, según nos parece, distinguir dentro del género de *lo incidental*, tres categorías o especies: a) la cuestión incidental propiamente dicha; b) el proceso autónomo seguido por el procedimiento incidental; y c) el proceso incidental con forma no incidental. Algunos ejemplos pueden servir para ilustrar esta distinción.

1. CUESTIONES INCIDENTALES

A) En el primer grupo encontramos los *incidentes* que de forma genérica se mencionan en el art. 387 LEC. Pertenecen específicamente a esta categoría las cuestiones planteadas sobre la concurrencia o deficiencia de presupuestos o requisitos procesales, la competencia (art. 63), la acumulación de autos (art. 83), la recusación (arts. 108, 110 y 123), la tasación de costas (art. 246), la oposición en las diligencias preliminares (art. 260). En todos ellos se regulan cuestiones incidentales *procesales*. Todas terminan por medio de un auto, frente al que, en ocasiones, se da el recurso de apelación.

B) La tercería de dominio (arts. 595 a 604) fue reiteradamente considerada por la jurisprudencia como una «incidencia a un juicio de ejecución abierta y en trámite, determinando siempre una oposición a diligencias de juicio ejecutivo en marcha, y por tanto una incidencia del mismo» (SSTS de 20 de julio de 1994 y 10 de octubre de 1996). Era errónea la doctrina jurisprudencial que trató la tercería como el instrumento en que se ejercitaba la acción reivindicatoria. El objetivo de la tercería de dominio siempre ha sido distinto del de reivindicar la propiedad de un bien embargado, como si el embargo supusiera una expropiación de dicho bien. Respecto de la ella, la EM de la LEC/2000, negando su carácter autónomo, la considera un «incidente en sentido estricto de la ejecución, encaminado directa y exclusivamente a decidir si procede la desafección o el mantenimiento del embargo»; un asunto puramente procesal (art. 601). El, por así llamarlo, asunto «de fondo» (la pertenencia del bien al tercerista), que debe decidirse conforme a normas de derecho material, no es resuelto más que *secundum eventum litis*. La decisión sobre el «fondo» tiene carácter puramente instrumental de la modificación (procesal) perseguida respecto del bien indebidamente trabado; por eso el pronunciamiento no produce efectos de cosa juzgada en relación con la titularidad del bien (art. 603.I). Es un incidente resuelto por auto (art. 603) que será recurrible en apelación, la cual será decidida también por auto (art. 456.I).

2. PROCESO CON PROCEDIMIENTO INCIDENTAL

En ocasiones, el procedimiento incidental tiene carta de naturaleza para ordenar el desarrollo de algunos procesos que no necesariamente son incidente

³ GÓMEZ ORBANEJA, E. y HERCE QUEMADA, V. *Derecho procesal civil*. Madrid, 1962, p. 684.

de otro proceso principal. Entendemos que en la LEC/1881 no siempre que se mencionaba el trámite o procedimiento de los incidentes existía un incidente en el sentido que señalaba el art. 742: *para que* [las cuestiones] *puedan ser calificadas de incidentes deberán tener relación inmediata con el asunto principal que sea objeto del pleito en que se promuevan*. Eran juicios principales con forma incidental, pero no procesos incidentales. Por eso junto al procedimiento de los juicios de mayor cuantía, menor cuantía, cognición y verbal se enumeraba el procedimiento o trámite común de los incidentes como una clase de procedimiento por el que podían sustanciarse determinadas pretensiones.

En lo procedimental, se impuso el trámite de los incidentes como un modelo de juicio utilizable para diversas finalidades. La Base 5ª de las aprobadas por la ley de 21 de junio de 1880 para hacer la reforma de la LEC de 1855 establecía: «ordenar un solo procedimiento, breve y sencillo, tanto en primera como en segunda instancia, para todos los incidentes, artículos y demás cuestiones que no hayan de ventilarse necesariamente por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, o no tengan señalada en la ley tramitación especial».

La elección del trámite de los incidentes hecha por el legislador no sólo se manifestaba en ciertas remisiones que se hacían desde dentro de la misma LEC/1881, tal como hemos visto, sino que también, después de promulgarse ésta, se siguió extendiendo el trámite de los incidentes a procesos que nacían en regulaciones sectoriales del ordenamiento jurídico: los juicios de incapacitación aludidos en el art. 248 CC (Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1894), el juicio de responsabilidad civil de funcionarios administrativos (arts. 3 de la Ley de 5 de abril de 1904 y art. 13 del Reglamento de 23 de septiembre del mismo año), determinados juicios de la legislación especial de arrendamientos urbanos atribuidos a los Jueces de Primera Instancia (art. 126 LAU 24 de diciembre de 1964); en los casos de robo de documentos de crédito (art. 551 Ccom.); proceso para la tutela judicial de derechos inscritos en el Registro de la Propiedad (art. 41º LH); y en la constitución o ampliación judicial de cualquier hipoteca legal (art. 165 LH); más recientemente el proceso para la garantía jurisdiccional civil de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona regulado por el art. 13 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre (derogada).

La LEC/2000, en la Disposición derogatoria única, dejando en vigor los Títulos XII y XIII del Libro II que regulaban el concurso de acreedores y la quiebra, en tanto no entrara en vigor la Ley Concursal, ordenó que los incidentes que surgieran en el seno de los procesos concursales se registrarían por lo dispuesto en *la presente Ley* para la tramitación de los incidentes. Es decir que, de manera expresa, remitía a este procedimiento tal como está regulado en la nueva Ley (arts. 387 a 393) para todo lo que se considerase *incidente* en los procesos concursales. Esto planteaba un cambio no sólo de procedimiento a seguir, sino de tipo de resolución a dictar para resolver *lo incidental* que se hubiera planteado en el curso de tales procesos universales.

El trámite de los incidentes ha sido preferido por el legislador por ofrecer un modelo de trámite rápido, por su indudable simplicidad y con garantías estimadas

como suficientes para introducir justamente la controversia en asuntos cuya complejidad no se consideraba excesiva. Sin embargo, en la actualidad la LEC, fuera del caso antes citado (no vigente, hoy), no remite al trámite de los incidentes para ordenar el desarrollo de procesos que no sean verdaderos incidentes, con lo cual se abona cierto grado de claridad en la cuestión.

3. PROCESO INCIDENTAL CON PROCEDIMIENTO NO INCIDENTAL

En la LEC/1881, a ciertas demandas *incidentales o consecuencia de otro juicio* se les atribuía como cauce procedimental para poder ventilarlas la vía ordinaria, sustanciándose por los trámites establecidos para el juicio declarativo que correspondiera por razón de la naturaleza o de la cuantía de la cosa litigiosa (art. 488 LEC/1881). En la LEC/2000 se remite con frecuencia –aunque no exclusivamente– para estos casos al procedimiento del juicio verbal. Son procesos declarativos en los que se ejercitan pretensiones de contenido material. Veamos algunos casos.

A) La tercería de mejor derecho también tiene carácter incidental respecto del proceso de ejecución por las razones que ya van dichas. STS 26 marzo 2007 reitera la doctrina, expuesta en SSTS de 22 de noviembre de 2002, 3 de marzo de 2005 y 14 de marzo de 2006:

«la tercería de mejor derecho, tiene por objeto, la determinación de la preferencia del crédito invocado por el tercerista, frente al utilizado por el ejecutante, a efectos de aplicación del importe que se obtenga con la venta de lo embargado al pago preferente de uno de los créditos en pugna, debiendo representar, por tanto, el título del tercerista un crédito, vencido, líquido y exigible, es decir, una indiscutible realidad crediticia, pues de otro modo no puede haber concurrencia de créditos. Así pues, la tercería de mejor derecho, no podrá ser ejercitada antes de que nazca el crédito concurrente con otros, y cuya preferencia esgrime el actor; ni, por otro lado, después del pago al acreedor ejecutante, entendido como acto físico de entrega del numerario».

En esta tercería, tramitada por el procedimiento del juicio ordinario, no se persigue escueta y principalmente el éxito de una mera pretensión procesal (art. 620), consistente en pedir la determinación del orden en que los créditos concurrentes deben ser satisfechos en el proceso de ejecución en que la sentencia recaiga (art. 613). En la tercería de mejor derecho –suele decir la doctrina⁴– el tercerista acumula dos pretensiones: a) una personal de condena, dirigida frente al deudor ejecutado, basada en un crédito cierto, vencido y exigible y b) una constitutiva procesal, dirigida frente al acreedor ejecutante, basada en la prelación de su crédito. Por ello, el tercerista pretende un pronunciamiento sobre un asunto

⁴ De este asunto, durante la vigencia de la LEC/1881, me ocupé en «La tercería de mejor derecho. Los derechos del tercero concurrente en el proceso de ejecución singular y su ejercicio», *Ejecución de sentencias civiles*. Madrid, 1992, p. 394; más recientemente, partiendo de la actual regulación en la LEC/2000, ha tratado el asunto, recogiendo la doctrina de diversos autores, con sus debidas matizaciones, LAFUENTE TORRALBA, A., *La tercería de mejor derecho en el proceso civil*. Cizur Menor, 2009, p. 207.

material; «de fondo»: la definición del crédito del tercerista y de su preferencia (EM y arts. 620 LEC; y 1921 ss. Cc): hace falta, por tanto, una sentencia que resuelva sobre estas pretensiones materiales. La resolución será recurrible en apelación, la cual será resuelta también mediante una sentencia (art. 456.1).

B) En el proceso de ejecución, el escrito del ejecutado oponiéndose al despacho de ejecución dará lugar a un incidente en la ejecución de carácter declarativo (arts. 560 y 561), con tramitación específica, en el que, si la oposición se sustancia por motivos de fondo, para dilucidar el debate «de fondo» sobre los motivos de Derecho material alegados (arts. 556, 557 y 558), se dictará un auto (art. 561.1) que será recurrible en apelación (art. 561.3) la cual será resuelta también por auto (art. 456.1).

C) Traigamos a colación un ejemplo conspicuo y puntual. El *incidente concursal*, que, por su posición en el actual proceso concursal, es semejante en *incidencia, relatividad y conexión* a la de aquellos procesos con tramitación autónoma surgidos en el seno de la quiebra que utiliza por vía de ejemplo el ATSSJA comentado, se desarrolla dentro de un proceso, llamémosle principal, y dependiente de él⁵. El objeto de este denominado (art. 194.1 LC) incidente, tramitado por el procedimiento del juicio verbal (art. 194.4 LC), es el de ventilar en él *todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta Ley otra tramitación*. Pero además este mismo procedimiento se utiliza para acoger otro tipo de pretensiones: «*También se tramitarán por este cauce las acciones que deban ser ejercitadas ante el Juez del concurso conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 50 y los juicios que se acumulen en virtud de lo previsto en el apartado 1 del artículo 51*» (art. 192 LC). Contra las sentencias dictadas en estos incidentes concursales cabrá interponer recurso de apelación (art. 197.5 LC). Y las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial tendrán acceso a la casación cuando sean *relativas a la aprobación o cumplimiento del convenio, a la calificación o conclusión del concurso, o que resuelvan acciones de las comprendidas en las secciones tercera y cuarta* (art. 197.7 LC). En lo que se refiere a esta última mención, debe tenerse en cuenta la amplia colección de actuaciones que pueden surgir al amparo de lo enunciado en el art. 183 LC: determinación de la masa activa, ejercicio de acciones de reintegración y de reducción, realización de bienes y derechos que integran la masa activa, pago de los acreedores, deudas de la masa, determinación de la masa pasiva, comunicación, reconocimiento, graduación y clasificación de créditos, los juicios declarativos contra el deudor que se hayan acumulado al concurso de acreedores y las ejecuciones que se inicien o reanuden contra el concursado.

En el incidente se acogen cuestiones procesales y materiales «*conexas*» o relacionadas con el objeto del proceso principal. Pero, ni la norma ni el buen sentido permiten afirmar que lo que se da en este incidente concursal ante el Juzgado de lo mercantil que conoce del ejercicio de las acciones referidas no es una verdadera primera instancia: lo es; luego vendrá la segunda instancia ante la Audiencia Provincial; después, en los casos ya anotados, el recurso de casación.

⁵ Sobre el incidente concursal puede verse mi artículo «La reforma del incidente concursal», en *Anuario de Derecho Concursal*. Madrid, 2010. Número 19, pp. 9-44.

4. EL TRÁMITE DEL JUICIO VERBAL, UN PROCEDIMIENTO GENÉRICO

En la LEC/2000, aquella remisión profusa al trámite de los incidentes de la LEC/1881, ha sido sustituida en la LEC/2000 por la remisión generalizada al trámite del juicio verbal para el ejercicio de pretensiones de necesitada rápida tutela y que, eventualmente, no presentan excesiva complejidad, porque el modelo del juicio verbal reúne también las características de la simplicidad y rapidez del procedimiento, aunque no en todas las ocasiones pueda asegurarse un conveniente grado de seguridad por la forma extremadamente sencilla en el modo de formular las alegaciones; y por eso se matiza la sustanciación obligando a presentar una demanda ordinaria (art. 399) en lugar de la sucinta (art. 437) propia del juicio verbal; a contestar a ella también en forma escrita (art. 405); y a formular oralmente conclusiones al terminar la práctica de la prueba (art. 753) con lo que se produce cierta aproximación al trámite del juicio ordinario.

El art. 514 establece como trámite del juicio de revisión de sentencias firmes el correspondiente al juicio verbal. Éste es un proceso en el que se ejercita una acción autónoma constitutiva de contenido procesal. Asimismo la Disposición derogatoria única de la LEC remite al trámite del juicio verbal para sustanciar todas aquellas cuestiones contenciosas que puedan surgir en las actuaciones de jurisdicción voluntaria. El mismo incidente concursal debe tramitarse por el procedimiento del juicio verbal (art. 194.4 LC). Para aquellos otros casos en que quiere lograrse celeridad en la solución supuestamente sencilla de la controversia suscitada *incidenter tantum* en el curso de proceso, se elige también la celebración de la vista del juicio verbal. Al fin y al cabo, el trámite de los incidentes también se instruye actualmente por el procedimiento del juicio verbal con demanda y contestación escritas (art. 393.3).

5. DENOMINACIONES, PROCEDIMIENTOS O CONTENIDO

Sin embargo esta proximidad y fluida utilización e intercambio de trámites no permite asignar el carácter de incidental a todo procedimiento que se sustancie como juicio verbal. Junto al juicio verbal, que podemos llamar «*común*», existen otros procedimientos que, bajo la forma (trámite) del juicio verbal más o menos desarrollado o modificado, servirán de cobijo a cuestiones incidentales que terminarán con auto; a procesos autónomos o incidentales con pretensiones materiales que terminarán con sentencia; y a procesos especiales que terminarán con sentencia (art. 753.1). La naturaleza de cada proceso, en cada caso, no viene determinada por el trámite, sino por su contenido, u objeto.

6. LA «INCIDENTALIDAD» DE LOS PROCESOS MENCIONADOS EN EL AUTO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA Y SU EXCLUSIÓN DE LA CASACIÓN

En la argumentación del *auto de 16 de abril de 2010*, transcribiendo la doctrina del TS, se atribuye al «*juicio al que se remite el art. 809.2 (...) una evidente naturaleza incidental*» y, resumiendo, «*según los criterios de la LEC 2000, sólo tienen acceso a la casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias*

Provinciales (art. 477.2 de la LEC), lo que excluye el recurso cuando la sentencia cuyo acceso a casación se pretende no puso fin a una verdadera segunda instancia, como ocurre en los supuestos de sentencias recaídas en apelación cuando la dictada por el Juez de Primera Instancia no puso fin a la tramitación ordinaria del proceso, sino a un incidente suscitado en el mismo».

El TSJA, argumentando la fundamentación del auto (fj 1º) sobre la inadmisión del recurso de casación *per relationem* con los razonamientos del TS expuestos en una serie de autos resolutorios de recursos de queja, cita los que califican como incidentes en los que no se ha admitido el acceso al recurso de casación:

«AATS de 9 de abril de 2002, en recurso 2212/2001, formulado en autos de mayor cuantía sobre determinación de daños y perjuicios en el incidente de oposición a la declaración de quiebra, de 28 de enero de 2003 y 15 de julio de 2003, en recursos 1099/2002 y 678/2003 planteados en pieza de calificación de la quiebra, de 11 de febrero de 2003, en recurso 14/2003 en incidente de oposición a la declaración de quiebra, de 16 de septiembre de 2003, en recurso 918/2003 en incidente suscitado en la pieza de retroacción de la quiebra, de 8 de junio y 6 de julio de 2004, en recursos 476/2004 y 593/2004 en incidente de oposición a la tasación de costas, de 8 de junio y 5 de octubre de 2004, en recursos 345/2004 y 766/2004 en incidente de modificación de medidas de separación o divorcio, de 27 de julio y 13 de octubre de 2004, en incidente sobre inclusión o exclusión de bienes en el inventario en división judicial de herencia y de 30 de diciembre de 2003, en recurso 997/2002, en juicio verbal que, en el seno de una adopción, determina la no necesidad del asentimiento de los padres biológicos de un menor al considerarlos incurso en causa legal de privación de la patria potestad, entre otros muchos».

Y a este efecto utiliza el TSJA también la argumentación del TS construida sobre otra circunstancia observada en la disposición legal del trámite de este incidente:

«Conviene insistir en este punto, que a ello no obsta que la Sentencia impugnada se haya dictado en un procedimiento seguido como verbal, ya que nos hallamos ante un incidente de índole declarativa dentro de un procedimiento de liquidación, (...) siendo irrelevante a tal efecto la circunstancia de que el legislador de la nueva LEC 2000, que, en el caso de discrepancias sobre la formación de inventario y valoración de los bienes se remite al cauce del juicio verbal (art. 809. 2 LEC 2000) (...)».

Veamos, en primer lugar, los casos que menciona la argumentación jurisprudencial transcrita en los que se estima la existencia de unos procesos regulados en la LEC/1881 con una naturaleza *incidental* que, consideradas las circunstancias de sus respectivas tramitaciones, deberían entenderse insertas, como incidentes, en la *instancia* (cuando la hubiera) o proceso seguido con carácter principal. Luego, en segundo lugar, veremos los casos referidos a la legislación procesal actualmente vigente.

7. INCIDENTALIDAD EN LA LEC/1881

Estos son los casos, que cita el auto, regulados por la LEC/1881:

A) La pretensión de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la declaración de quiebra, una vez repuesto el auto de declaración, cualquiera

que fuera la cuantía del montante reclamado, se ventilaba en juicio de mayor cuantía dentro del expediente de reposición del auto de declaración de quiebra (art. 1332 LEC). La sentencia era apelable.

B) La oposición del quebrado a la pretensión formal de la petición de la calificación de la quiebra formulada por los síndicos o el Ministerio Fiscal se sustanciaba por los trámites establecidos en la LEC/1881 para los *incidentes* (art. 1385). Esta sentencia también era apelable.

C) La oposición del quebrado al auto de declaración de la quiebra, que recibía el nombre de *incidente* (art. 1327), formándose expediente separado de la quiebra, se tramitaba por el procedimiento de los incidentes (art. 1330). Contra la sentencia dictada cabía interponer recurso de apelación.

D) La demanda para pedir los efectos de la retroacción establecidos en el art. 1038 del Ccom 1829, recibía el nombre de *incidente* y se tramitaba por el procedimiento de los incidentes (art. 1374). Su sentencia era apelable.

E) La impugnación de la tasación de costas por haberse incluido partidas cuyo pago no correspondiera pagar al condenado en costas, se sustanciaba también por los trámites y con los recursos establecidos para los *incidentes* (art. 429). La sentencia dictada era apelable (arts. 751 y 758).

Es interesante conocer la doctrina en que el TS venía sustentando la exclusión del recurso de casación respecto de estas actuaciones desarrolladas en el proceso de quiebra.

La postura doctrinal del TS, en este punto ha sido cambiante, siempre teniendo en cuenta el régimen del recurso de casación vigente en cada momento y las especialidades de los procedimientos. Una antigua jurisprudencia mostrada en las SSTs de 17 enero 1924 y 8 octubre 1947, declaró que ni siquiera contra la resolución que ponía fin a la pieza principal o esencial del procedimiento de quiebra cabía recurso de casación, porque no se hallaba comprendido en los números 1 a 3 del artículo 1687 LEC y porque tampoco la normativa procesal específica del procedimiento de quiebra preveía expresamente, como requería su residual número 4, la posibilidad de recurso de casación; a mayor abundamiento no debía admitirse el recurso de casación contra las sentencias que se dictaran en alguno de los procesos incidentales que se plantearan dentro de dicho procedimiento, porque «ninguna resolución será recurrible en casación si el proceso en que se ha dictado carece a su vez de acceso a la casación».

Sin embargo, posteriormente, durante cierto tiempo el TS consideró recurribles en casación las sentencias resolutorias de algunos incidentes de la quiebra (SSTs de 9 de enero de 1984, 17 de diciembre de 1987, 27 de abril de 1989, 18 de abril de 1990 y 16 de julio de 1991).

Desde hace casi dos decenios, partiendo del auto de 26 de octubre de 1992, el TS ha venido manteniendo un criterio denegatorio firme del recurso de casación, que mantiene invariablemente en todos los autos inadmisorios de recursos de casación y resolutorios de recursos de queja (V. AATS de 28 abril y 12 mayo 1998) y en algunas sentencias (STS 25 noviembre 1996).

Es ilustrativo examinar algunas de las resoluciones dictadas a lo largo de todo ese tiempo para conocer y seleccionar los argumentos utilizados para inadmitir el recurso de casación o desestimar el de queja; o para desestimar el recurso de casación por entender, en el momento de dictar la sentencia, que concurrían causas de inadmisión que debieron dar lugar, en trámite de admisión, al rechazo de tal recurso. La variedad de supuestos no es menguada, como se advierte en los siguientes asuntos: a) rehabilitación del quebrado (STS de 12 de noviembre de 1993⁶); b) oposición a la declaración de la quiebra (STS de 25 de febrero de 1994⁷); c) solicitud de declaración de estado legal de quiebra (ATS de 14 de febrero de 1995⁸); d) calificación de la quiebra (ATS de 13 de octubre de 1998⁹); e) habilitación de fondos en el proceso de quiebra (ATS de 27 de julio de 1999¹⁰); f) tratamiento como cuestión incidental de la LEC/2000 de procesos de calificación de la quiebra (ATS de 6 de noviembre de 2001¹¹); g) tratamiento

⁶ «Ni de la Sección Quinta sobre calificación de la quiebra y rehabilitación del quebrado, inserta en el Título XIII, Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el orden de proceder en las quiebras (especialmente el art. 1385), ni de los preceptos atinentes al Código de Comercio de 1885, ni de cualquier otra norma aplicable, se obtiene conclusión alguna en favor de la existencia legal del expresado recurso. En definitiva, como ya se adelantó, el recurso es inadmisibile y, por ello, se desestima».

En igual sentido se pronuncian los AATS de 5 marzo 1992, de 13 julio y 20 noviembre 1992, 25 marzo y 29 abril 1993 y 10 febrero 1994 así como las SSTs de 24 mayo 1993, 25 mayo 1993, 15 octubre 1993, 12 noviembre 1993 y 31 de enero de 1995.

⁷ «No existe ninguna norma legal que expresamente admita la casación contra las sentencias recaídas en incidente de oposición a la declaración de quiebra, pues sólo prevé la ley la apelación en un solo efecto (artículos 1330 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1031 del Código de Comercio de 1829)».

⁸ «Siendo la resolución recurrida un auto dictado por la Audiencia Provincial desestimando el recurso de apelación interpuesto contra el dictado por el Juez de Primera Instancia sobre la no admisión a trámite de la solicitud de declaración de estado legal de quiebra (...) la conclusión ha de ser la irrecurribilidad de aquel auto en casación por no aparecer incluido en los tres primeros números del artículo 1687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni estar expresamente previsto tal recurso, como exige el residual 4.º».

⁹ «...ninguna resolución será recurrible en casación si el proceso en que se ha dictado carece a su vez de acceso a la casación, siendo aquellos artículos simplemente definidores de las resoluciones que, por poner término al proceso, se equiparan a su sentencia definitiva a los efectos previstos en el artículo 1687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

¹⁰ «Teniendo en cuenta que la resolución cuyo acceso se pretende en casación es un auto resolutorio de un recurso de apelación dictado en un procedimiento de habilitación de fondos que se produce en el seno de un juicio universal de quiebra forzosa, resulta claro que no cabe incluirla en el ordinal primero del art. 1687 de la LEC al no tratarse de una sentencia dictada en un juicio de mayor ni de menor cuantía».

¹¹ «...si bien la LEC 2000 deja en vigor la regulación precedente en materia de quiebra, ello lo hace con una excepción, tal y como resulta de la Disposición Derogatoria única de la LEC 2000, apartado 1, 1ª, al establecer que «mientras no entre en vigor la Ley Concursal, los incidentes que surjan en el seno de procesos concursales se regirán por lo dispuesto en la presente Ley para la tramitación de los incidentes», remitiéndose por tanto a los arts. 387 y siguientes de la LEC 2000, señalando el art. 393.4 de dicha LEC que las cuestiones incidentales se resolverán por medio de Auto, lo que en todo caso es acorde con lo establecido en el art. 206.2.2ª de la nueva Ley, el cual indica que se resolverán por Auto cualesquiera cuestiones incidentales, tengan o no señalada en esta ley tramitación especial, lo que pone de manifiesto la voluntad del legislador de excluir este tipo de procedimientos del recurso de casación, limitado en la nueva legislación procesal a las Sentencias (art. 477.2 LEC)».

como cuestión incidental de la LEC/2000 de la oposición a la declaración de quiebra (ATS de 4 de diciembre de 2001¹²).

8. INCIDENTALIDAD EN LA LEC/2000

El texto, transcrito de los AATS en el ATSJA comentado, también recoge supuestos referidos a la vigente LEC. Pero en estos autos no existe una mención de su carácter incidental, o de que deban tramitarse por el procedimiento de los incidentes, o de que la resolución que ponga fin a las actuaciones sea la correspondiente a las cuestiones incidentales.

A) A la solicitud de modificación de medidas adoptadas en procesos matrimoniales de separación o divorcio durante la vigencia de la LEC/1881 era aplicable el trámite y los recursos de los *incidentes* (Disp. Adic. Quinta de la Ley 30/1981, de 7 de julio y art. 1900 LEC). La sentencia era recurrible. En la LEC/2000, inicialmente, hasta la reforma introducida por la Ley 5/2005, de 8 de julio, la solicitud, por remisión del art. 775.2, debía sustanciarse por el trámite establecido en el art. 771 (comparecencia con alegaciones y pruebas de las partes y auto resolutorio; apt^o. 4). Posteriormente, el art. 775.2 reformado remite a los trámites del juicio verbal, según la disposición del art. 770.1. El proceso termina con sentencia. La solicitud de la modificación de las medidas concedidas en un pleito anterior (art. 775.3) se resolverá en la comparecencia a que se refiere el art. 773 y se resolverá mediante auto o sentencia (art. 773.4).

B) Asimismo, hemos de ver el carácter que tiene el juicio verbal sustanciado para determinar la falta de necesidad de asentimiento (art. 177 CC) de los padres biológicos en la adopción de un menor (arts. 753 y 781 LEC), el cual incide en un expediente administrativo de jurisdicción voluntaria (no un proceso) seguido para constituir la adopción del menor (arts. 1829 ss. LEC/1881).

Como muestra de los argumentos utilizados por el TS, podemos anotar tres resoluciones; las dos primeras referidas a un supuesto de retroacción de la quiebra y a un incidente de tasación de costas. La tercera construye, ordena y aplica toda la teoría de la «incidentalidad exclusionista» a un caso de proceso *incidental* sobre formación de inventario en un procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial¹³.

¹² «La cuestión que se suscita entonces es si una sentencia dictada en un incidente de oposición a la declaración de quiebra, iniciado bajo la vigencia de la antigua LEC de 1881, se ajusta a las exigencias del art. 477.2 de la LEC 2000. Pues bien, la conclusión ha de ser negativa, fundamentalmente por dos razones: 1^o) porque la sentencia recurrida carece de la condición de «sentencia dictada en segunda instancia», y ello porque la propia LEC 2000 distingue entre «apelación» y «segunda instancia», configurando esta última como aquélla en la que se conoce de los procedimientos que han puesto fin a la primera instancia, lo que no ocurre en el presente caso al tener la oposición a la quiebra, a tenor de la legislación precedente, un carácter meramente incidental».

¹³ Hacemos una cita aunque sea sucinta de las dos primeras resoluciones, porque interesa conocer el enlace de unos argumentos con otros para determinar el camino de la evolución que ha seguido la doctrina no siempre desarrollada conforme a una misma línea argumental.

A) ATS de 16 de septiembre 2003: «al estar excluidas de la casación las cuestiones incidentales, al resolverse según la nueva ley por medio de Auto, cuestiones incidentales, entre las que se encuen-

El ATS de 3 de febrero de 2004, refiriéndose al proceso de impugnación del inventario promovido en un procedimiento para la liquidación del régimen matrimonial de la sociedad de gananciales afirma: «Según se deduce de los antecedentes de hecho del Auto denegatorio recurrido, la Sentencia contra la que se intentó la preparación del recurso de casación fue dictada, en grado de apelación, en un incidente sobre formación de inventario suscitado en un procedimiento para la liquidación del régimen matrimonial de sociedad de gananciales, por cuanto debemos concluir que dicha Sentencia no tiene acceso al recurso de casación. A tal efecto es doctrina reiterada de esta Sala, plasmada en numerosos Autos resolutorios de recursos de queja, así como de inadmisión de recursos de casación ya interpuestos (Autos de 16 de abril de 2002, en recurso 3721/2001, de 21 de mayo de 2002, en recurso 2087/2001, de 31 de julio de 2002, en recurso 3284/2001, de 5 de noviembre de 2002, en recurso 1424/2002, de 25 de febrero de 2003, en recurso 2037/2001, de 11 de marzo de 2003, en recurso 2107/2001, de 18 de marzo de 2003, en recurso 952/2002 y de 20 de mayo de 2003, en recurso 229/2002, entre otros) que sólo tienen acceso a la casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales (art. 477.2 de la LEC), lo que excluye el recurso cuando la sentencia cuyo acceso a casación se pretende no puso fin a una verdadera segunda instancia, como ocurre en los supuestos de sentencias recaídas en apelación cuando la dictada por el Juez de Primera Instancia no puso fin a la tramitación ordinaria del proceso, sino a un incidente suscitado en el mismo; doctrina que ha sido aplicada por esta Sala para la resolución de numerosos recursos de queja en AATS, entre otros muchos, de 4 de marzo de 2003 y de 11 de marzo de 2003, en recurso 119/2003, sobre la irrecurribilidad de las sentencias dictadas en juicios de menor cuantía sobre tercería de dominio; de 18 de marzo de 2003, en recurso 123/2003 sobre la irrecurribilidad de las sentencias dictadas en incidente de oposición a la declaración de quiebra; de 20 de marzo de 2002, en recurso 2374/2001 sobre irrecurribilidad de la sentencia dictada en incidente de oposición a la aprobación del convenio en autos de suspensión de pagos; de 25 de marzo de 2003, en recurso 1479/2002, en incidente promovido en ejecución de sentencia sobre impugnación de tasación de costas; de 25 de marzo de

tran las planteadas en la pieza de retroacción de la quiebra, cual sucede también con otros procedimientos, como el de tercería de dominio, que bajo la antigua LEC de 1881 tenían acceso a la casación si habían sido tramitados como mayor cuantía o menor cuantía, al amparo del art. 1687-1º y 1687-1º c), sin embargo concebida dicha tercería ahora como simple incidente, a resolver por Auto (art. 603 LEC 2000), queda excluida del recurso, incluso en los supuestos de las demandas presentadas al amparo de la LEC de 1881, siempre que la resolución haya recaído después de comenzar la vigencia de la LEC 2000».

B) ATS de 6 de julio de 2004: «Según se recoge en el Auto denegatorio, e igualmente alega el recurrente en queja, la Sentencia de 8 de marzo de 2004, cuya copia también se aportó, recayó en grado de apelación en un incidente de impugnación de la tasación de costas, por indebidas, resolución que está excluida de acceso al recurso de casación, según tiene reiteradamente declarado esta Sala (cfr. AATS, entre otros, de 23-4-2002, 11-6-2002, 8-10-2002, 30-12-2002, 27-5-2003, 21-10-2003, 9-12-2003, 30-3-2004, 20-4-2004 y 18-5-2004, en recursos de queja 287/2002, 542/2002, 974/2002, 1328/2002, 1345/2002, 813/2003, 1300/2003, 224/2004, 73/2004 y 381/2004), por la obvia razón de que en tal caso la resolución carece de la condición de propia y verdadera "sentencia de segunda instancia" exigida en el art. 477.2 LEC 2000».

2003, en recursos 1318/2002, sobre irrecurribilidad de la sentencia dictada en juicio relativo a la impugnación del cuaderno particional en liquidación de la sociedad de gananciales; de 31 de julio de 2003, en recurso 787/2003, dictada en incidente sobre inclusión o exclusión de bienes en el inventario en procedimiento sobre división judicial de herencia; y de 8 de julio y 30 de septiembre de 2003, en recursos 466/2003 y 708/2003, en incidente sobre inclusión o exclusión de bienes en procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales.

«En relación con el carácter incidental de las Sentencias que resuelven las controversias planteadas sobre la formación de inventario, en esta clase de procedimientos como el que nos ocupa, ya se hayan iniciado vigente la LEC 2000, ya se hayan seguido al amparo de la LEC de 1881, como procedimiento declarativo o en fase de ejecución de sentencia, esta Sala tiene declarado que la propia LEC 2000 distingue entre “apelación” y “segunda instancia”, limitada esta última a los casos en que se pone fin a la primera, tras la tramitación ordinaria del proceso (cfr. art. 206.2-3ª LEC 2000) y en el régimen de la nueva LEC 2000 la naturaleza incidental del juicio verbal al que se remite el art. 809.2 es evidente, al igual que sucede en el caso previsto en el art. 794.4 LEC 2000, lo que determina la irrecurribilidad en casación de las sentencias dictadas en grado de apelación en estos procedimientos».

9. RAZONES DE LA EXCLUSIÓN

Las razones que se esgrimen hacen equilibradamente referencia a la calidad incidental del proceso seguido, al tipo de resolución (auto) dictada, y a la falta de inclusión del proceso (no inclusión en el catálogo legal) entre los que, en el correspondiente precepto de la LEC/1881, se daba el recurso de casación. Pero hemos de resaltar que, a partir de la fecha en que entra en vigor la LEC/2000 (V. Disp. Derogatoria única) se añade un argumento a los anteriores para rechazar el recurso de casación: los *incidentes concursales* surgidos en la tramitación de las quiebras debían tramitarse conforme al nuevo trámite de los incidentes de los arts. 387 a 393 y por tanto, al terminar su itinerario procedimental con un auto, a esta resolución habría de aplicársele llanamente el régimen de los recursos impuestos por la nueva LEC: sólo las sentencias son susceptibles de recurso de casación; en modo alguno los autos. Por lo que nos parece, el énfasis argumentativo ya no estriba sólo en la calidad *incidental* del procedimiento, sino en que al tramitarse el proceso como incidente y terminar aquél con un auto que hace inhábil el acceso a la casación, se refuerzan los argumentos mantenidos sobre el rechazo del recurso en las quiebras desde hace casi dos decenios. Este argumento ha perdido fuerza desde el momento en que, entrada en vigor la Ley Concursal, en ella se admite el recurso de casación contra determinadas resoluciones que enumera el texto positivo.

Al referirse a la exclusión del proceso promovido sobre la formación del inventario, dando por indiscutibles los argumentos sobre la exclusión del acceso a la casación de los incidentes, afirma, como tesis indiscutible: «la naturaleza

incidental del juicio verbal al que se remite el art. 809.2 es evidente, al igual que sucede en el caso previsto en el art. 794.4 LEC 2000, lo que determina la irrecorribilidad en casación de las sentencias dictadas en grado de apelación en estos procedimientos...».

VI. EL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN

1. EL OBJETO

El procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial se ha creado *ex novo* para dar solución a las necesidades derivadas de la exigencia de la norma material contenida en los arts. 1392 a 1434 CC, así como en los artículos 258 a 270 del Código del Derecho Foral de Aragón (aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón; en el art. 73 del Código de Familia, aprobado por Ley catalana 9/1998, de 15 de julio; en el art. 42.1, de la Ley valenciana 10/2007, de 20 de marzo; leyes 82 y ss y 101 y ss de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, en Navarra; arts. 95 ss de la Ley 3/1992, de 1 de julio de Derecho Civil Vasco. En todos estos casos existe una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones que debe liquidarse por razón de haberse concluido el régimen económico matrimonial existente: sociedad de gananciales, consorcio conyugal, comunidad de bienes, *agermanament* o pacto de mitad por mitad, *convivença*, o, *mitja guanyeria*, sociedad legal de conquistas y régimen de comunidad universal de bienes, y comunicación foral de bienes.

2. EL TRÁMITE

Este procedimiento es uno de los regulados por la LEC para la división judicial de patrimonios. El objeto de la actividad procesal común de todos estos procesos es un patrimonio considerado íntegramente y no uno o algunos bienes y derechos pertenecientes a un patrimonio. Y por ello, en lo procesal, existe entre ellos una relación interna de ordenación de los trámites. Son frecuentes las remisiones de unos preceptos a otros (arts. 810.4 y 5; 784, 785, 788). Tanto en el procedimiento para la división de la herencia como en el de liquidación del régimen económico matrimonial existe el trámite del inventario. Este trámite, por lo que atañe al segundo de los procesos citados, se inserta en un conjunto de actos que siguen, en todo caso, a la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio, o a la iniciación del proceso en que se haya demandado la disolución del régimen económico matrimonial (art. 808). El procedimiento de liquidación se desarrolla en las siguientes fases:

A) Inventario.

El inventario, a su vez, está compuesto por estas etapas:

1.^a Solicitud por cualquiera de los cónyuges de la formación de inventario a la que se debe acompañar una propuesta en la que harán constar las diferentes partidas que deben incluirse en el inventario (V. *ad ex.* arts. 1396 a 1398 CC).

2.^a Señalamiento por el Secretario del día y hora para que se proceda en una comparecencia a la formación del inventario, mandando citar a los cónyuges.

3.^a Si, sin mediar causa justificada, no se persona alguno de los cónyuges se le tendrá por conforme con la propuesta de inventario que efectúe el cónyuge que se haya personado. Se levantará acta de lo ocurrido y se dará por concluido el acto.

4.^a Si comparecen los dos cónyuges y llegan a un acuerdo, se consignará éste en el acta y se dará por concluido el inventario.

Las etapas tercera y cuarta se desarrollan ante el Secretario. El Juez sólo interviene, una vez terminado el procedimiento en la manera expuesta para resolver lo procedente sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario (art. 809.1.IV). Aunque no lo expresa la norma, parece oportuno decir que, en esta resolución, el tribunal también procederá a la homologación de dicho convenio. Su resolución (auto; art. 206.1.2^a) no definitiva (art. 207.1) será recurrible en reposición (art. 451.2).

Las tres etapas siguientes, no siempre necesarias, pero posibles, constituyen un proceso incidental de declaración; una actividad contenciosa que tiene por objeto determinar cualitativa y cuantitativamente el caudal partible

5.^a Si se suscitare discusión sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas, el Secretario citará a los interesados a una vista.

6.^a La vista se celebrará conforme a lo establecido para las del juicio verbal. En ella, el tribunal oír a las partes (demanda y contestación) y admitirá las pruebas que propongan, practicándose las pertinentes y útiles conforme a lo establecido en el art. 443 LEC.

7.^a El tribunal competente dictará sentencia en la que: a) resolverá todas las cuestiones suscitadas; b) aprobará el inventario de la comunidad matrimonial; c) dispondrá lo procedente sobre la administración y disposición de los bienes comunes.

Esta sentencia es susceptible de ser impugnada por el recurso de apelación del que conocerá la Audiencia Provincial (art. 455.I).

Concluido el inventario hay que esperar a que termine el proceso en que se ventila la declaración de disolución del régimen económico matrimonial.

B) Liquidación, propiamente dicha.

Una vez que sea firme la sentencia estimatoria que haya resuelto sobre la pretensión de disolución del régimen económico matrimonial, se procederá a liquidar dicho régimen, mediante las siguientes etapas:

1.^a Solicitud de cualquiera de los cónyuges de liquidación del régimen a la que se deberá acompañar una propuesta de liquidación.

2.^a Admitida a trámite la solicitud, el Secretario señalará día y hora para celebrar una comparecencia ante él con uno de estos dos fines de proyección sucesiva: a) alcanzar un acuerdo sobre la liquidación; si no es posible el acuerdo, b) designar contador y, en su caso, peritos para la práctica de las operaciones divisorias.

3.^a Si, sin mediar causa justificada, alguno de los cónyuges no compareciera, se le tendrá por conforme con la propuesta de liquidación efectuada por el cónyuge comparecido. La propuesta hecha se consignará en acta. El Secretario dará por concluido el acto.

4.^a Si comparecen los dos cónyuges y llegan a un acuerdo, se consignará éste en el acta y se dará por concluido el acto. Nuevamente percibimos la falta de referencia directa en la LEC a la intervención del tribunal en lo que respecta a la aprobación u homologación de este acuerdo. No cabe duda de que debe llevarse a cabo por medio de una resolución. Si cupiera alguna incertidumbre acerca del tipo de resolución que deba dictarse, hemos resolverla diciendo que hay que descartar el decreto del Secretario judicial porque, según el art. 206.2.2^a, tal tipo de resolución final del proceso corresponde cuando el procedimiento es de la exclusiva competencia del Secretario; en este caso la competencia viene atribuida al Juez (art. 807) con una intensa, pero no exclusiva, intervención del Secretario judicial. El procedimiento terminará por auto (art. 206.1.2^a).

5.^a El Secretario procederá a entregar a cada uno de los cónyuges lo que en la partición se le haya adjudicado y los títulos de propiedad con nota expresiva de la adjudicación (art. 788).

6.^a El Secretario, una vez protocolizadas las particiones, dará al cónyuge que lo pida un testimonio de su haber adjudicado.

En todas estas etapas la intervención del Juez es limitada. Pero el procedimiento puede seguir de otra manera.

7.^a Si en la comparecencia convocada, conforme a lo señalado en la etapa segunda, no se lograra acuerdo entre los cónyuges sobre la liquidación de su régimen económico matrimonial, se nombrará contador y, en su caso, peritos (art. 784).

8.^a Elegido el contador y los peritos, previa aceptación, el Secretario entregará lo actuado al contador y pondrá a disposición suya y de los peritos los objetos, documentos y papeles que necesiten para practicar el avalúo, la liquidación y la división del caudal consorcial. El Secretario podrá fijar plazo al contador para que realice las operaciones divisorias (art. 785.1).

9.^a El contador deberá presentar las operaciones divisorias al Secretario y éste dará traslado a los cónyuges para que formulen oposición o conformidad.

10.^a Si no se formula oposición o ambos cónyuges muestran su conformidad, el tribunal dictará auto aprobando tales operaciones y mandará protocolizarlas (art. 787.2).

En las etapas anteriores se limita la intervención del Juez a la aprobación mencionada con sus consecuencias.

11.^a Si alguno o ambos cónyuges formulan oposición a las operaciones divisorias, el Secretario judicial convocará al contador y a los cónyuges a una comparecencia ante el Juez.

12.^a Oídos los intervinientes en la comparecencia a presencia judicial, si se alcanzara la conformidad de todos los interesados respecto de las cuestiones promovidas (fase de conciliación o acuerdo), se ejecutará lo acordado; el contador hará en las operaciones divisorias las reformas convenidas.

13.^a El tribunal aprobará por auto las operaciones divisorias, mandando protocolizarlas.

14.^a Si no hubiere conformidad de todos los interesados, el tribunal (fase contenciosa) oirá a los cónyuges y admitirá las pruebas que propongan, continuando la sustanciación del procedimiento con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal, siguiendo su propia ordenación: demanda, contestación, proposición y práctica de la prueba.

15.^a La sentencia que dicte el tribunal no tendrá efecto de cosa juzgada.

16.^a Lo dispuesto en la sentencia sobre las operaciones divisorias se llevará a efecto por el Secretario, según lo señalado en las etapas quinta y sexta.

Esta exposición pormenorizada del esquema del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial revela cómo éste ha sido construido con las reglas específicas de los arts. 806 y siguientes y las tomadas en préstamo, por la remisión que en ellos se encuentra referida a los artículos que regulan el procedimiento de la división de la herencia (arts. 784 a 788). Además, tal exposición puede servir para valorar los razonamientos desarrollados por los magistrados que dieron su voto para aprobar el auto de inadmisión del recurso y los de los magistrados disidentes del parecer de la mayoría.

Tengamos en cuenta algunos presupuestos de partida. El primero de ellos es el que concierne al tiempo en que puede nacer el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial y, en concreto los *tiempos* en que debe iniciarse cada una de las fases del procedimiento. La primera fase (inventario) comienza una vez que se ha admitido a trámite la demanda de nulidad, separación o divorcio o cuando ya se ha iniciado el proceso en que, por causa distinta de la extinción de la relación matrimonial, se pide la disolución del régimen económico matrimonial (art. 1373 CC y 541.3 LEC). Desde esta perspectiva, la fase de inventario es consecuencia de un proceso ya iniciado; no es imaginable legalmente otra posibilidad.

La fase de liquidación propiamente dicha sólo puede incoarse, mediante solicitud de cualquiera de los cónyuges, cuando haya concluido el inventario y además –esto es necesario– sea firme la sentencia definitiva recaída en el proceso matrimonial de nulidad, separación o divorcio o en el proceso de disolución del régimen económico matrimonial por cualquier otra causa establecida en la ley. Esta consideración pone de manifiesto que la fase de liquidación es consecuencia

de un proceso ya terminado. Otra solución carecería de sentido; la liquidación sigue a la disolución del régimen económico matrimonial impuesta o declarada por sentencia firme.

El segundo presupuesto que debemos tener en cuenta es el que atañe al objeto del primer proceso que es la disolución del régimen económico matrimonial; diferenciándolo del objeto del procedimiento que le sigue que es la liquidación del haber procedente del régimen económico matrimonial disuelto, siguiendo el modelo de determinación del activo, del pasivo (con su valoración) y pago de deudas y cargas de la sociedad (art. 1399 CC), abono de indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge, haciendo las compensaciones que correspondan cuando el cónyuge sea deudor de la sociedad (art. 1403 CC) y determinación final del caudal resultante partible (art. 1404 CC) para llevar a cabo la división y adjudicación de su respectiva parte a cada uno de los cónyuges (art. 786 LEC; y 1406 y 1407 CC). Si se trata de la división del patrimonio consorcial aragonés, el modelo a seguir está regulado en los artículos 262 a 270 del Código citado.

El tercer presupuesto a considerar es que el procedimiento para la liquidación puede conseguir su finalidad (*la liquidación de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones*) sin necesidad de que intervenga el Juez más que puntualmente para la aprobación de acuerdos obtenidos por las partes (y adopción de decisiones sobre la administración y disposición de los bienes) o, según las necesidades que se presenten en cada momento por razón de la administración y disposición de los bienes o de las controversias surgidas.

VII. CONFIGURACIÓN DEL PROCESO

1. ¿UN PROCEDIMIENTO NO JURISDICCIONAL?

Tras la modificación efectuada en la LEC por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, el procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial ha sido parcialmente desjudicializado en toda su tramitación, entregándose a las manos del Secretario judicial para que lo instruya, y lleve a efecto, salvo en lo concerniente a la aprobación de acuerdos, o cuando deba decidirse lo que proceda sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario, o se formulen oposiciones y sea preciso un conocimiento plenario del asunto por el tribunal, con alegaciones y pruebas, y una sentencia decisoria.

Si el legislador ha querido ordenar el procedimiento de esta manera aparentemente no judicial, es porque estaría considerando que éste, en las dos fases (inventario y liquidación) que acabamos de resumir, es uno de los *trámites* que,

según el preámbulo de la referida ley reformadora, está excluido de *los supuestos en que una toma de decisión procesal pudiera afectar a la función estrictamente jurisdiccional* (Ley 13/2009 de 3 de noviembre; preámbulo, apto. III). La conclusión que podría extraerse es que, al reconocer este modo procedimental, se acreditaría que no estamos en presencia de una función estrictamente jurisdiccional. Se afirmaría: no hay demanda, sino solicitud; ni controversia fáctica o jurídica ni decisión del debate mediante una resolución judicial; contrariamente, hay comparecencia para formar el inventario o para alcanzar un acuerdo de liquidación y una resolución final aprobando las operaciones divisorias acordadas. En esta remoción de atribuciones de los juzgados y coetánea entrega de ellas a los secretarios judiciales, el ejemplo considerado no es único; piénsese ahora en el acto de conciliación anterior al proceso (arts. 460 ss. LEC/1881).

Sin perder esta perspectiva, en análisis, podríamos seguir argumentando que, salvo que estemos dispuestos, dentro de la más arcaica doctrina procedimentalista, a denominar –y considerar– *instancia* toda actuación que, iniciada por una solicitud, se desarrolla en un tribunal, sea ante el Juez o ante el Secretario, y que termina con una resolución de cualquier tipo (judicial o secretarial), el examen de todo lo mostrado manifiesta que la secuencia de actos procedimentales anotada no tiene los elementos definidores de lo que es una instancia procesal, como no los tiene todo lo actuado ante el Secretario, con decreto homologador de la avenencia incluso, en la conciliación anterior al proceso (art. 471 LEC/1881).

Aun teniendo en cuenta que, cuando se dictó el auto comentado, no había entrado todavía en vigor la reforma de la LEC introducida por la citada Ley 13/2009, contemplada aquella regulación procesal desde el plano que ahora tenemos, podríamos concluir diciendo –así se mantuvo, por algunos autores, respecto del procedimiento para la división de la herencia cuyo género es bastante próximo al de liquidación del régimen económico matrimonial en el compartir fases y trámites– que todo el procedimiento está bien próximo a la jurisdicción voluntaria¹⁴.

Una respuesta inmediata la hallamos en la consideración doctrinal opuesta que no deja de ver la existencia de un auténtico proceso jurisdiccional en el que, como ocurre en cualquier otro proceso, cabe alcanzar acuerdos sobre el objeto del proceso o sobre determinados aspectos del objeto del proceso y por eso se ha facultado al Secretario judicial para que intervenga en la gestión de ellos¹⁵.

2. ¿UNO O DOS PROCEDIMIENTOS?

En este punto debemos tener en cuenta la cuestión, que podría plantearse, en torno a si el denominado procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, pese a la unidad con que se presenta, resiste la calificación

¹⁴ V. por ejemplo el comentarista REUS, E., *Ley de enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1881 concordada y anotada con gran extensión según la doctrina de los autores y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Madrid, 1908, t. II, p. 917.

¹⁵ VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales* (con DE LA OLIVA SANTOS, A. y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I.), Madrid, 2005, 3ª ed. p. 502.

de ser un único procedimiento, y no una suma de dos procedimientos con objetos, como hemos dicho antes, bien distintos. Ambos actúan sobre un patrimonio estimado en su conjunto (la «masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones» inherentes a la existencia del régimen económico matrimonial) y no sobre bienes o derechos específicos, pero con finalidad distinta.

En esta construcción del trámite procedimental se podría distinguir el primero de los procedimientos que tiene carácter y objeto cautelar e instrumental respecto del segundo: determinar y asegurar el caudal partible mientras no haya terminado el proceso de disolución del régimen económico matrimonial. Es preciso asegurar la identidad de los objetos inventariados y conservarlos hasta que se pueda operar la división del patrimonio integrado por ellos por medio del procedimiento de liquidación; tómesese razón de que al final del inventario el tribunal resuelve lo procedente sobre la administración y disposición de los bienes incluidos en el inventario. Mientras que el segundo procedimiento tiene por objeto la división y reparto de los bienes y derechos, ofreciendo un sistema de liquidación del caudal partible.

En ambos procedimientos, así considerados, su desarrollo ordinario se lleva a cabo mediante acuerdos de los cónyuges aprobados por el tribunal. Pero cuando en cada uno de ellos surge la discusión entre los cónyuges, termina el respectivo procedimiento, y la cuestión suscitada: a) sobre inclusión o exclusión indebida de bienes y derechos; b) sobre el importe de las partidas; o c) sobre la reprobación de las operaciones divisorias, se ventila en un proceso incidental: los respectivos juicios verbales (art. 809.2 y 787.5). La LEC/1881 para resolver estas controversias señalaba el juicio ordinario que correspondiera por razón de la cuantía; la actual LEC, como acabamos de anotar, remite al trámite del juicio verbal para que en él, de forma plenaria, respectivamente puedan sustanciarse las controversias surgidas con alegaciones, pruebas y decisión definitiva. La simple circunstancia de que el trámite del procedimiento de los incidentes y de los juicios sobre el inventario y sobre la adjudicación de bienes sea idéntico (cfr. arts. 393.3, de una parte; y 784.5, 809.2, de otra parte), no convierte en *cuestión incidental* lo que es un proceso incidental de declaración.

3. UN PROCESO UNIVERSAL

Ya hemos tenido oportunidad de referirnos al carácter *universal* que tiene este proceso. Ahora hemos de señalar que esta denominación le corresponde por doble título. El primero resulta de descubrir y examinar fundamentalmente el objeto del proceso: un patrimonio estimado en su conjunto (la «masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones» inherentes a la existencia del régimen económico matrimonial). El segundo trae causa de la configuración procedimental del proceso divisorio.

Poco hemos de añadir a lo dicho sobre el primero de los títulos de atribución del nombre que hace relación al objeto del proceso. Pero hemos de dedicarnos con más detenimiento al sentido de lo *universal* manifestado en el desarrollo del

trámite del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial.

Los procesos universales (división judicial de patrimonios, con sus distintas variedades y proceso concursal) tienen como característica procesal que la finalidad perseguida en cada uno de ellos, es decir, la consecución de la tutela judicial pretendida, se logra por medio de un complejo de actuaciones con objeto parcial, limitado y específico de muy diversa clase y proyección jurisdiccional, *concurrentes* en un procedimiento; en unos casos se dan determinadas actuaciones parciales previstas en la ley, porque es necesario; en otros casos, no. A estos procesos universales, por el fenómeno de la acumulación de procesos *concurrentes* todos los procesos iniciados por el ejercicio de una pretensión contra el caudal partible que sea objeto del proceso (art. 98.1.2º LEC).

Sin aparente unidad y coherencia entre ellas, se producen tales actuaciones específicas para resolver las distintas vicisitudes que ocurren, sobre asuntos concretos en el desarrollo del proceso unitario y universal. Por otra parte, advertimos cómo en estos procesos concurren junto al juez otros órganos no judiciales que conforman las operaciones necesarias para lograr el fin propio del proceso. Sin necesidad de alargar la explicación con ejemplos innecesarios, porque surgen en la mente del lector cuando piensa en estos procesos, hallamos en ellos actuaciones de carácter declarativo, constitutivo, de condena, cautelar y ejecutivo; vemos al juez, al administrador concursal, al contador, al secretario judicial, etc. En definitiva, están compuestos estos procesos universales por un conjunto organizado (podríamos decir un «*universo*») de procedimientos insertos dentro del procedimiento unitario y universal que responden a distintos tipos de tutela judicial que se reputan necesarios para conseguir la finalidad general del proceso universal.

Esta disparidad de actuaciones se ordena por fases o piezas. VICENTE Y CARAVANTES, teniendo delante la LEC/1855, dividía el juicio universal de testataria en tres períodos llamándoles: de inventario, de avalúo y de división¹⁶. La LEC/1881 destinaba un precepto a establecer que «el procedimiento sobre las quiebras de los comerciantes se dividirá en cinco secciones, arreglando las actuaciones de cada una de ellas en su respectiva pieza separada, que se subdividirá en los ramos que sean necesarios para el buen orden y claridad del procedimiento y para que éste se curse con la rapidez posible, sin entorpecerse por incidentes que no puedan sustanciarse a la vez» (art. 1321). En efecto; el artículo distingue bien. Por una parte, el procedimiento para el que se desea *el buen orden y la claridad* es uno: *el procedimiento sobre las quiebras*. Por otra parte, son otras las actuaciones que ocurren en cada sección, las cuales son distintas, de diversa naturaleza y con finalidades parciales, particulares o específicas que concurren a la finalidad unitaria del proceso universal de quiebra. El art. 183 de la Ley Concursal también determina que «el procedimiento del concurso se dividirá en las siguientes Secciones, ordenándose las actuaciones de cada una de ellas en cuantas piezas separadas sean necesarias o convenientes»: no hace falta

¹⁶ *Op. cit.*, t. III, p. 18.

más que una lectura somera de este precepto para percatarse de esta diversidad concurrente de actuaciones en provecho del proceso concursal.

En los arts. 806 y siguientes LEC/2000 es fácil advertir la repetición de este esquema ordenador del desarrollo del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial. Por tanto, podemos afirmar que este procedimiento es un proceso jurisdiccional en el que ocurren diversas actuaciones (cautelares, declarativas, constitutivas y ejecutivas) con una finalidad única: conseguir la partición de un caudal entre los dos cónyuges. En todo caso, a todo lo que ocurre en este proceso es a lo que, si fuera posible, habría que aplicarle, aunque sea provisionalmente, la denominación de *instancia*, en alguno de los términos que antes hemos expuesto: a) cada uno de los grados jurisdiccionales en que se pueden conocer y resolver un asunto judicial; b) el ejercicio de la acción en juicio hasta la sentencia definitiva; c) el conjunto de actos procesales que, iniciados mediante una demanda o un recurso devolutivo terminan en una sentencia definitiva que resuelve, con plenitud de conocimiento sobre los hechos, fundamentos de derecho y pretensiones deducidas sobre el fondo de un asunto.

Lo cierto es que en el auto comentado hallamos expresiones que responden a esta idea: la oposición al inventario constituye un incidente de índole declarativa que no pone fin a la tramitación ordinaria. Junto con otras expresiones que veremos más adelante el auto anticipa una argumentación fundamental para inadmitir el recurso de casación:

«la sentencia cuyo acceso a casación se pretende no puso fin a una verdadera segunda instancia, como ocurre en los supuestos de sentencias recaídas en apelación cuando la dictada por el Juez de Primera Instancia no puso fin a la tramitación ordinaria del proceso, sino a un incidente suscitado en el mismo».

Ya hemos visto cómo dicho auto considera que, al iniciarse el proceso sobre inclusión o exclusión de bienes en el inventario, estamos ante una cuestión incidental (no auténtica instancia) ocurrida dentro del proceso divisorio el cual integraría propiamente, al cabo de su desarrollo completo, «la instancia». Pero sabemos que el proceso divisorio, en cuyo estudio estamos ocupándonos, no siempre termina por sentencia, como terminan las auténticas instancias: a) si existe acuerdo entre los cónyuges sobre las operaciones divisorias, se consignará en acta y se dará por concluido el acto: el tribunal dictará auto homologador de aquél y el Secretario judicial llevará a efecto este acuerdo (arts. 810 y 788, por este orden de desarrollo de las actuaciones); b) practicadas por el contador las operaciones divisorias, si no se formulare oposición, el tribunal dictará auto, aprobando tales operaciones, mandando protocolizarlas y llevará a efecto lo aprobado (arts. 787 y 788).

¿Puede haber un proceso jurisdiccional que en sí no genere una instancia? Evidentemente, la cuestión ahora planteada exige un examen detenido de aquellos procesos que iniciados por demanda no terminan «*su tramitación ordinaria prevista en la Ley*» con una sentencia definitiva (art. 206.2.3ª). Un ejemplo lo tendríamos en el proceso de liquidación, incoado por una pretensión constitutiva, y terminado ordinariamente sin necesidad de sentencia; o en el proceso de ejecución, incoado por una pretensión ejecutiva, en el que, considerado en sí, no

se dicta nunca una sola sentencia. Pero este estudio –salvo lo que diremos más adelante– no cabe en el marco de este comentario orientado simplemente a examinar el acierto o desacierto en que se haya incurrido al no denominar *instancia* al *incidente* suscitado por la discusión acerca de la inclusión o exclusión de bienes en el inventario.

Sin embargo, esta consideración sirve para mostrar que en el curso de esos procedimientos principales –universales o singulares– pueden surgir procesos *incidentales* que se inician por demanda y terminan su tramitación ordinaria con una sentencia definitiva: la tercería de mejor derecho es un ejemplo conspicuo respecto del proceso de ejecución; la controversia sobre el inventario o sobre la adjudicación de los bienes respecto del proceso de liquidación del régimen económico matrimonial, sería otro ejemplo, si lográramos hallar en la sustanciación procedimental de tal controversia los elementos identificadores de una instancia. Y todo esto lo mencionamos sin tener que añadir a estos ejemplos la intervención de terceros en el proceso universal de liquidación, como es el caso de los acreedores (arts. 1402 y 1410 CC). La circunstancia de que estos procesos sean incidentales no permite, según nos parece, considerarlos *cuestiones incidentales* que son resueltas por auto. A este respecto, no deja de ser significativo que, cuando, en las motivaciones de los autos anteriormente anotados, el TS hace referencia a procesos que, por ser *incidentes* no ponen término a una instancia, cita la tercería de dominio, pero en modo alguno hace referencia a la tercería de mejor derecho, proceso tan incidental como el primero, pero tan distinto en cuanto a su función y efectos dentro del proceso de ejecución.

VIII. EL MODO INCIDENTAL DE LA OPOSICIÓN EN EL INVENTARIO...

El auto comentado inadmite el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial por considerar que la oposición al inventario es un *incidente* suscitado en el *proceso de liquidación* del régimen matrimonial. En el voto particular se ofrece la conclusión contraria. Para tomar en consideración todos los elementos del debate dialéctico interno existente en el auto entre los argumentos de la mayoría de los magistrados y los de los magistrados disidentes, es oportuno ver algunos párrafos del auto y del voto particular que atañen a esta cuestión específica.

Anotemos, en primer lugar, algunos párrafos del auto de inadmisión en los que se indica la construcción de un proceso de liquidación unitario compuesto de dos fases (inventario y liquidación) con todas sus consecuencias:

«las sentencias dictadas en apelación en incidente sobre inclusión o exclusión de bienes en el inventario que se forma en el seno de un procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial no son susceptibles de casación, por no darse el presupuesto legal exigido en el artículo 477.2 del mentado Cuerpo procesal Civil».

(...)

«la sentencia cuyo acceso a casación se pretende no puso fin a una verdadera segunda instancia, como ocurre en los supuestos de sentencias recaídas en apelación cuando la dictada por el Juez de Primera Instancia no puso fin a la tramitación ordinaria del proceso, sino a un incidente suscitado en el mismo».

(...)

«Conviene insistir en este punto, que a ello no obsta que la Sentencia impugnada se haya dictado en un procedimiento seguido como verbal, ya que nos hallamos ante un incidente de índole declarativa dentro de un procedimiento de liquidación, (...) siendo irrelevante a tal efecto la circunstancia de que el legislador de la nueva LEC 2000, que, en el caso de discrepancias sobre la formación de inventario y valoración de los bienes se remite al cauce del juicio verbal (art. 809. 2 LEC 2000) (...)».

Anotemos ahora, en segundo lugar, otros párrafos correspondientes al voto particular. Éste adopta otra óptica del asunto:

«el proceso de formación de inventario que finaliza con la sentencia prevista en el indicado artículo 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene una sustantividad propia y diferente de la del propio procedimiento de liquidación en el que se encuadra, el de los artículos 806 a 811, dentro de los cuales este último precepto, relativo a la liquidación del régimen de participación, tampoco puede ser considerado de la misma naturaleza que el de liquidación de los regímenes de comunidad».

(...)

«Dice el último párrafo del artículo 809 que “la sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas, aprobando el inventario de la comunidad matrimonial y dispondrá sobre la administración y disposición de los bienes comunes”, de lo que debe deducirse, a nuestro juicio, que pone fin al procedimiento y produce efecto de cosa juzgada tras, en su caso, los recursos correspondientes».

(...)

«Se argumenta que la sentencia del recurso de apelación tras la sentencia recaída en el juicio verbal del artículo 809 no pone fin a una verdadera segunda instancia, que quedaría reservada para la sentencia que pusiera fin al procedimiento del que dimana, pero tal interpretación no se deduce de los anteriores preceptos, sino que se acude a la naturaleza incidental del procedimiento de formación de inventario que, a nuestro juicio, tiene un carácter instrumental en la medida en que es medio y sirve para la posterior liquidación del patrimonio común, pero no incidental en términos de subordinación, dada la sustantividad propia de la formación de inventario».

Si veo las cosas acertadamente, considerando lo que ocurre en el proceso universal de división de patrimonios, según la configuración que hemos ofrecido, todas las oposiciones que se susciten respecto del objeto principal del proceso tienen carácter incidental. Pero ¿incidental de qué? e ¿incidental para qué?

Mirando la definición que se nos ofrece en la LEC sobre lo que es una cuestión incidental, comprobamos que se trata de algo distinto de lo que constituye el objeto principal del pleito que guarda con éste relación inmediata (art. 387). Incoado el proceso de liquidación para determinar la parte del caudal partible correspondiente a cada cónyuge y entregársela finalmente, al margen de considerar si este proceso es unitario o está compuesto por distintas fases, ordenadas o coordinadas entre sí, lo cierto es que lo que ocurre en cada una de estas fases, sí está relacionado inmediatamente con el objeto del proceso de liquidación; es

incidental. En este punto, quizá debamos hacer caso a esta advertencia: si mantenemos esta afirmación que acabamos de hacer, estamos negando que el juicio verbal, sustanciado para decidir la oposición formulada frente al inventario, sea un proceso autónomo (y principal) separado del proceso *universal*. Éste es un aviso estimable que debemos aceptar.

Pero, seguidamente, hemos de plantear el asunto ampliando el objeto de nuestro análisis. Antes ha quedado en suspenso una pregunta acerca de si puede haber procesos que no puedan considerarse instancia al no terminar en sentencia. Ahora bien, planteadas las cosas como lo hace el auto, aún tenemos que esperar la respuesta a esta pregunta, a que quede cumplidamente respondida esta otra: ¿el proceso de liquidación es un auténtico proceso principal o, por el contrario es un proceso incidental o apéndice necesario, en ocasiones («*en defecto de acuerdo entre los cónyuges*» [art. 806]) del proceso principal que es el de disolución del régimen económico matrimonial?

Si ponemos un poco de atención en el señalamiento de los objetos de uno y otro, vemos que, entre ellos, hay una gran proximidad. El objeto del proceso de disolución es el régimen económico matrimonial que configura «*la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones*» (art. 806); el objeto del proceso de liquidación es la división y entrega del patrimonio resultante de ese régimen económico matrimonial disuelto. La relación que guarda el segundo con el primero es bien patente. Por tanto, si se mantiene que el proceso de liquidación es un incidente del primero, siguiendo el razonamiento de la Sala que aprueba el auto comentado, habría que decir que este proceso no es una instancia tampoco.

Si no queremos mantener esta afirmación y decimos que el proceso de liquidación es autónomo, no podremos dejar de reconocer que, en todo caso, es consecuencia del primero. Algo parecido a la relación que se da entre el proceso declarativo y el proceso de ejecución de títulos judiciales seguido para llevar a cumplido efecto la condena impuesta en la sentencia del juicio de declaración. Es decir; un proceso de liquidación sin proceso de disolución anterior no tiene sentido; más bien, es inviable. Una lectura del Código civil y otra de la LEC sobre los artículos ya citados anteriormente lo pone inmediatamente de relieve. No en vano, bajo el régimen de la LEC/1881, esta liquidación se hacía en la ejecución de la sentencia del proceso de disolución.

En este caso puede costar un notable esfuerzo intelectual –quizá ímprobo y además estéril– sostener que el proceso de liquidación constituya una instancia que, una vez terminada, puede verse seguida por otra, a la que sin inconveniente alguno podamos llamar segunda. Por eso, tendríamos que considerar que la única sentencia definitiva (porque termina la supuesta «instancia») es la última que puede dictarse; la del (¡también!) proceso incidental contencioso sobre la discrepancia en las adjudicaciones (art. 787.5); en este aspecto, esa sería la sentencia de primera instancia. Y, de esta manera, la sentencia dictada en la segunda instancia de este proceso sería la recurrible en casación. El esfuerzo es baldío, sobre todo, cuando tenemos que admitir que el proceso de liquidación puede terminar sin sentencia, ni intervención del juez (art. 788).

Pero, entendemos que éste no es un asunto en el que debemos entretenernos ahora, sino que debemos volver a fijar la mirada en lo *incidental* que ocurre en el proceso de liquidación para, al cabo, concluir si en ello se da o no se da una instancia. Parece incuestionable que la actuación que surge por la controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas comporta un auténtico proceso. Por el modo como surge es un proceso jurisdiccional singular de naturaleza incidental; y por la clase de tutela pedida, tiene carácter declarativo.

En este punto conviene introducir una reflexión que puede ilustrar mejor toda esta cuestión. Tal como hemos visto antes, en los procesos universales se trata de un patrimonio en conjunto –no un solo bien o unos cuantos bienes– sobre el que ha de actuar el tribunal; la introducción del objeto viene determinada unilateralmente por los legitimados que respectivamente incoan el proceso; ellos determinan el patrimonio que hay que liquidar o dividir. Por eso no deja de ser interesante contemplar cómo en todos estos procesos (concurso, de división de la herencia y de liquidación del régimen económico matrimonial) existe un trámite idéntico regulado específicamente por cada una de las normas reguladoras de tales procesos con la misma finalidad: es el inventario (arts. 794, 809 LEC y 82 LC). En él se hacen constar los bienes y derechos que forman el patrimonio sobre el que debe actuar el tribunal.

Ahora bien, la expectativa de que haya errores o inexactitudes en la determinación cualitativa y cuantitativa del patrimonio está aceptada por el legislador y por eso concede la posibilidad de que los demás interesados en el proceso puedan corregir esta determinación incompleta o inexacta. En todos estos procesos universales existe también un proceso cuya finalidad es acoger el ejercicio de la acción –de contenido material– de impugnación del inventario del patrimonio por haber sido incluidos bienes que son ajenos a tal patrimonio, porque han de incluirse bienes que no han sido incluidos en el inventario, o porque se han incluido ciertos bienes y derechos o partidas del pasivo asignándoles un valor económico distinto del real. Un análisis paralelo de los artículos 809.2 LEC (liquidación de régimen económico matrimonial); 794.4 LEC (división de herencia); y 96.2 LC (concurso de acreedores) ilustra y acredita bien esta consideración.

Ahora ya podemos proseguir con la argumentación que hemos dejado más atrás. En todos estos supuestos, el proceso construido para impugnar el inventario tiene indudablemente naturaleza incidental. La pretensión ejercitada en ellos tiene por objeto singular un bien o derecho o algunos bienes o derechos, no todos de los relacionados con el patrimonio; su finalidad es excluirllos, incluirlos o valorarlos más adecuadamente.

Para el concurso de acreedores, la norma especial señala el trámite del incidente concursal, al que hemos aludido anteriormente (art. 96.4 LC). La sentencia dictada al término de este incidente concursal será recurrible en apelación; y la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, al ser de las correspondientes a acciones comprendidas en la sección tercera del concurso, será recurrible en casación (art. 197.5 y 7 LC).

Parece ser que la dificultad advertida por los magistrados que, con su voto, aprobaron el auto comentado, queda resuelta para el incidente concursal incoado para impugnar el inventario. El ser incidental del proceso concursal (universal) —como lo es— no impide hablar de instancia en el «incidente» planteado e incurso en el proceso principal. Las tesis sostenidas por el TS en los autos anotados anteriormente sobre la inaccesibilidad a la casación de los incidentes tramitados en los procedimientos de quiebra han dejado de tener sentido, porque el legislador ha desatado el nudo en que se introdujo la jurisprudencia anterior al separar de la censura casacional las sentencias recaídas en aquellos procesos.

Descubiertos estos lugares comunes de ejercicio de actuaciones impugnatorias encaminadas a conseguir unos mismos fines en diversos procesos, debemos ver seguidamente si este sistema establecido para el proceso concursal, es susceptible de ser trasladado a otros procesos. Si lo que acabamos de decir es satisfactorio respecto del incidente concursal y su finalidad en este asunto, debemos ahora examinar si la impugnación corre la misma suerte, cuando se trata del inventario en el proceso de liquidación del régimen matrimonial.

Recapitulando algunas conclusiones parciales ya expuestas, podemos reiterar que la controversia suscitada, *ex art.* 809.2, da lugar a un proceso incidental, porque nace dentro del procedimiento para la liquidación del régimen matrimonial en relación con la materia que es objeto principal del pleito. Pero no es una cuestión incidental, en el sentido estricto en que éstas son consideradas por los artículos 387 y siguientes. Respecto de tales cuestiones incidentales, en sentido estricto, el legislador admite una variedad de procedimientos: su tramitación puede estar regulada en la LEC, o fuera de ella, y en cualquier caso establece un procedimiento común para todas estas cuestiones. Pero lo que, en modo alguno permite es que *las cuestiones incidentales, tengan o no señalada en esta Ley tramitación especial, siempre que en tales casos la Ley exigiera decisión del Tribunal*, puedan ser resueltas por medio de sentencia; su forma de resolución final es el auto (arts. 206.1.2ª.II y 393.5). Una interpretación integradora del precepto contenido en estos artículos con el mandato del art. 809.2.II pone de relieve que la controversia *incidental* suscitada dentro del inventario no es una cuestión incidental, en sentido estricto, con todas sus consecuencias, sino que es un proceso incidental con el contenido que ya hemos puesto de relieve y por eso termina con una sentencia, forma de la resolución que pone fin a un proceso en primera o segunda instancia una vez concluida su tramitación ordinaria (art. 206.2.3ª).

IX. ...Y SU CARÁCTER DE INSTANCIA

1. LA INSTANCIA EN LOS PROCESOS INCIDENTALES Y SU ACCESO A LA CASACIÓN

La idea de que un proceso es incidental o que se tramita por el procedimiento incidental no comporta ni ha comportado nunca, de forma absoluta, la admisión de que su tramitación no dé lugar a una sentencia definitiva de

primera instancia y que por ello no sea posible pensar, tras la sustanciación de la segunda instancia, en la interposición de un futuro recurso de casación. Existen *incidentes* cuya incoación hace surgir una instancia y otros que no. Hubo procesos tramitados por el procedimiento incidental que, abriendo las correspondientes instancias en su tramitación, desembocaban en el recurso de casación (arts. 130 ss. LAU de 24 de diciembre de 1964). Ha habido genuinas cuestiones incidentales que tenían acceso a la casación. En la actualidad existen y antes han existido procesos incidentales con trámite no incidental que tienen y han tenido acceso a la casación. Por fin; ha habido procesos incidentales que, pese a abrir las oportunas instancias, la sentencia dictada en segunda instancia no era recurrible en casación. Hay que examinar los casos pormenorizadamente para comprobar esta tesis.

A) Durante la vigencia de la LEC/1881, las cuestiones incidentales promovidas durante la segunda instancia y en los recursos de casación terminaban con una sentencia que era suplicable ante la Sala que las hubiera dictado (art. 759 LEC/1881). La sentencia dictada por la Audiencia Provincial resolviendo el recurso de súplica era recurrible en casación (art. 761 LEC/1881).

B) También durante la vigencia de la LEC/1881, la doctrina reconoció que, en el denominado «juicio ejecutivo», podía incoarse un incidente declarativo sumario (arts. 1463 a 1478); se trataba de un auténtico proceso declarativo incidental con primera y segunda instancia, en su caso. En efecto; mientras que, al plantearse la oposición del ejecutado al proceso de ejecución éste quedaba suspendido, la «*formalización de la oposición*», como *demanda de oposición*, abría una primera instancia de ese *proceso incidental*. Al término de esta tramitación se dictaba sentencia; si ésta era recurrida, el recurso de apelación abría una segunda instancia de tal proceso. La jurisprudencia asumió esta construcción con ocasión de los recursos de casación interpuestos por quebrantamiento de forma, al no haberse recibido el pleito a prueba en el recurso de apelación interpuesto contra unas sentencias de remate dictadas sin oposición del ejecutado. El TS, mientras que, por una parte, excluía el concepto de instancia en el juicio ejecutivo, reducido a un genuino proceso de ejecución, cuando el ejecutado, citado de remate no se personaba o, personado, no se oponía le ejecución, determinando que el juez dictará sentencia sin más; por otra parte, sin embargo, reconocía la calidad de primera instancia al incidente declarativo incoado por el ejecutado con su «*formalización de la oposición*» para oponerse a la ejecución:

«No procede otra prueba en los juicios ejecutivos que la referente a la excepciones alegadas al formalizar el ejecutado su posición a la ejecución, y no habiéndose opuesto en tiempo y forma, ni alegado excepciones, es improcedente con arreglo a derecho el recibimiento a prueba en la segunda instancia como lo habría sido en la primera, por no ser de aplicación el artículo 767, que supone que los autos se han recibido a prueba o podido recibir a dicho trámite que no tiene lugar en el juicio ejecutivo si el ejecutado citado de remate no se opone a la ejecución conforme a los arts. 1462 y 1463» (STS de 1 de octubre de 1884; en el mismo sentido SSTs de 4 de noviembre de 1893, 3 de noviembre de 1897, 27 de junio de 1905, 6 de mayo de 1906, 17 de noviembre de 1910, 19 de diciembre de 1916, 3 de marzo de 1917).

La sentencia de segunda instancia no era recurrible en casación, porque el juicio ejecutivo no se mencionaba en el catálogo de procesos cuyas resoluciones eran impugnables por medio de este recurso extraordinario (art. 1687 LEC/1881).

C) Es cierto que, por un lado, existen incidentes que constituyen auténticas cuestiones incidentales, bien sea sobre el fondo o sobre la forma, y que, sustanciados los cuales temporáneamente, terminan con un auto que no pone fin a la tramitación ordinaria del proceso principal. Tómense como ejemplo las mencionadas en los arts. 390 y 391 LEC. Si el auto es recurrido en apelación, nunca se resolverá el recurso por una sentencia, sino por un auto. Por ello, la resolución definitiva que pone término a este procedimiento no será recurrible en casación.

D) Por otro lado, existen procesos incidentales que, albergando cuestiones de fondo, terminan con una sentencia. Téngase en cuenta la tercería de mejor derecho (art. 620). En ella, básicamente se produce la comparación de dos créditos (títulos), actualmente existentes y válidos (el del ejecutante y el del tercero, que alega preferencia en el cobro), con apoyo en las normas aplicables (arts. 1921 a 1929 CC); para seguidamente poder formular la declaración del derecho preferente del tercero al cobro; y finalmente conseguir la efectividad de ese derecho (mediante el desvío del producto de lo subastado en el proceso de ejecución).

La STS de 16 de mayo de 2000 declara que:

«la jurisprudencia, a propósito de las tercerías de mejor derecho, afirma que es un proceso intercalado dentro del juicio ejecutivo, pues al estar superpuesto a un precedente juicio ejecutivo que es el principal, no tiende, en puridad técnica, a un pronunciamiento autónomo o por completo desgajado de lo hasta entonces acontecido en aquel proceso, sino que, al contrario, aspira a la concesión de una decisión judicial que, conectada con el trámite principal, de tal forma le afecte que convulsione lo hasta entonces en él resuelto; (...) si lo es el de mejor derecho, pretende la orden de reintegrar el crédito del actor tercerista con preferencia, si se estima la acción, al del ejecutante, y a expensas del importe de la venta de los bienes embargados al ejecutado; la tercería no es, por tanto, un procedimiento autónomo, sino la incidencia de una ejecución abierta y en trámite, determinando siempre una oposición a diligencias de juicio ejecutivo en marcha»

Como ya hemos dejado dicho antes, en la tercería de mejor derecho (auténtico proceso incidental [incidente en el proceso de ejecución], o como lo define la sentencia que acabamos de anotar: «*proceso intercalado*», o «*superpuesto a un precedente juicio ejecutivo que es el principal*») no se plantea una simple cuestión *procesal* (quién cobra en primer lugar su crédito con cargo al producto obtenido en la subasta), sino que en ella hay un pronunciamiento sobre el derecho material del tercerista (a saber; si el tercerista tiene ese crédito cuya preferencia alega). Si contra la sentencia dictada se interpone recurso de apelación, a su término el tribunal *ad quem* dictará una sentencia. La tramitación de la tercería constituye una verdadera instancia, a pesar de su *incidentalidad*. La sentencia dictada al terminar dicho proceso en el primer grado será una sentencia de primera instancia; y la sentencia dictada en segundo grado, será una sentencia de segunda instancia.

Por ello, es recurrible en casación, asunto que no ha sido cuestionado por el TS. Antes de la reforma de la LEC, y posteriormente, se ha admitido el recurso de casación contra esta sentencia cuando se han dado los demás requisitos procesales establecidos en cada momento¹⁷.

E) En el caso de las genuinas cuestiones incidentales, al ser planteadas, no se abre una nueva primera instancia distinta de la ya abierta por el proceso principal que queda en suspenso durante la tramitación de aquéllas; por tanto, el recurso de apelación interpuesto contra el auto que recaiga en ellas no abre una segunda instancia. Tiene sentido lo que afirma el auto comentado; el recurso no abre una segunda instancia cuando la resolución «*no puso fin a la tramitación ordinaria del proceso, sino a un incidente suscitado en el mismo*». En el caso de los procesos incidentales dependiendo de la pretensión deducida, se sustanciará una auténtica instancia. El recurso de apelación interpuesto contra la sentencia definitiva que haya puesto término a la tramitación ordinaria de este proceso, abrirá una segunda instancia; su sentencia puede ser recurrida en casación, si se dan los demás requisitos exigidos por la ley. Por eso, carece de perspectiva la doctrina jurisprudencial del TS que afirma:

«la LEC 2000 distingue entre “apelación” y “segunda instancia”, configurando esta última como aquella en la que se conoce de los procedimientos que han puesto fin a la primera instancia, lo que no ocurre en el presente caso en el que nos hallamos ante un incidente tramitado por el cauce del juicio verbal en el seno de un proceso sobre liquidación del régimen económico matrimonial» (Auto de 7 de noviembre de 2.006, recurso 1497/2003, con cita de otros).

2. LA CONTROVERSIA EN EL INVENTARIO EN SU PRIMERA INSTANCIA...

En la controversia suscitada en el inventario (art. 809.2 LEC), *incidental* en cuanto al modo de proponerse, lo menos decisivo para señalar su naturaleza procesal es la clase de trámite (el del juicio verbal) al que el legislador envía para su sustanciación. Las razones de la elección profusa de este modelo procedimental en la LEC/2000 para ser utilizado en diversos incidentes, ya las hemos explicado anteriormente¹⁸. Sin embargo, lo que ha de conducirnos con mayor seguridad a la conclusión acerca de si lo que hay detrás de este trámite es una instancia procesal, ha de ser el analizar si el procedimiento nace como consecuencia del ejercicio de una auténtica pretensión de tutela jurídica declarativa autónoma respecto del bien, derecho o bienes y derechos o deudas que, por estar fuera del patrimonio objeto del proceso, deben ser incluidos; o que, por estar indebidamente incluidos en el patrimonio objeto del proceso, deben ser excluidos; o que, en fin, considerados con un valor que no corresponde al del bien, derecho o deuda, deben ser valorados mejor.

¹⁷ V. SSTS de 20 de junio de 1986, 11 de abril de 1988, 4 de julio de 1989 y 15 de octubre de 1990.

¹⁸ V. *supra*: V.4. El trámite del juicio verbal, un procedimiento genérico.

Es preciso reconocer que, al margen del nombre que se dé al proceso (incidente o cuestión incidental) por razón de hallarse relacionado con otro que se reputa principal, la razón de su inclusión en el régimen de las instancias y recursos extraordinarios no depende de la denominación, sino de lo que realmente es el objeto del proceso (la cuestión suscitada) y la clase de tutela pretendida; a esto antes le hemos llamado, no de forma especialmente técnica, *contenido*.

Los procesos acumulados al proceso de división de la herencia o de la liquidación del régimen económico matrimonial se convierten, en algún sentido que explicaremos enseguida, en «incidentales» del proceso universal, pero, por esta incorporación, no son *cuestiones incidentales* del proceso principal con todas las consecuencias que esto comporta.

La «cuestión incidental» *suscitada* en la fase denominada inventario de bienes no tiene por objeto un defecto procesal que se denuncia, un accidente instrumental que ha de resolverse para apreciar la eficacia y validez de determinado acto procesal, o un aspecto formal de la referida pieza procesal como resultado final de esta fase del procedimiento. Contrariamente, connota la existencia de una pretensión y una resistencia planteada por vía de la, así llamada, *controversia suscitada* sobre un derecho subjetivo que incide directamente sobre el patrimonio afirmado como existente para poder actuar sobre él como caudal partible, liquidable y *adjudicable*. En la vista, que sigue a la citación hecha por el Secretario judicial, se especificará, como ya hemos indicado, el contenido de la demanda y el de la contestación; se propondrá prueba, se admitirá la pertinente y útil; y se practicará. Al término, *la sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas y dispondrá lo que sea procedente sobre la administración y disposición de los bienes comunes*.

El proceso incidental en la fase del inventario termina con la sentencia sobre la cuestión suscitada, que resuelve, con plenitud de conocimiento, sobre los hechos, fundamentos de derecho y pretensiones deducidas sobre el objeto anotado; es decir, sobre el fondo del asunto: existencia, subsistencia, procedencia y calificación del bien o derecho privativo (art. 1346 Cc [arts. 211 y 212 del Código del Derecho Foral de Aragón citado]) o común (art. 1347 Cc [art. 210 del Código citado]) de que se trate para decidir sobre la inclusión de aquel bien común que, debiendo estar, no está, o sobre la exclusión del bien privativo, que, no debiendo estar, está en el inventario. La sentencia aprobará definitivamente el inventario de la comunidad matrimonial. Esta primera sentencia cierra la tramitación ordinaria del proceso incidental y por ello es una sentencia definitiva que pone término a una auténtica primera instancia.

Poco importa si esta sentencia produce efecto de cosa juzgada o no, disquisición que preocupa a los magistrados disidentes que formulan el voto particular:

«si esta sentencia que prevé la posibilidad de atribuir facultades de disposición y administración, no produce efecto de cosa juzgada, en el caso de autorizar a uno de los cónyuges a disponer de determinados bienes –dando por sentada su naturaleza privativa o común– difícilmente cabe imaginar que el autorizado llevará a cabo tales actos si los mismos deben entenderse condicionados a que, después de

la sentencia relativa al inventario, transcurra el procedimiento de liquidación, termine el mismo y también el posterior declarativo con todos sus recursos, pues sólo en ese momento podría afirmarse, si se sigue el criterio del Auto, que el discutido bien tiene una u otra naturaleza. Lo mismo habrá que concluir respecto a los actos de administración sobre bienes discutidos. La conclusión es que resultarán vacías de contenido las facultades de disposición y administración de bienes otorgadas en la sentencia que pone fin al procedimiento de formación de inventario».

Los procesos que terminan con una sentencia que no produce tales efectos de cosa juzgada (art. 447), si reúnen las condiciones que hemos señalado antes, también abren una instancia. Cosa distinta es que, en un posterior juicio definitivo con sentencia que produzca efecto de cosa juzgada, sea alterado el sentido del pronunciamiento recaído en el primero, a través de sus dos grados o instancias sustanciadas. Lo acontecido en la tramitación inicial del proceso es que ha habido una instancia.

3. ...QUE ES SEGUIDA POR LA SEGUNDA INSTANCIA

No obstante todo lo que acabamos de ver, me parece oportuno volver a examinar –ahora con más detenimiento– el modo en que la LEC establece en el capítulo III, del título IV, del libro II las normas *del recurso de apelación y de la segunda instancia*. Esto quizá nos permita indagar en nuestro asunto con mayor profundidad en lo que atañe a la explicación de lo que es una segunda instancia, cuya sentencia, dictada a su término, pueda recibir regularmente la calificación de sentencia de segunda instancia, eventual objeto del recurso de casación.

El ATS de 3 de febrero de 2004, antes citado, afirma: «esta Sala tiene declarado que la propia LEC 2000 distingue entre “apelación” y “segunda instancia”». Ya hemos dicho anteriormente que la LEC/2000, al igual que ocurría en la LEC/1881, no distingue entre apelación y segunda instancia más que nominalmente. El capítulo III, del título IV, del libro II se inicia con la Sección 1ª que aborda nominalmente la regulación *del recurso de apelación y de la segunda instancia: disposiciones generales*. Podría pensarse que se ha reservado esta Sección para insertar en ella todas las normas comunes a los casos en que el recurso de apelación abre una segunda instancia y aquellos otros en que el recurso de apelación no abre nada nuevo que sea distinto de un trámite para la *devolución* momentánea del conocimiento del litigio o de una parte o cuestión de éste a un tribunal superior para que realice actos que, a pesar de hallarse producidos por un tribunal (jerárquicamente) de segundo grado, son propios de la primera instancia inacabada.

Puede seguirse pensando en esta supuesta reserva de normas generales o comunes cuando la Sección 2ª titula las normas que le siguen como propias y específicas *de la sustanciación de la apelación*. Pero la sorpresa se colma cuando se advierte que no hay una tercera sección que –como correspondería de ser la segunda instancia algo tan diverso de la apelación– contenga las normas específicas de la segunda instancia como algo añadido a la apelación.

Contrariamente, ocurre que, cuando el lector se va ilustrando sobre el modo de *sustanciar la apelación*, lo que se va encontrando es la regulación del

procedimiento en el que indistintamente, sin marcar tiempos ni espacios propios y diferenciados, se establece coetáneamente el trámite de un recurso de apelación y segunda instancia de esta guisa: *el recurso de apelación se preparará* (art. 457.1); *si la resolución impugnada fuera apelable se tendrá por preparado el recurso* (art. 457.3); seguidamente *el apelante habrá de interponer la apelación* (art. 458.1) mediante escrito, porque si no presenta el escrito se *declarará desierto el recurso de apelación* (art. 458.2); la remisión de *los autos al tribunal competente para resolver la apelación* (art. 463.1); *el tribunal resolverá sobre el recurso de apelación mediante auto cuando el mismo hubiera sido interpuesto contra un auto y mediante sentencia en caso contrario* (art. 465.1). En todos estos casos, aunque se utiliza la palabra «apelación» la referencia es indistinta a la apelación y a la segunda instancia, si es que conceptual y realmente son dos cosas distintas. Si no lo son, la diferencia entre una resolución de segunda instancia y una de apelación habrá de buscarse en otro elemento identificador de cada una de ellas. Pero esto lo dejamos para más adelante.

Sin embargo, hay algunos preceptos que contienen referencias a la cuestión de las instancias mencionando la primera y la segunda instancia como aspectos a tener en cuenta respecto de determinadas actuaciones, cuando se tramita la apelación, según lo que acabamos de anotar a grandes trazos. El recurso de apelación persigue que, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las *pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia*, se revoque un auto o sentencia por *el tribunal de apelación* (art. 456.1) que, por definición del precepto, será de *segunda instancia*. La *práctica en segunda instancia de las pruebas* requiere que haya habido una primera instancia en la que se haya producido la perturbación o carencia probatoria que trata de subsanarse con este trámite: *nova producta* o *nova reperta*, denegación indebida, práctica imposible, pérdida de la oportunidad probatoria por rebeldía involuntaria (art. 460); si no ha habido primera instancia, no puede pretenderse la práctica de prueba en la segunda instancia. Denunciada una infracción procesal que se haya cometido al dictar *sentencia en primera instancia, el tribunal de apelación, tras revocar la sentencia apelada, resolverá sobre la cuestión o cuestiones que fueran objeto del proceso* (art. 465.4.I). Si el vicio o defecto procesal cometido en la primera instancia *puddere ser subsanado en la segunda instancia* no se declarará la nulidad de actuaciones (art. 465.4.II). Por fin; *contra las sentencias dictadas por las Audiencias en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación* (art. 466.1).

En todos estos supuestos se especifican normas que contemplan la «apelación» como segunda instancia, por la sencilla razón de que antes ha habido una primera. No hay definiciones, pero existen conclusiones. Es obvio que para que pueda producirse la eficacia de las normas que hemos citado últimamente (aportación de documentos, práctica de pruebas, subsanación de defectos procesales) es preciso que nos hallemos en una auténtica segunda instancia, la cual supone que antes se ha tramitado una primera instancia.

La lectura detenida de estos preceptos sobre la apelación y la segunda instancia proporciona una consideración que puede reportar alguna utilidad. En algunos puntos (arts. 455, 456, 465.1.2.3.5, 466, 467) se distingue el tratamiento de los autos y de las sentencias. En efecto; esto es lógico, porque responde a la

diferencia que, en el artículo 206, se hace de estos dos tipos de resoluciones en lo que respecta a su finalidad. Los autos se dictan en los casos que establece la LEC. Nunca un auto puede poner término a la tramitación ordinaria de la instancia de un pleito. Esto se reserva para las sentencias definitivas. Debe dictarse sentencia para poner fin al proceso, en primera o segunda instancia, una vez que haya concluido su tramitación ordinaria prevista en la Ley. También se resuelven mediante sentencia los recursos extraordinarios y los procedimientos para la revisión de sentencias firmes.

Leyendo conjuntamente los preceptos que regulan: a) las cuestiones incidentales, b) el recurso de apelación y c) las clases de resoluciones judiciales, se advierten algunos puntos específicos que son dignos de tenerse en cuenta para la formación y explicación del concepto de sentencia de segunda instancia, siguiendo la regulación actual en la LEC y, sobre todo, para comprender que cuando es recurrida en apelación la sentencia dictada en el proceso incidental de inclusión o exclusión de bienes en el inventario, se abre una auténtica segunda instancia.

1. En el derecho histórico español se conocieron, junto con las sentencias definitivas (que resuelven terminando el proceso), las sentencias interlocutorias (decisiones intermedias en el curso de proceso) que eran de tres clases: *puras o simples* (ej.: para dar traslado de un escrito), *con gravamen irreparable para la definitiva* (ej.: para repeler una demanda no formulada con claridad); y *con fuerza de definitiva* (ej.: para negar la capacidad para litigar, o para rechazar una prueba)¹⁹. En la LEC/2000 sólo son conocidas las sentencias definitivas (art. 206.1.3ª); han sido desechadas las sentencias interlocutorias que históricamente han servido para resolver incidentes (artículos), o para preparar la sentencia definitiva, según tradición recogida en la LEC/1881 (arts. 369 y 1690).

2. Toda cuestión incidental, tenga o no señalada en la LEC una tramitación especial, si exige decisión del tribunal, se resuelve, según las normas reguladoras de las resoluciones de las cuestiones incidentales (arts. 387-393).

3. Las cuestiones incidentales suspensivas se resuelven siempre por medio de auto (arts. 206.1.2ª y 393.4.I).

4. Las cuestiones incidentales no suspensivas se resuelven por la sentencia definitiva (art. 393.4.II).

5. Un auto es definitivo cuando pone fin a la primera instancia, sin haberse concluido toda su tramitación ordinaria (art. 207.1).

6. Un auto dictado en un incidente que pone término al proceso antes de que concluya su tramitación ordinaria tiene el carácter de definitivo (art. 393.5), pero no agota la instancia (art. 207.1.2ª.II).

7. Si el auto definitivo pone fin al proceso, aun sin agotar la instancia, será recurrible en apelación (arts. 393.5 y 455.1). Si no pone término al proceso, el auto no es recurrible, pero podrá ser impugnado al apelar la sentencia definitiva (art. 393.5).

¹⁹ V. VICENTE Y CARAVANTES, J., *op. cit.*, t. II, pp. 265-266.

8. Las sentencias siempre son definitivas, porque son las resoluciones que ponen término a la tramitación ordinaria de un proceso en su primera o segunda instancia (art. 206.1.3ª).

9. Se distingue entre sentencia definitiva y auto definitivo a efectos de los recursos. Por lo que concierne a la procedencia del recurso de apelación frente ellos, existe la diferencia de que dicho recurso será resuelto en el primer caso mediante una sentencia y en el segundo mediante un auto indefectiblemente (arts.456.1 y sobre todo 465.1 y 5).

10. Otra distinción entre los autos definitivos y las sentencias definitivas reside en que la posibilidad de censura de las resoluciones dictadas al resolver el recurso de apelación, en uno caso y otro, es distinta. Los autos resolutorios del recurso de apelación dictados por las Audiencias Provinciales no son recurribles en casación (art. 477.2). Sólo son recurribles en casación las sentencias definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales en segunda instancia (arts. 466.1 y 477.2 LEC; y art. 2 Ley sobre la casación foral aragonesa).

Se deben considerar sentencias de segunda instancia, a los efectos de admitir el recurso de casación, todas las dictadas al resolver el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia definitiva dictada por un Juzgado de primera instancia (art. 466.1). En consecuencia, son sentencias de segunda instancia las dictadas por la Audiencia Provincial aunque sea la primera vez en la que recae un pronunciamiento sobre las cuestiones planteadas en la primera instancia ante el Juzgado de primera instancia: a) al suplir la omisión de pronunciamiento de la sentencia de primera instancia; b) al estimar una pretensión del actor (recurrente) que no fue enjuiciada por la sentencia de primera instancia al acoger otra de varias propuestas alternativamente o sucesivamente en la demanda; c) al acordar la resolución de un negocio jurídico con base en distinta causa de la estimada en la sentencia de primera instancia, habiéndose aducido varias alternativa o sucesivamente en la demanda; d) al estimar una excepción de las propuestas alternativamente en la contestación que no fue enjuiciada en la sentencia de primera instancia al haber estimado otra; e) al pronunciarse por primera vez sobre el fondo, cuando revoca la sentencia definitiva absolutoria en la instancia que dejó imprejuzgada la acción sin pronunciarse sobre el fondo.

11. La LEC no establece diferencias para el acceso a la casación atendiendo al tipo de proceso en que se haya dictado la sentencia de segunda instancia por la Audiencia Provincial (art. 466.1).

Por el tipo de proceso, la LEC/2000 no establece limitación alguna como ocurría en la LEC/1881 para conceder el acceso a la casación de las sentencias dictadas en la segunda instancia, según el tipo de proceso (art. 1687 [antes arts. 1689 y1690] LEC/1881); en ella se designaban nominalmente los juicios y los casos en que tales juicios se deberían hallar para reconocer la procedencia del recurso. La LEC/2000 ha modificado la cláusula de implantación del recurso: el criterio de recurribilidad o de procedencia del recurso.

El artículo 466 LEC/2000, aunque su vigencia se halla suspendida por la DF 16ª 2 LEC, no deja de ofrecer una pauta establecida por el legislador respecto

del ámbito del recurso de casación, *contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de procesos civil*, que se explica suficientemente en la EM: «*el propósito de no excluir de ella [la casación] ninguna materia civil o mercantil*».

Esta amplitud de apertura del recurso de casación, contraria a la estrechez establecida en la ley anterior que fue objeto de sucesivas interpretaciones jurisprudenciales restrictivas, asienta seguramente la afirmación de que en todo caso que se haya dictado sentencia en segunda instancia, ésta será susceptible del recurso de casación, siempre que reúna los requisitos establecidos en la ley (art. 477).

Por esta razón, podemos afirmar que toda sentencia dictada por la Audiencia Provincial al conocer del recurso de apelación interpuesto contra una sentencia definitiva que terminó el curso ordinario del primer grado del procedimiento, en cualquier tipo de proceso civil, principal o incidental que da lugar a una (primera) instancia, es sentencia de segunda instancia susceptible de ser recurrida en casación.

X. EL CAMBIO DE DOCTRINA Y SUS EFECTOS

Es preciso realizar un esfuerzo final para establecer una relación consistente y comparativa entre lo que llevamos dicho y los efectos de la interpretación efectuada por el auto comentado. Tanto el TS como el TSJA, en la *jurisprudencia* expuesta, ofrecen una interpretación de la regulación del proceso establecido en el art. 809.4 que, dando la espalda a planteamientos doctrinales bien asentados, conduce a un ensanchamiento, no legal, de los criterios de la selección de asuntos que tiene su reflejo en un estrechamiento del acceso a la casación, el cual no está inspirado en la EM de la LEC: «*el propósito de no excluir de ella [la casación] ninguna materia civil o mercantil*» que queda explicitada en el art. 466.1 LEC, en suspenso, pero esclarecedor de la voluntad del legislador, no restringida, modificada o matizada por el tenor de la Disposición final Decimosexta, que rige transitoriamente en materia de recursos extraordinarios.

1. EL PUNTO DE PARTIDA

Es conocida la respuesta de la Junta General de Magistrados de la Sala Primera, de lo civil, del Tribunal Supremo, de 12 de diciembre de 2000, a la nueva regulación de la casación, según consta en el Acuerdo de esa fecha. Los propósitos del legislador, manifestados en la EM: a) el de «*no excluir de ella [la casación] ninguna materia civil o mercantil*», de una parte; y b) el de que «*el interés casacional, es decir, el interés trascendente a las partes procesales que puede presentar la resolución de un recurso de casación, se objective*» en la LEC, de otra parte, quedaron

matizados subjetivamente por la Junta General, abordando precisamente, en esa ocasión, una perspectiva que tiene que ver con el proceso, y no sólo con la sentencia. Volvió a hacer uso del sistema restrictivo que era tenido en cuenta en la anterior LEC/1881 al enlazar tipo de resolución y clase de proceso para abrir la recurribilidad en casación, pero que, según leemos en la EM, había desaparecido en la nueva LEC. Con la interpretación que la Junta General hace del artículo 477.2 en relación con los arts. 249.1 y 250.1, sólo podrán recurrirse por interés casacional las sentencias recaídas, por razón de la materia, en el juicio ordinario o en el juicio verbal, así como las sentencias dictadas en los procesos especiales regulados en el Libro IV de la LEC; es decir, que sólo son recurribles por interés casacional las sentencias dictadas en procesos en los que el procedimiento que deba tramitarse se haya fijado por razón de la materia. Por otra parte, la referida Junta General, tomando apoyo en el art. 477 en el que el recurso de casación se limita a las sentencias, incrementaba el peso de la restricción admitiéndolo sólo cuando el tipo de resolución procedente fuera una sentencia y no un auto.

El razonamiento, inserto en los autos, que excluye de la casación las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales con motivo de los recursos de apelación interpuestos contra las dictadas por los Juzgados de primera instancia en los procedimientos surgidos en la formación del inventario, añade al anterior ejercicio de limitación del acceso a la casación, un nuevo modo subjetivo de selección de asuntos que no está amparado por la ley.

El TSJA, en otras ocasiones, ha manifestado sentirse desligado de la interpretación que el TS haya efectuado al aplicar las normas procesales que regulan el recurso de casación, poniendo de relieve que no le obligan los criterios del referido Acuerdo ni ningún otro²⁰. En este caso, como hemos anotado al principio, la Sala de lo Civil se ha sentido obligada por una «*jurisprudencia vinculante del Tribunal Supremo*», hasta el punto de afirmar: «*En atención al carácter complementario del ordenamiento jurídico que el 1.6 del Código Civil atribuye a la doctrina reiteradamente establecida por la jurisprudencia del Tribunal supremo procede modificar el criterio mantenido hasta la fecha por esta Sala Civil y Penal, y acordar la inadmisión del recurso de casación interpuesto*».

En este caso, el TSJA ha seguido el criterio restrictivo iniciado por el TS. Dos son los pilares esenciales de la argumentación para exclusión de la casación en el auto de 16 de abril de 2010; recordémoslos:

1. «...sólo tienen acceso a la casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales (art. 477.2 de la LEC), lo que excluye el recurso cuando la sentencia cuyo acceso a casación se pretende no puso fin a una verdadera segunda instancia, como ocurre en los supuestos de sentencias recaídas en apelación cuando la dictada por el Juez de Primera Instancia no puso fin a la tramitación ordinaria del proceso, sino a un incidente suscitado en el mismo».

²⁰ V. STSJ de Aragón de 29 de septiembre de 2001 afirmando su soberanía para interpretar la norma de la Disposición Final 16ª LEC en forma distinta a como lo venía haciendo la Sala Primera del Tribunal Supremo como consecuencia del referido Acuerdo en lo que atañe a los requisitos procesales para admitir el recurso de casación, cuando se tratara de asuntos de su competencia.

2. «*Conviene insistir en este punto, que a ello no obsta que la Sentencia impugnada se haya dictado en un procedimiento seguido como verbal, ya que nos hallamos ante un incidente de índole declarativa dentro de un procedimiento de liquidación, (...) siendo irrelevante a tal efecto la circunstancia de que el legislador de la nueva LEC 2000, que, en el caso de discrepancias sobre la formación de inventario y valoración de los bienes se remite al cauce del juicio verbal (art. 809. 2 LEC 2000) (...)*».

2. NUEVA FORMA DE SELECCIÓN DE LOS ASUNTOS

Tanto en el auto del TSJ, como en la jurisprudencia del TS mencionada por aquél, en su fundamentación, se hace una interpretación de los correspondientes preceptos que en la LEC/2000 (art. 477.2) y LCFA (art. 2) establecen el objeto del recurso de casación. En definitiva están interpretando una regla de selección de asuntos para la casación. Veamos el sentido de estas reglas.

Hemos dicho ya anteriormente que en la LEC/1881 las reglas de selección de asuntos tomaban como parámetros tres elementos: a) las resoluciones (sentencias, determinados autos y ciertas resoluciones para las que expresamente se admitiera el recurso en las circunstancias y conforme a los requisitos que vinieran establecidos); b) la clase de procesos (con una nómina que fue modificándose durante la vigencia de la ley); y c) la instancia (resoluciones de segunda instancia o de recurso de apelación; y algunas sentencias de primera instancia).

En la LEC/2000, el art. 477.2 establece una regla general de selección con estos dos elementos: a) la resolución; y b) la instancia en que se dicta. El art. 2 LCFA sigue la misma pauta. Se señalan como objeto del recurso únicamente las sentencias; se excluyen los autos. Asimismo, se limita el acceso sólo a los recursos contra las sentencias de segunda instancia; en modo alguno cabe el recurso contra las sentencias de primera instancia. Una y otra ley añaden que las sentencias de segunda instancia deberán ser dictadas por la Audiencia Provincial. Por eso, no son recurribles en casación las sentencias dictadas por los Juzgados de primera instancia (aun siendo sentencias de segunda instancia) al conocer en segunda instancia, resolviendo los recursos de apelación interpuestos contra las sentencias dictadas en primera instancia por los Juzgados de Paz de sus respectivos partidos judiciales. Tampoco son recurribles en casación las sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia en los procesos mencionados en el art. 73.2 a) y b) LOPJ.

Finalmente, se ha suprimido la referencia determinante de la clase de proceso; por consiguiente, no existe razón alguna para excluir las sentencias de segunda instancia dictadas en uno u otro tipo de proceso. Al ser general, esta regla debe aplicarse en todo caso, sin restricciones, salvo que el legislador las imponga.

El legislador estatal ha matizado la regla general de recurribilidad al ordenar el régimen de los recursos en los incidentes concursales; el art. 197.7 LC establece una regla especial de selección de asuntos para la casación; el recurso no se concede frente a todas las sentencias dictadas por las Audiencias, sino, partiendo de los criterios de admisión previstos en la LEC, sólo frente a las relativas

a la aprobación o cumplimiento del convenio, a la calificación o conclusión del concurso, o las que resuelvan acciones de las comprendidas en las secciones tercera y cuarta; aquí se dirige la gestión selectiva al contenido (objeto) del proceso en que recae la sentencia.

El TS, al interpretar con carácter restrictivo el tipo de resoluciones recurribles en casación, ha afirmado que sólo son recurribles las sentencias de segunda instancia, acudiendo, para resolver esta cuestión, a calificar de primera instancia la tramitación anterior al segundo grado del conocimiento del asunto por el procedimiento reduccionista de asimilar cuestión incidental con proceso incidental.

Ahora bien, sin negar que las cuestiones incidentales, que no crean una instancia distinta de aquella en la que surgen, no tienen acceso a la casación, nos parece que el sentido de las normas del art. 477.2 LEC y 2 LCFA es disponer que sólo las sentencias definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales tienen acceso a la casación. Dicho esto, se niega que tengan acceso a tal recurso los autos de las Audiencias y también las sentencias dictadas en primera instancia por los Juzgados de primera instancia. En esto consiste el giro impuesto por la nueva regulación de la casación frente a las normas de la anterior LEC/1881 en la que se admitía, respecto de ciertos casos, el recurso de casación frente a autos dictados en grado de apelación (sin ser una segunda instancia) y frente a sentencias de primera instancia (casación *per saltum*). La norma actualmente es taxativa y, de por sí, restrictiva. Pero no debe irse en la interpretación más allá de lo que corresponde.

Así, en el art. 197.7 LC, que también contiene una norma de selección de asuntos en la casación, se lleva a cabo esta selección, no, como lo hace la LEC, calificando a la sentencia como de segunda instancia, sino diciendo llanamente: «*las sentencias dictadas por las audiencias*». En su referencia a la clase de incidentes concursales en los que cabe el recurso de casación, se advierte que no se trata de los que cobijan meras «cuestiones incidentales» en sentido propio, sino de los «*procesos incidentales*», en el sentido que hemos expuesto antes. En definitiva, en los mismos procesos de los que antes y después de la vigencia de la nueva LEC el TS calificó como *incidentes* para excluirlos del recurso de casación.

Entendemos que no es preciso introducirse en la dificultosa cuestión de separar apelación y segunda instancia para repartir asignaciones de recurribilidad en casación, dependiendo de la situación que ocupa, respecto de otros pleitos, el proceso en el que se ha dictado la sentencia.

Es suficiente mirar la ordenación procedimental de los incidentes; terminados por auto tanto en el primer grado como en el segundo, nunca tendrán acceso a la casación, porque a ella sólo acceden las sentencias. La exclusión, pues, no deriva de la *clase* de proceso, sino de la *resolución* recaída en él. Y si faltara todavía un mínimo de convencimiento sobre esta interpretación, bastaría mirar seguidamente al trámite procedimental del juicio sobre inclusión, exclusión de bienes o valoración de partidas, para comprobar que, como hemos dicho antes, no es el de los incidentes, porque no es una *cuestión incidental*. Pero, sobre todo,

para confirmar que tal proceso termina con una sentencia, que, de ser recurrida en apelación, ésta será resuelta también por una sentencia.

De decir «*trámite incidental*» o «*cuestión incidental*», a decir proceso seguido por los trámites del «*juicio verbal*» (aunque éste sea un proceso incidental) hay algo más que un asunto de terminología; hay todo un universo de conceptos y de realidad práctica: distinto modo de incoación, distinto procedimiento, distinto tipo de resolución y, por fin, distinto régimen y clase de recursos. La lectura de la LEC así lo expresa.

3. UNA QUIEBRA EN LA FORMACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Por lo que atañe a la materia que se ventila en este proceso incidental, podemos decir, sin temor a errar ostentosamente, que en bien pocos otros procesos podrán obtenerse tan abundante número de sentencias sobre la calificación de los bienes de los cónyuges aragoneses, como en el proceso incidental sobre la inclusión o exclusión de bienes en el inventario, ya que en esta circunstancia de la disolución y posterior liquidación del régimen matrimonial, es cuando se suscitan habitualmente tales cuestiones (piénsese en los arts. 1392 y 1393 CC; y 541 LEC). Quizá no se plantee nunca problema alguno interpretativo del régimen económico matrimonial (citado expresamente en el preámbulo de la LCFA) al resolver, en el proceso incidental del art. 809 LEC, las cuestiones suscitadas en la formación del inventario para la liquidación del régimen económico matrimonial, que sea preciso uniformar jurisprudencialmente sobre la interpretación. Pero si llegara a surgir la necesidad de uniformar jurisprudencialmente la interpretación de los arts. 211 a 217 (bienes comunes y privativos) y 218 a 226 (deudas comunes y privativas) del citado código, realizada en esos procesos, esa nueva doctrina, mantenida en el auto del TSJA, se constituye en la llave de clausura para la función revitalizadora de nuestro Derecho (...) y complementadora del ordenamiento civil aragonés preconizada en el preámbulo de la LCFA.

Principal importancia tiene este asunto de abandonar el criterio seguido por la Sala de lo civil del TSJ hasta ese momento, cuando se trata de interpretar una ley (la LCFA) cuya razón de ser es la de «*permitir al Tribunal Superior de Justicia de Aragón crear la jurisprudencia que complementa el ordenamiento civil aragonés mediante la interpretación y aplicación de la ley, la costumbre y los principios generales en los que se inspira nuestro ordenamiento*», ya que se trata de «*hacer posible la utilización de este recurso en un número mayor de litigios sobre Derecho civil aragonés*» (Del preámbulo de la LCFA). Para eso precisamente, separándose de los criterios restrictivos impuestos por la Junta General antes citada, reiterada en centenares de autos de inadmisión de recursos de casación o de resolución de recursos de queja y sancionados por el Tribunal Constitucional, el legislador aragonés dispone que «*el interés casacional podrá invocarse aunque la determinación del procedimiento se hubiese hecho en razón de la cuantía*» (art. 2.2 LCFA): vivaz eco del precepto del art. 466.1 LEC que no mira, para tenerlo en cuenta, el tipo de proceso en orden a determinar la procedibilidad del recurso de casación.