

A) RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN (2008-2010)

1

NÚM. 1

S. TS de 14 de noviembre de 2008

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: DERECHO PROCESAL:

La recurrente funda su recurso de casación en infracción de los artículos 1.278 y concordantes del Código civil, en relación con la Compilación del Derecho foral de Aragón en materia sucesoria. El motivo es inadmisibile por cuanto infringe la reiterada doctrina de esta Sala que niega que pueda fundamentarse un motivo casacional en la cita de preceptos concordantes, sin señalar cuál o cuáles resultan ser los infringidos. Estas deficiencias procesales debieron dar lugar a su inadmisión y ahora se convierten en causas de desestimación. 75: LEGÍTIMA: TÍTULO DE ATRIBUCIÓN: Impugnación: El recurrente pretende impugnar la asignación de legítima que su madre hizo en favor de su otra hija, hermana del recurrente, en escritura pública. La Sala afirma que el recurrente carece de legitimación para impugnar la escritura de asignación legitimaria por falta de consentimiento, pues no fue parte en la misma, sólo lo fueron su madre doña Marta y su hija Carina, ni ha demostrado aquél el más mínimo interés legítimo en que se declarase la nulidad.

DISPOSICIONES CITADAS: *Compilación del Derecho foral de Aragón en materia sucesoria; arts. 1214, 1232, 1233, 1261, 1274, 1277, 1282, 1300 Cc; art. 131 Lh.; art. 10-1 LGDCU, arts. 1 y 9 de la Ley Azcárate; art. 24 CE.*

PONENTE: *Excmo. señor don Antonio Gullón Ballesteros.*

En la Villa de Madrid, a catorce de noviembre de dos mil ocho.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Huesca con fecha 17 de marzo de 1999, como consecuencia de los autos de juicio ordinario de menor cuantía seguidos ante el Juzgado de Primera instancia de Fraga, sobre diversos extremos, cuyos recursos fueron interpuestos respectivamente por doña Carina, defendida por el Letrado don Miguel Fausto López Martín y representada por el procurador de los Tribunales don Inocencio Fernández Martínez, y por don José Antonio, defendido por el letrado don Ricardo Ibáñez Castresana y representado por la procuradora de los Tribunales doña María José Moreno Díaz (ambos recurridos de contrario).

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Ante el Juzgado de Primera Instancia de Fraga, fueron vistos los autos de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, instados por don José Antonio y doña Carina, contra doña Marta, y contra la Caja Rural Provincial de Huesca, y a la Caja de Ahorros de Zaragoza, Aragón y Rioja, ahora llamada iberCaja, sobre acción de nulidad de escritura de asignación legitimaria, nulidad de escritura de préstamo por falta de título de dominio de bienes hipotecados y alternativamente, acción de rescisión por falta de consentimiento por ignorancia de la otorgante de la fiducia sucesoria y por las partes prestatarias. Por la parte actora se formuló demanda con arreglo a las prescripciones legales, alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicando se dictase sentencia por la que se declarase:

«1.º Que es nula e inexistente la escritura de fecha 18 de febrero de 1986, otorgada ante el notario don José Corbí Coloma, con número de protocolo 122, por doña Marta, a favor de doña Carina, de asignación legitimaria, o alternativamente declare su rescisión por falta de consentimiento por ignorancia de la otorgante a lo que otorgaba.

2.º La nulidad de la escritura de préstamo por falta de título de dominio de los inmuebles hipotecados o alternativamente su rescisión por falta de consentimiento por ignorancia de lo que se otorgaba por parte de los prestatarios.

3.º Nulo el préstamo por incurrir en las causas previstas en la Ley de 23 de julio de 1908 sobre Contrato de préstamo y Usura, esto es, haberse producido simulación y encubrimiento de otro préstamo, o suponer el recobro de otra cantidad adeudada, no habiendo entrega real del dinero ni opción a poder dar otro destino que no fuera en favor de las propias entidades financieras prestatarias.

Ordenar en el Registro de la Propiedad de Fraga la cancelación de las inscripciones de las siguientes escrituras de asignación

legitimaria otorgada por doña Marta en favor de doña Carina, ante el notario don José Corbí Coloma, el 18 de febrero de 1986, con número de protocolo 122 y la de préstamo con garantía hipotecaria otorgada por don José Antonio, doña Carina, doña Marta, La Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja, y la Caja Rural Provincial de Huesca, ante el notario don José Corbí Coloma, el 18 de febrero de 1986, y número de protocolo 123.

Condenar en costas a los demandados por ser preceptiva y su manifiesta mala fe. La codemandada doña Marta, compareció en el Juzgado, aviniéndose a la sentencia que en su día se dictase.»

Admitida a trámite la demanda y emplazadas las mencionadas partes demandadas, su representante legal la contestó oponiéndose a la misma, con base en los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, para terminar suplicando se dictase sentencia por la que «se desestimase la demanda y se absolviese de la misma a sus representadas».

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 1 de marzo de 1995, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Que desestimando íntegramente la demanda presentada por don José Antonio y doña Carina, contra doña Marta, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja, y Caja Rural Provincial de Huesca, debo absolver y absolver a los codemandados de lo contenido en el suplico de la demanda con imposición de costas a la parte actora.»

Segundo: Preparado e interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de 1.ª Instancia por la representación de Carina y don Luis Andrés (este último fallecido), adhiriéndose al mismo doña Marta y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Huesca, con fecha 17 de marzo de 1999, dictó sentencia con la siguiente parte dispositiva: «Fallamos. Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de doña Carina y don Luis

Andrés (este último fallecido), habiéndose personado en beneficio de su comunidad hereditaria su hijo José Antonio, y desestimando también la adhesión formulada por la apelada.

Tercero: Contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Huesca, con fecha 17 de marzo de 1999, se han interpuesto dos recursos de casación:

a) La Procuradora de los Tribunales doña María José Moreno Díaz, en nombre y representación de don José Antonio, interpuso contra la citada sentencia de la Audiencia de Huesca recurso de casación, con base en los siguientes motivos:

El motivo primero, al amparo del artículo 1.692.4.º LECiv de 1881 (LEG 1881, 27) acusa infracción de los artículos 1.261 y 1.277 del Código civil (LEG 1889, 27), en relación con el préstamo con garantía hipotecaria y la asignación hereditaria a doña Carina. El motivo segundo, al amparo del artículo 1.692.4.º LECiv de 1881, acusa infracción a los artículos 1232 y 1233 del Código civil. En su defensa se alega la doctrina que prohíbe ir contra los actos propios. El motivo tercero, al amparo del artículo 1.692.4.º LECiv de 1881, alega infracción del antiguo 1.214 Código civil. El motivo cuarto, al amparo del artículo 1.692.4.º LECiv de 1881, acusa infracción de los artículos 1.261, 1.274 y 1.282 del Código civil. El motivo quinto, al amparo del artículo 1.692.4.º LECiv de 1881, acusa infracción de su artículo 359 en relación con el artículo 24 CE. El motivo sexto, al amparo del artículo 1.692.4.º LECiv, acusa infracción del artículo 10.1 de la Ley 26/1984 (RCL 1984, 1906), General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en relación con la Ley 7/1998, de 13 de abril (RCL 1998, 960), de Condiciones Generales de la Contratación, por cuanto la escritura de constitución de hipoteca cuya nulidad se pide contiene cláusulas abusivas, mencionando las de vencimiento anticipado e intereses. También se citan como infringidos los artículos 1 y 9 de la Ley Azcárate de 23 de julio de 1908, de

represión de la usura. El motivo séptimo, al amparo del artículo 1.692-3.º, inciso segundo, el único precepto que se denuncia como infringido es el artículo 24 CE (RCL 1978, 2836).

b) Asimismo la procuradora de los Tribunales doña María José Moreno Díaz, en nombre y representación ante este Tribunal de don José Antonio, interpuso recurso de casación contra la mencionada sentencia de la Audiencia de Huesca, con apoyo en los siguientes motivos:

El motivo primero, al amparo del artículo 1.692-3.º LECiv de 1881, acusa vulneración del derecho a un juez imparcial, consagrado en el artículo 24.2 CE. El motivo segundo, al amparo del artículo 1.692-4.º LECiv de 1881, acusa infracción del artículo 1.278 y concordantes del Código civil, en relación con la Compilación del Derecho foral aragonés (RCL 1967, 704, 756) en materia sucesoria. El motivo tercero, al amparo del artículo 1.692-4.º LECiv, acusa infracción de los artículos 1.261-1 y 1.300 y «concordantes de ambos» del Código civil. El motivo cuarto, al amparo del artículo 1.692-4.º LECiv, acusa infracción de los artículos 1.261-2, 1.300 y concordantes del Código civil, respecto de la escritura de asignación legítima.

Cuarto: Admitido los recursos y evacuados los traslados conferidos para impugnación, las procuradoras doña María José Moreno Díaz y doña María José Moreno Díaz, en sus respectivas representaciones como recurridas de contrario, presentaron escrito con oposición al mismo.

Quinto: No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública, se señaló para Vista el día 3 de noviembre de 2008, en que ha tenido lugar.

Ha sido ponente el magistrado Excmo. señor don Antonio Gullón Ballesteros.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Preliminar: Los cónyuges don Luis Andrés y doña Carina demandaron por las

reglas del juicio de menor cuantía a doña Marta, a la Caja Rural Provincial de Huesca, y a la Caja de Ahorros de Zaragoza, Aragón y Rioja, ahora llamada iberCaja. Se solicitaba por los actores que se dictase sentencia con estos pedimentos:

«1.º Que es nula e inexistente la escritura de fecha 18 de febrero de 1986, otorgada ante el notario don José Corbí Coloma, con número de protocolo 122, por doña Marta, a favor de doña Carina, de asignación legitimaria, o alternativamente declare su rescisión por falta de consentimiento por ignorancia de la otorgante a lo que otorgaba.

2.º La nulidad de la escritura de préstamo por falta de título de dominio de los inmuebles hipotecados o alternativamente su rescisión por falta de consentimiento por ignorancia de lo que se otorgaba por parte de los prestatarios.

3.º Nulo el préstamo por incurrir en las causas previstas en la Ley de 23 de julio de 1908 sobre Contrato de préstamo y Usura, esto es, haberse producido simulación y encubrimiento de otro préstamo, o suponer el recobro de otra cantidad adeudada, no habiendo entrega real del dinero ni opción a poder dar otro destino que no fuera en favor de las propias entidades financieras prestatarias.

Ordenar en el Registro de la Propiedad de Fraga la cancelación de las inscripciones de las siguientes escrituras de asignación legitimaria otorgada por doña Marta en favor de doña Carina, ante el notario de don José Corbí Coloma, el 18 de febrero de 1986, con número de protocolo 122 y la de préstamo con garantía hipotecaria otorgada por don Luis Andrés, doña Carina, doña Marta, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja, y la Caja Rural Provincial de Huesca, ante el notario don José Corbí Coloma, el 18 de febrero de 1986, y número de protocolo 123.»

El Juzgado de 1.ª Instancia desestimó la demanda, siendo confirmada su sentencia en grado de apelación.

Contra la sentencia de la Audiencia han interpuesto sendos recursos de casación don José Antonio, sucesor del fallecido don Luis Andrés, y doña Carina.

a) Recurso de don José Antonio (como sucesor del actor por el fallecimiento don Luis Andrés).

Primero: El motivo primero, al amparo del artículo 1.692-4.º LECiv de 1881 (LEG 1881,1), acusa infracción de los artículos 1.261 y 1.277 del Código civil (LEG 1889, 27), en relación con el préstamo con garantía hipotecaria y la asignación hereditaria a doña Carina.

Por lo que se refiere a la escritura pública que contiene dicha asignación, alega: (i) que no se sabe si hizo su madre doña Marta una asignación hereditaria o legitimaria a su hija doña Carina; (ii) que doña Marta no tenía una fiducia sucesoria sobre los bienes de la herencia de su esposo don Pedro Francisco, y que lo concertado entre ellos fue un pacto al más viviente, por lo que aquella podía disponer de los bienes pero con el consentimiento de los parientes designados en la Compilación aragonesa; (iii) que existía causa torpe por oscuridad y falta de consentimiento de la abuela y su madre; (iiii) que la escritura había sido alterada *a posteriori*.

En cuanto a la infracción del artículo 1.277, la funda en que las prestatarias no llegaron a recibir el dinero objeto del préstamo.

El motivo, cuya esencia se ha expuesto, se desestima por lo que a continuación se dice.

El recurrente carece de toda legitimación para impugnar la escritura de asignación legitimaria por falta de consentimiento de 18 de febrero de 1986, pues no fue parte en la misma sino doña Marta y su hija doña Carina, ni ha demostrado el más mínimo interés legítimo en que se declare la nulidad.

En cuanto a la falta de causa del contrato de préstamo, el recurrente afirma lo contrario de lo que la sentencia recurrida

da como probado: que el dinero del préstamo hipotecario se ingresó en las cuentas especificadas en la escritura (f. de derecho cuarto). Se está, pues, ante una mera cuestión probatoria, sin que se haya articulado motivo casacional específico combatiendo la valoración de la instancia, con cita de los preceptos atinentes a esa labor probatoria que se hubiesen infringido. En su lugar, se citan dos preceptos sustantivos para pretender la revisión de toda la prueba, creyéndose gratuitamente que el recurso de casación es una instancia más del pleito, lo que esta Sala ha negado (sentencias de 9 de diciembre de 2001 y 20 de diciembre de 2002 [RJ 2002, 10932], entre otras muchas).

Por todo ello el motivo se desestima.

Segundo: El motivo segundo, al amparo del artículo 1.692-4.º LECiv de 1881 (LEG 1881, 1), acusa infracción a los artículos 1.232 y 1.233 del Código civil (LEG 1889, 27). En su defensa se alega la doctrina que prohíbe ir contra los actos propios.

El motivo, de una acusada deficiencia procesal, se desestima porque en toda su fundamentación está ausente el más mínimo examen de la confesión judicial de doña Marta, para confrontarla con la valoración judicial que se hace de ellas y, en consecuencia, demostrar cómo los artículos 1.232 y 1.233 se han infringido. Únicamente se expone la opinión del recurrente.

Tercero: El motivo tercero, al amparo del artículo 1.692-4.º LECiv de 1881 (LEG 1881, 1), alega infracción del antiguo 1214 Código civil (LEG 1889, 27). En su defensa expone la recurrente: «la sentencia atacada se basa en alegatos de parte e indicios, dando por buena la alegación de la parte demandada en cuanto a la validez de la escritura y la fiducia establecida, sin que dicha postura (menos razonable que la contraria, defendida en la demanda) encuentre apoyo fáctico terminante; ello nos lleva a valorar que ha habido vulneración de la distribución de la carga de la prueba: quien tiene el crédito reconocido en escri-

tura, tiene que probar además su existencia y justificación y la causa del mismo, cuando se acredita que no hay justificación para dicho negocio, sino el lucro de la entidad financiera».

El motivo se desestima por su evidente error en relación con la carga probatoria. No es el prestamista el que tiene que probar, sino los prestatarios que reconocen deber la cantidad prestada. El acreedor que tiene reconocido un crédito a su favor por el deudor goza de la presunción favorable a su existencia (art. 1277 Código civil [LEG 1889, 27]). Corresponde al deudor la carga de probar su inexistencia, lo que aquí no han hecho los prestatarios.

Cuarto: El motivo cuarto, al amparo del artículo 1.692-4.º LECiv de 1881 (LEG 1881, 1), acusa infracción de los artículos 1.261, 1.274 y 1.282 del Código civil (LEG 1889, 27). Como fundamento se recogen frases de sentencias de esta Sala alusivas a la interpretación de los contratos, para terminar diciendo que será esta Sala la que considere si la interpretación dada a las escrituras, cuya nulidad se pide, por la instancia es lógica y ajustada a Derecho.

El motivo se desestima. Además de citarse como infringidos artículos que nada tienen que ver con la interpretación de los contratos (arts. 1.261 y 1.274), se olvida de que esta Sala tiene declarado en innumerables sentencias que la efectuada en la instancia ha de quedar incólume en casación, salvo que se demuestre que es ilógica, absurda, arbitraria o vulneradora de las normas legales. Ninguno de estos supuestos se ha probado que concurra, pues la referencia al artículo 1.281 es únicamente eso; una referencia sin valor alguno, al no ir acompañada de acusaciones específicas (cómo y por qué se ha infringido).

Quinto: El motivo quinto, al amparo del artículo 1.692-4.º LECiv de 1881 (LEG 1881, 1), acusa infracción de su artículo 359 en relación con el artículo 24 CE (RCL 1978, 2836). Dice el recurrente que la sentencia recurrida es incongruente porque resuelve en contra de la prueba obrante en autos y

en contra del principio «secundum probata», continuando la fundamentación con su interpretación propia, contraria a la de la Audiencia.

El motivo se desestima porque es doctrina de esta Sala la de que las sentencias absolutorias no son incongruentes, salvo que se basen en excepciones no alegadas o que no son estimables de oficio (sentencias de 30 de junio de 1988 [RJ 1988, 5199] y 4 de marzo de 1991 [RJ 1991, 1712] y las que en ellas se citan, entre otras muchas): En el motivo no se demuestra que concurren en la sentencia recurrida estas circunstancias para hacerla incongruente, sino que se expresa un criterio contrario al mantenido por el juzgador. Además, el motivo debió ampararse en el ordinal 3.º, inciso primero, del artículo 1.692 LECiv de 1881, y no en el cuarto.

Sexto: El motivo sexto, al amparo del artículo 1.692-4.º LECiv (LEG 1881, 1), acusa infracción del artículo 10.1 de la Ley 26/1984 (RCL 1984, 1906) General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en relación con la Ley 7/1998, de 13 de abril (RCL 1998, 960), de Condiciones Generales de la Contratación, por cuanto la escritura de constitución de hipoteca cuya nulidad se pide contiene cláusulas abusivas, mencionando a las de vencimiento anticipado e intereses. También se cita como infringido el artículo 1 y 9 de la Ley Azcárate de 23 de julio de 1908, de represión de la usura.

El motivo se desestima por las razones siguientes.

La Ley 7/1998 no se había promulgado al otorgarse la escritura pública de hipoteca, ni al presentarse la demanda origen de este pleito. Dicha Ley no contiene ninguna disposición que ordene su retroactividad, salvo la de la inscripción de los contratos que contengan condiciones generales en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, cuestión ajena a la queja casacional.

La infracción de Ley 26/1984 no fue alegada en la demanda como causa de nulidad, ni aparece como tal siquiera en el

acto de la vista del recurso de apelación, según el texto de la sentencia recurrida.

Es evidente, por otra parte, que la nulidad de la cláusula no puede pronunciarse sin oír los argumentos que pudiera esgrimir en su favor la contraparte. Dígase lo mismo de la posterior Ley 13/2005, de 1 de julio (RCL 2005, 1407), que modificó la Ley 26/1984.

Por tanto, denunciando la infracción de las leyes citadas, se trata de introducir una cuestión nueva en el recurso de casación, que esta Sala veda reiteradamente (sentencias de 4 de junio de 1994 [RJ 1994, 4583], 29 de enero de 2001 [RJ 2001, 513], 28 de enero [RJ 2002, 419] y 18 de febrero de 2002 [RJ 2002, 2714] y 7 de noviembre de 2005 [RJ 2005, 7719], entre otras muchas).

Por último, en cuanto a la Ley Azcárate de represión de la usura, el recurrente no ha demostrado que la escritura de préstamo con garantía hipotecaria se encuentre en algunos de los supuestos previstos en su artículo 1.º. Sobre este particular, además, no consta que se alzase en el recurso de apelación, por lo que se aquietó, con la desestimación que contenía la sentencia de primera instancia de la petición de la demanda de que la escritura de préstamo incurriera en usura prevista por la citada Ley Azcárate.

Séptimo: El motivo séptimo, al amparo del artículo 1.692-3.º inciso segundo, el único precepto que se denuncia como infringido es el artículo 24 CE (RCL 1978, 2836). En su confusa fundamentación se queja de una falta de acumulación de todos los procedimientos civiles y de falta de traslado de los mismos, sin ninguna concreción; de que resulta complicado resolver sin que los procedimientos penales conexos hayan sido resueltos por resolución firme, con igual grado de inconcreción, y la intervención en estos autos del magistrado don Santiago Serena Puig, que fue recusado en su momento.

El motivo se desestima, pues denunciándose infracción de normas que rigen los actos y garantías procesales, no se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 1693

LECiv de 1881 (LEG 1881, 1), particularmente la demostración de la indefensión sufrida, que no ha de ser simplemente formal sino material y sustantiva, de modo que la infracción denunciada tenga influencia decisiva en el fallo (sentencias de 7 de mayo [RJ 2007 3097] y 4 de diciembre de 2007 [RJ 2007 8660]). El artículo 24 CE en modo alguno supuso la derogación del artículo 1.693 LECiv de 1881. Por ello, no basta con citar el precepto constitucional, sino que necesariamente ha de ponerse en relación con las normas infringidas, precisas y determinadas, y esto no lo hace el recurrente.

Por último, en cuanto a la recusación del magistrado citado, ha de resaltarse que los incidentes de recusación, que llegaron a alcanzar a todos los magistrados de la Audiencia Provincial de Lérida, dieron lugar a los correspondientes incidentes de recusación, resueltos por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en sentido desestimatorio.

Octavo: La desestimación de los siete motivos del recurso lleva consigo la de éste con condena en costas al recurrente (art. 1.715-3.º LECiv de 1881 [LEG 1881.1]).

B) Recurso de doña Carina

Primero: El motivo primero, al amparo del artículo 1.692-3.º LECiv de 1881 [LEG 1881, 1], acusa vulneración del derecho a un juez imparcial, consagrado en el artículo 24.2 CE (RCL 1978, 2836). Según la recurrente, la intervención del magistrado don Santiago Serena Puig en el procedimiento sumario ejecutivo del artículo 131 LH (RCL 1946, 886) (en su antigua redacción, cuando era titular del Juzgado de 1.ª Instancia de Huesca) y en la sentencia que se recurre, que resuelve recurso de apelación contra la de primera instancia, vulnera el derecho que tiene todo justiciable a un proceso con todas las garantías al venir contaminado por su intervención en la primera instancia.

La queja casacional es incomprensible, pues el Tribunal Superior de Justicia de Aragón ya se pronunció en los incidentes de recusación promovidos por la recurrente

contra don Santiago Serena Puig, desestimándolos.

Por todo ello el motivo se desestima.

Segundo: El motivo segundo, al amparo del artículo 1.692-4.º LECiv de 1881 (LEG 1881, 1), acusa infracción del artículo 1.278 y concordantes del Código civil (LEG 1889, 27), en relación con la Compilación del Derecho foral aragonés (RCL 1967, 704, 756) en materia sucesoria.

El motivo es inadmisibles por cuanto infringe la reiterada doctrina de esta Sala que niega que pueda fundamentarse un motivo casacional en la cita de preceptos concordantes, sin señalar cuál o cuáles se reputan infringidos, que es carga que imponía el artículo 1.707 LECiv de 1881 al recurrente (sentencias de 11 de mayo de 2000 [RJ 2000. 3109] y 31 de julio de 2002 [RJ 2002, 8437], entre otras muchas).

El mismo vicio se observa al remitirse el motivo indiscriminadamente a las normas del Derecho sucesorio de la Compilación Foral de Aragón.

Estas deficiencias procesales debieron dar lugar a su inadmisión, y ahora se convierten en causas de desestimación (sentencias de 29 de julio de 1994 [RJ 1994, 5529], 22 de septiembre de 1995 [RJ 1995, 6494] y 18 de junio de 2001, entre otras muchas).

Así las cosas, el motivo, desechado en lo que es inadmisibles, sólo contiene una referencia específica al artículo 1.278 Código civil (LEG 1889, 27), que no se prueba que se haya vulnerado. Es un precepto genérico, cuya invocación no puede convertir a este recurso extraordinario en una tercera instancia (sentencias de 14 de noviembre de 2001 [RJ 2001, 9451] y 23 de noviembre de 2002, entre otras muchas).

Por todo ello el motivo se desestima.

Tercero: El motivo tercero, al amparo del artículo 1.692-4.º LECiv (LEG 1881, 1), acusa infracción de los artículos 1261.1 y 1.300 y «concordantes de ambos» del Código civil (LEG 1889, 27), respecto de las

escrituras públicas de préstamo con garantía hipotecaria. Se fundamenta en que no obraron la recurrente y su madre, también demandada doña Marta, al otorgar las mismas libremente, sino como algo decidido por las entidades crediticias como condición previa para otorgar el préstamo que necesitaban.

El motivo alude inconcretamente a las escrituras de préstamo hipotecario, cuando sólo existe una, la de 18 de febrero de 1996. Antes de su otorgamiento se hizo el mismo día otra por la cual doña Marta asignaba a su hija doña Carina, y respecto a las fincas consorciales que se describían la cuarta parte indivisa en ejecución de los pactos concertados por doña Marta con don Pedro Francisco, en la escritura de capitulaciones matrimoniales de 26 de octubre de 1946. A continuación se otorga la escritura de préstamo con garantía hipotecaria en favor de las entidades crediticias que han sido demandadas por doña Carina, su esposo don Luis Andrés, y doña Marta. Entre las fincas gravadas se encuentran las adjudicadas, en la anterior escritura pública a la de garantía hipotecaria, a doña Carina por su madre doña Marta.

La tesis que se mantiene es la de nulidad de la escritura de asignación a doña Carina por su falta de consentimiento de doña Marta, ya que fue obligada a ello por las entidades prestatarias.

El motivo se desestima. En primer lugar, por volver a incidir en el vicio procesal de fundamentarlo en preceptos concordantes, lo que hemos expuesto que es contrario a la doctrina de esta Sala. En segundo lugar, porque la sentencia de primera instancia no admitió ningún desconocimiento o ignorancia por parte de doña Marta (fundamento de derecho tercero), y la sentencia recurrida hace suyos los razonamientos de aquella sentencia de modo expreso (fundamento de derecho tercero). En tercero y último lugar, porque la cuestión del consentimiento contractual y sus vicios queda sometida a la valoración de las pruebas, y en este recurso no se ha dirigido ningún motivo específico para atacar la de la ins-

tancia, con cita de la norma atinente que se hubiese infringido. El recurso de casación no es la tercera instancia del pleito en la que esta Sala pueda revisar todo el material probatorio. Sólo mediante denuncia casacional puede juzgar si la norma invocada como infringida referente a cuestiones de prueba se hubiera infringido.

Cuarto: El motivo cuarto, al amparo del artículo 1.692-4.º LECiv (LEG 1881, 1), acusa infracción de los artículos 1261.2, 1.300 y concordantes del Código civil (LEG 1889, 27), respecto de la escritura de asignación legitimaria.

La recurrente mantiene que no pudo hacer ninguna asignación legitimaria en favor de la recurrente doña Carina sin haber liquidado antes la sociedad conyugal formada con su fallecido esposo don Pedro Francisco. No podía atribuirse libremente los bienes de doña Marta. Por ello, no hubo objeto cierto en la escritura de constitución de hipoteca.

El motivo se desestima, no sólo por volver a apoyarse en preceptos concordantes, sino porque esta erróneamente planteado, ya que la nulidad que se imputa a la escritura de asignación legitimaria hacía inexcusable un motivo casacional impugnando la interpretación que realizó la Audiencia de los preceptos de la antigua Compilación de Aragón de la fiducia sucesoria, lo cual hubiera exigido la cita de precepto legal o jurisprudencia que se consideraba infringida. Nada de esto se ha hecho; la recurrente sienta ante sí y por sí la nulidad de la ejecución de la fiducia por parte de la fiduciaria doña Marta sin ningún razonamiento contrario a la de la sentencia recurrida, y de ahí salta a la consecuencia que obtiene: la infracción de los preceptos genéricos del Código civil que cita, que por sí mismos hemos dicho con anterioridad que no pueden ser fundamento de ningún motivo casacional.

Quinto: La desestimación de los cuatro motivos del recurso de doña Carina conlleva la de éste, con imposición de costas a la recurrente (art. 1.715-3 LECiv [LEG 1881, 1]).

FALLAMOS

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español:

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por doña Carina y por don José Antonio, contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Huesca, con fecha 17 de marzo de 1999. Con condena en costas a los recurrentes. Sin hacer declaración sobre el depósito al no haberse constituido. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia con devolución de los autos y rollo que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertara en la colección legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Xavier O'Callaghan Muñoz.—Antonio Salas Carceller.—Antonio Gullón Ballesteros.—Rubricado.

PUBLICACIÓN.—Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. señor don Antonio Gullón Ballesteros, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy, de lo que como secretario de la misma, certifico.

2

NÚM. 2

A. TSJA de 19 de junio de 2008

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: DERECHO PROCESAL: A tenor de lo dispuesto en el artículo 214 Lec., los Tribunales no podrán cambiar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar cualquier concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan. En este caso se trata

de un error material ya que debía haberse incluido el nombre del ponente, por lo que debe aclararse de oficio la sentencia en el sentido de hacerse constar al final de los Antecedentes de Hecho el nombre del ponente designado. En razón de lo anterior, la Sala Acuerda: aclarar la sentencia de fecha 10 de junio de 2008 (RDCA-XIV, 2008, marginal 19) con el solo sentido de incluir la final de los Antecedentes de Hecho, que ha sido ponente el Excmo. Sr. Presidente don Fernando Zubiri de Salinas.

DISPOSICIONES CITADAS: art. 214 Lec.

PONENTE: Excmo. señor don Fernando Zubiri de Salinas.

En Zaragoza a diecinueve de junio de dos mil ocho.

ANTECEDENTES DE HECHO

Único: En el recurso de casación núm. 3 de 2008, interpuesto por la procuradora de los Tribunales doña Carmen Redondo Martínez, en nombre y representación de doña Teresita B. C. y don Juan F. R. B., contra don Domingo José L. C. y doña Ana Isabel R. B., representados por el procurador de los Tribunales don Luis Alberto Fernández Fortún, con fecha 10 de junio se dictó Sentencia en la que no aparece, por error, el nombre del Ponente de la misma.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Único: A tenor de lo previsto en el artículo 214 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los Tribunales no podrán cambiar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar cualquier concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan. En este caso, se trata de un error material, ya que debía haberse incluido el nombre del ponente, por lo que debe aclararse de oficio la sentencia, en sentido de hacerse constar al final de los antecedentes de hecho, el nombre del ponente designado.

Visto el artículo citado y demás de general aplicación, la Sala acuerda aclarar la sentencia de fecha 10 de junio de 2008, con el solo sentido de incluir al final de los antecedentes de hecho, que ha sido ponente el Excmo. señor presidente don Fernando Zubiri de Salinas.

Notifíquese la presente resolución a las partes.

Así por este auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

En Zaragoza a treinta de noviembre de dos mil nueve.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación núm. 10/2009, interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en fecha 9 de junio de 2009, recaída en el rollo de apelación núm. 224/2008, dimanante de autos de Juicio Verbal núm. 69/2009, seguidos ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Ejea de los Caballeros, en el que son partes, como recurrente, don Mariano L A, representado por el procurador de los Tribunales don Juan Carlos Jiménez Giménez y dirigido por el letrado don José Ramón Lecumberri Martínez, y como recurrido don Juan Carlos B A, representado por la procuradora de los Tribunales doña Carmen Marquesán Peralta y dirigido por el Letrado don Francisco Barberán Pelegrín.

3

NÚM. 3

S. TSJA de 30 de noviembre de 2009

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Prescripción: *El presente recurso tiene como objeto determinar si la acción para colocar reja y red derivada de la disposición contenida en el artículo 144-2 Comp. prescribe o no por el transcurso de treinta años. La Sala afirma que la prescripción supone la extinción de un derecho y correlativamente, la liberación de una obligación. Para que la misma tenga lugar se requiere i) que el titular del derecho no lo ejercite durante cierto tiempo y ii) que dicha inactividad del titular se mantenga frente a una perturbación o lesión de su interés. En lo que atañe a la colocación de reja y red no se dan tales supuestos, ya que la no colocación de tales protecciones no es en ningún caso un signo aparente de servidumbre, pase el tiempo que pase; por ello, al no haber lesión al interés del propietario colindante, éste nada debe defender; por lo que no se dan los requisitos de la prescripción: en consecuencia la acción es imprescriptible.*

DISPOSICIONES CITADAS: *art. 144-2 Comp. aragonesa.; arts. 444 y 1942 Cc.*

PONENTE: *Ilma. señora doña Carmen Samanes Ara.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El procurador de los Tribunales don José Ignacio Bericat Nogué, actuando en nombre y representación de don Juan Carlos B A, presentó demanda de juicio verbal con base en los hechos y fundamentos que en la misma expresó, suplicando al juzgado: «dicte sentencia por la que se condene a los demandados a: a) Desplazar el toldo en la distancia que resulte necesaria para que deje de invadir la finca del señor B. b) Dotar a las dos ventanas que dan a la terraza del señor B de la reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente a que se refiere el artículo 143.2 de la Compilación del Derecho civil de Aragón. c) Cortar el ramaje de los árboles y plantas de su propiedad, de manera que no invada la del señor B, imponiendo a los demandados las costas del procedimiento».

Por auto de 9 de julio de 2008 se admitió a trámite la demanda, acordando dar traslado a la parte demandada, señalando día para la celebración de la vista que se

celebró con el resultado que obra en las actuaciones.

Segundo: El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en fecha 2 de octubre de 2008, cuya parte dispositiva, subsanada por auto de fecha 31 de octubre, es del siguiente tenor literal: «FALLO: Se estima totalmente la demanda formulada por don Juan Carlos B A, contra don Mariano L A y doña Rosa María E A, y en consecuencia condeno a los demandados a desplazar el toldo de manera que el anclaje no sobrevuele la pared medianera y a dotar a las dos ventanas que dan a la terraza del actor de la reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante a que se refiere el artículo 144 de la Compilación del Derecho civil de Aragón, así como a cortar el ramaje de los árboles y plantas de la propiedad de los demandados de modo que no invadan la del señor B. Se condena a don Mariano L A y doña María E A al pago de las costas del juicio».

Tercero: Interpuesto por la parte demandada, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la citada sentencia, se dio traslado del mismo a la parte contraria, presentando escrito de oposición al recurso planteado de contrario. En fecha 17 de diciembre de 2008, se tuvo por formalizado el trámite de oposición por las partes, remitiéndose las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, ante la que comparecieron en tiempo y forma, y tras los trámites legales se dictó sentencia en fecha 9 de junio de 2009, cuya parte dispositiva dice así: «FALLO: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Mariano L A contra don Juan Carlos B A y la sentencia dictada por la ilustrísima señora juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de los de Ejea de los Caballeros (Zaragoza), a la que el presente rollo se contrae, debemos confirmarla y la confirmamos en su integridad, con imposición de costas al recurrente».

Cuarto: Por el procurador señor Jiménez Giménez, en representación de don

Mariano L A, se presentó en tiempo y forma escrito preparando recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza y una vez que se tuvo por preparado formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en el siguiente motivo: Con amparo en el artículo 477.3 «in fine» de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por considerar que la sentencia recurrida se opone a la doctrina que, acerca de la prescripción extintiva de la acción instada de adverso para dotar a las ventanas de mi poderdante de la reja y red, o protección semejante o equivalente, previstas en el artículo 144.2 de la Compilación del Derecho civil de Aragón, tiene sentada la Audiencia Provincial de Huesca.

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, se dictó en fecha 17 de septiembre de 2009 auto por el que se admitió el recurso a trámite, confiriéndose traslado del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de veinte días para oposición si viere convenirle, lo que hizo dentro de plazo, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 18 de noviembre de 2009.

Es ponente la ilustrísima señora magistrada doña Carmen Samanes Ara.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: En el único motivo de casación en el que se basa el presente recurso, se reputa infringido el artículo 144.2 de la Compilación. Concretamente, y existiendo jurisprudencia contradictoria entre las Audiencias Provinciales de Zaragoza y Huesca, la parte expresa que *la cuestión que mediante el presente recurso se plantea ante la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón es... determinar cuál de esas doctrinas es más correcta con el fin de unificar el criterio respecto a la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de las acciones derivadas de lo dispuesto en el artículo 144.2...*

La cuestión a resolver en el presente recurso de casación se contrae pues, exclu-

sivamente, a la determinación de si como sostiene el recurrente (con apoyo en sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca) prescribe por el transcurso de treinta años la acción para exigir la colocación de reja y red derivada de la disposición contenida en el artículo 144.2 de la Compilación de Derecho civil de Aragón o, por el contrario, no se pierde por prescripción (conforme al criterio mantenido en la sentencia aquí impugnada y las en ella citadas).

Segundo: Se expresa en la sentencia recurrida, con cita de otras anteriores de la propia Audiencia, que con arreglo a la regla *in facultativis non datur praescriptio*, no cabe la prescripción extintiva de la acción para exigir las protecciones y que por desarrollarse las relaciones de vecindad en el ámbito de los actos tolerados, su ejercicio anormal, eludiendo las defensas, no puede dar lugar a prescripción adquisitiva o extintiva de clase alguna.

Frente a ello, argumenta el recurrente que la teoría de los actos tolerados a que se alude ahí, deriva de lo dispuesto en los arts. 444 y 1942 del Código civil –preceptos que se enmarcan dentro de la prescripción adquisitiva o usucapición– que establecen que la posesión por mera tolerancia en modo alguno sirve a efectos de la prescripción adquisitiva. Y razona que en ningún caso pretende la adquisición de un derecho real, sino que lo alegado en el proceso es que la acción (derivada del art. 144.2 de la Compilación) *estaba perjudicada por prescripción extintiva de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1963 del Código civil: transcurso del plazo de treinta años previsto para el ejercicio de la acción legal para así interesarlo... el cumplimiento de las obligaciones no se puede exigir cuando la acción ha prescrito...*

Tercero: Precisaremos en primer lugar que, en rigor, no es adecuado referirse a la prescripción (o prescriptibilidad) de la acción. Ciertamente, en derecho positivo español y por virtud del íntimo enlace que secularmente se ha venido estableciendo entre derecho subjetivo y acción, los dos conceptos aparecen confundidos a este respecto (así sucede en los arts. 1930 y

1961 y ss. del Código civil). Se trata de uno de tantos residuos del pensamiento jurídico romano, donde en efecto, lo que se extinguía como consecuencia de la inactividad era la *actio*. Pero cuando la idea romana se traslada a un orden constitucional completamente diverso, como es el nuestro, hablar de prescripción de las acciones es erróneo. No es éste el lugar para exponer las muy distintas formulaciones del concepto de acción, pero sí puede recordarse, partiendo de la amplia y consolidada doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE que la acción se configura como un instrumento de ejercicio de aquel derecho que, por lo mismo, se dirige frente al órgano jurisdiccional. Al ser el órgano jurisdiccional el destinatario de la acción, se está ante un derecho subjetivo público, perfectamente diferenciado del derecho subjetivo material cuyo cumplimiento o actuación se reclama frente al demandado.

La prescripción supone la extinción de un derecho y correlativamente, la liberación de una obligación, por la causa a la que enseguida nos referiremos. Es pues ese derecho subjetivo el que puede haberse perdido. La sentencia desestimará la demanda si aprecia (nunca pues, *a limine*, sino en la decisión de fondo) que la pretensión material en la que se fundaba se ha extinguido por prescripción.

Lo que prescribe, pues, no son las acciones en sentido estricto y procesal del término, sino las pretensiones materiales (acciones en el sentido del derecho civil) esto es, cada una de las concretas facultades de exigir a otro una conducta que tiene el titular del derecho subjetivo.

Cuarto: La prescripción extintiva se produce como consecuencia del no ejercicio del derecho por su titular, durante cierto tiempo. Suele decirse que la prescripción adquisitiva (para el nuevo titular) y extintiva (para el anterior) son como las dos caras de una misma moneda, de manera que lo que para el poseedor del derecho es la adquisición del mismo por usucapición,

para el titular de aquél es prescripción extintiva. El recurrente viene a negar esta correspondencia, cuando razona: «... en nuestro caso, no estamos alegando haber adquirido derecho real alguno que impida la acción del contrario (lo impide el art. 145 de la Compilación) sino que lo que estamos alegando es que la acción del contrario ha prescrito por mero transcurso del plazo legal previsto para instarla...». Lo cierto es –y a pesar de que el Código civil de conformidad con la tradición histórica que lo inspira, lo regula de forma unitaria, como dos aspectos del mismo fenómeno– que al respecto no hay un criterio unánime, ni doctrinal ni jurisprudencial (véase la STS 29 de abril de 1987). Y realmente esa interdependencia no es esencial al instituto: cabe que se produzca una simple pérdida de derecho sin correlativa adquisición del derecho real. En otros ordenamientos como el alemán, la adquisición por usucapión del dominio y los demás derechos reales es independiente de la prescripción extintiva.

Ahora bien, sucede que el presupuesto de la prescripción extintiva no es únicamente la inactividad, sino la inactividad del titular frente a la perturbación o lesión de su interés. No basta, como parece entender el recurrente, *el mero transcurso del tiempo*. A diferencia de lo que ocurre con la caducidad, la prescripción no juega contra quien no ejercita su derecho, sino contra quien no lo defiende cuando es atacado o puesto en peligro.

Quinto: A la luz de la norma del artículo 144 de la Compilación, y de sus antecedentes históricos (*Observancia De aqua pluviali arcenda*) ha venido repitiéndose por los tribunales la declaración de que la apertura de huecos para luces y vistas sin existencia de voladizo sobre fundo ajeno, constituye una simple relación de vecindad, acto meramente tolerado y potestativo que no engendra derecho alguno en quien lo realiza ni obligación en quien lo soporta. Lo cierto es, no obstante, que el goce de los huecos no depende de la mera condescendencia del vecino, quien si bien

puede construir en su predio si le conviene, no puede de ningún otro modo oponerse a la apertura y mantenimiento de los huecos en cuestión. De manera que esa supuesta tolerancia no es tal, en cuanto que en realidad es legalmente debida. Ello responde a la idea del *ius usus innocui*. La Ley obliga al propietario de la finca vecina a tolerarlos porque considera que de ellos no dimana ningún daño para él.

El régimen de las relaciones de vecindad es netamente diferente del propio de las servidumbres, pues éstas constituyen una limitación anormal y extrínseca al derecho de propiedad, mientras que las limitaciones derivadas de las primeras forman parte del régimen normal de aquélla. En ese contexto de relaciones de vecindad, el propietario de la pared puede abrir en ella libremente huecos pero, como contrapartida, el propietario del fundo vecino, que debe soportarlas, puede obstruirlas con nuevas construcciones, y puede exigir la colocación de reja y red. Encontramos aquí la nota de reciprocidad, que es una de las características de las relaciones de vecindad (frente a lo que ocurre con las servidumbres, donde lo que hay es una relación jerarquizada entre uno y otro inmueble). Son limitaciones de las que derivan cargas y ventajas recíprocas. Sólo cuando esas restricciones rebasan los límites señalados por la Ley, pueden transformarse en servidumbres, aunque a veces no es fácil señalar el punto preciso en el que se sobrepasan los límites de esas relaciones. Y otra nota característica es (como reconoce el recurrente en casación, aunque al mismo tiempo sostiene que prescribe la acción derivada de la no observancia de las obligaciones dimanantes de los límites derivados de tales relaciones) la imprescriptibilidad, precisamente porque esas limitaciones al derecho de propiedad derivadas de la vecindad son inherentes y consustanciales a tal derecho.

Sexto: El apartado primero del artículo 144 de la Compilación establece que «Tanto en pared propia, y a cualquier distancia de predio ajeno, como en medianera pue-

den abrirse huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas». Exige únicamente, en su apartado segundo, que «dentro de las distancias marcadas por el artículo 582 del Código civil, los huecos carecerán de balcones y otros voladizos y deberán estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente».

El Derecho aragonés así, y a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, se caracteriza en este punto por configurar las relaciones de vecindad en el marco de una amplia libertad y tolerancia. La exigencia de reja y red ni siquiera existía bajo la vigencia de las Observancias, habiendo sido introducida (tras prolongadas discusiones entre los miembros del Seminario de la Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés) en el Apéndice.

Y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 145, «los voladizos, en pared propia o medianera, que caigan sobre fundo ajeno son signos aparentes de servidumbres de luces y vistas. No lo son la falta de la protección señalada en el artículo anterior ni tampoco los voladizos sobre fundo propio...».

La contravención del régimen normal de luces y vistas produce, pues, consecuencias distintas en función de la exigencia legal transgredida, pues la adición a los huecos de balcones o voladizos constituye signo aparente de servidumbre, mientras que la omisión de protecciones no lo es. Quien no dota de reja y red al hueco abierto no pone por tanto en peligro la libertad del fundo vecino, en nada lo daña pues su falta no constituye signo aparente de servidumbre. En el propio escrito del recurso de casación alude la parte a la doctrina que señala que la no colocación de reja y red es, en realidad, un acto jurídicamente inocuo o intrascendente. Y así es, pues la omisión de las protecciones no constituye una

intromisión anormal en la propiedad vecina mediante el disfrute de una apariencia de servidumbre. Siendo así, al no haber lesión al interés del derecho del propietario colindante, éste nada debe defender, por lo que falta uno de los presupuestos de la prescripción extintiva según hemos señalado arriba.

Se deduce de todo lo expuesto que, tal como ya dijimos en nuestra sentencia de 22 de abril de 2008, el propietario del fundo colindante a aquel en el que se abrieron los huecos, siempre mantendrá el derecho a reclamar y obtener que se coloquen las protecciones legalmente previstas.

Procede, por cuanto ha quedado expuesto, la desestimación del recurso.

Séptimo: Las costas del presente recurso deberán ser abonadas por la parte recurrente, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación núm. 10/09 interpuesto por el procurador don Juan Carlos Jiménez Giménez en nombre y representación de don Mariano L A, contra la sentencia dictada en apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha 9 de junio de 2009 con imposición de las costas del mismo a la parte recurrente.

Devuélvase las actuaciones a la referida Sección de la Audiencia Provincial, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

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

NÚM. 4

A. TSJA de 14 de mayo de 2010

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: INVENTARIO: Recurso de casación: *El juicio al que se remite el artículo 809.2 Lec. tiene una evidente naturaleza incidental, al igual que sucede con lo previsto en el artículo 794.4 de la Lec, lo que determina la irrecurribilidad en casación de las sentencias dictadas en grado de apelación en estos procedimientos, cuyo objeto, como señala el artículo 809.2 citado, se contrae a resolver la controversia suscitada en el seno del proceso para la liquidación del régimen económico matrimonial en la formación del inventario, sobre la inclusión o exclusión de bienes y valores que conforman las partidas de dicho inventario; así lo ha reiterado el TS; y entiende la mayor parte de la Sala de este TSJ que dicha doctrina es vinculante y aplicable en Aragón por no haber ninguna modificación al respecto en la Ley de casación aragonesa. En razón de ello, la Sala acuerda por mayoría no admitir el recurso de casación, anunciando el voto particular del Excmo. Sr. presidente don Fernando Zubiri de Salinas y el Ilmo. magistrado don Ignacio Martínez Lasierra.* **6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: INVENTARIO: Recurso de casación: (voto particular):** *Los ponentes con una excelente argumentación afirman que estos supuestos son susceptibles de recurso de casación y ello porque tales controversias, cuando versan sobre Derecho civil aragonés, como es el caso, presentan interés casacional, siendo competente para resolver de los mismos el TSJ de Aragón, sin que la jurisprudencia del TS vertida en dicha materia sea vinculante o aplicable en Aragón, al atribuir la CE y la LOPJ la competencia a los TSJ cuando: 1) aplican leyes emanadas de sus parlamentos autonómicos; 2) atribuyendo competencia para fijar la doctrina sentada sobre interpretación y aplicación de la Lec. respecto de la regulación que ésta hace del recurso de casación, pudiendo interpretar las normas del acceso*

a dicho recurso con plenitud de jurisdicción. En consecuencia, el TSJ tiene competencia en estas materias para fijar su propia jurisprudencia aun cuando ésta difiera de la fijada por el TS, ya que cada órgano actúa dentro de sus propias competencias.

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 477-2, 483-4, 809 y 810 Lec.; artículo 1-6-1/4 Cc.: Ley 4/2005, de 14 de junio sobre casación aragonesa.

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

VOTO PARTICULAR: *don F. Zubiri Salinas y don I. Martínez Lasierra.*

En Zaragoza a catorce de mayo de dos mil diez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: La procuradora de los Tribunales doña María Luis Hueto Sáenz, actuando en nombre y representación de don Víctor Miguel G. V., presentó ante la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza escrito de preparación de recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, frente a la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2009, dictada por dicha Audiencia en el rollo de apelación civil núm. 111/2009, dimanante del procedimiento de liquidación de régimen económico matrimonial núm. 654-D/2008, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de esta Ciudad, y por providencia de fecha 29 de diciembre pasado se tuvieron por preparados los expresados recursos, presentándose dentro de plazo el oportuno escrito de interposición, basando la Infracción Procesal en los siguientes motivos: «1.º Se interpone al amparo de lo dispuesto en los apartados 3.º y 4.º del artículo 469 de la Ley Procesal civil en cuanto se invoca “infracción de las normas que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción hubiere podido producir indefensión” y “vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales

reconocidos en el artículo 24 de la Constitución”. 2.º Se interpone al amparo de lo dispuesto los apartados 3.º y 4.º del artículo 469 de la Ley Procesal civil en cuanto se invoca “infracción de las normas que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción hubiere podido producir indefensión” y “vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución”, y 3.º Al amparo de lo dispuesto en el apartado 2.º del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil bajo el concepto “infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia”.»

Los motivos en que basa el recurso de casación son los siguientes: «1.º La disposición transitoria segunda de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial, citada en la sentencia, dispone que “los hechos, actos o negocios relativos al otorgamiento o modificación de los capítulos, adquisición de bienes, contratación de obligaciones, gestión o disposición de bienes y disolución, liquidación o división del consorcio conyugal, ... sólo se registrarán por esta Ley cuando tengan lugar o hayan sido realizados con posterioridad a su entrada en vigor”. 2.º Por infracción de los artículos 62 d) y 64 a 66 y 68 de la Ley 2/2003, así como el artículo 38.7º de la Compilación (con el mismo contenido que el 29 h) de la Ley 2/2003). 3.º Se invoca infracción de los artículos 217 y 299 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento civil, causando indefensión a esta parte por la inclusión en la sentencia de una partida en el activo que no estaba contemplada en el inventario ni fijada por la parte contraria en su pretensión el Juzgado, y 4.º Por infracción de los artículos 217 y 299 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como el artículo 40 de la Compilación y 35 de la Ley 2/2003, en idéntico sentido.»

Segundo: Comparecidas las partes ante esta Sala y recibidas las actuaciones, se registraron con el núm. 5/2010 y se nombró ponente, a quien se pasaron las actuaciones para que se instruyese y sometiese a

la deliberación de la Sala lo que hubiese que resolver sobre la admisión o inadmisión del recurso de casación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 483 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y ante la posibilidad de inadmisión, dado que el Tribunal Supremo considera que deben ser inadmitidos los recursos en materia como la que es objeto del presente recurso, de práctica de inventario y liquidación de los bienes integrados en el régimen económico matrimonial por los cauces previstos en los artículos 809 y 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, doctrina sostenida, por ejemplo en autos de 10 de febrero de 2004, 15 de julio de 2008, o 12 de mayo de 2009, se acordó por providencia de fecha 15 de abril de 2010 oír a las partes por diez días, habiendo presentado ambas escrito de alegaciones.

Habiendo sido designado ponente el Excmo. señor presidente don Fernando Zubiri de Salinas, como consecuencia de discrepancia en la votación asume la ponencia el Ilmo. señor magistrado don Luis Fernández Álvarez, quien expresa el parecer mayoritario de la Sala, formulando voto particular el Excmo. señor don Fernando Zubiri de Salinas y el Ilmo. señor don Ignacio Martínez Lasierra.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero: El presente recurso de casación tiene por objeto dilucidar si es o no procedente la inclusión en el activo y pasivo consorcial de diferentes bienes, así como la consideración como privativos de determinados incrementos patrimoniales, cuestiones que se suscitan en el seno de un procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial sustanciado por los cauces de los artículos 809 y 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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 artículo 809.2 tiene una evidente naturaleza incidental, al igual que sucede en el caso previsto en el artículo 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 artículo 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 incurso en causa legal de privación de la patria potestad, entre otros muchos).»

Segundo: 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.

Tercero: 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, por aplicación del artículo 483.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que conlleva la inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal planteado (disposición final decimosexta, regla 5.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Cuarto: No procede hacer especial pronunciamiento sobre costas.

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

La Sala acuerda por mayoría:

1. No admitir el recurso de casación interpuesto por la procuradora doña M.ª Luisa Hueto Sáenz, en nombre y representación de don Víctor Miguel G. V., frente a la sentencia de fecha 19 de diciembre del pasado año, dictada en apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza recaída en procedimiento de liquidación de régimen económico matrimonial núm. 654-D/2008, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de esta ciudad, y por tanto, no admitir el recurso extraordinario por infracción procesal.

2. Declarar firme dicha resolución.

3. No hacer especial pronunciamiento sobre las costas de este recurso.

4. Y remitir las actuaciones, con testimonio de este auto, a la indicada Sección de la Audiencia Provincial.

Esta resolución es firme por imperativo legal y contra ella no cabe recurso alguno.

Así lo acuerda, manda y firma el Excmo. señor presidente y los Ilmos. señores

magistrados que componen la Sala, anunciando voto particular el Excmo. señor presidente don Fernando Zubiri de Salinas y el Ilmo. señor magistrado don Ignacio Martínez Lasierra.

VOTO PARTICULAR

Que formulan los magistrados don Fernando Zubiri de Salinas y don Ignacio Martínez Lasierra al auto de esta Sala, dictado el catorce de mayo del presente año en el rollo de recurso de casación núm. 5/2010 procedente de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda.

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría formulamos voto particular, al amparo de lo dispuesto en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que la resolución a adoptar debió ser la siguiente:

AUTO

En Zaragoza, a diecisiete de mayo de dos mil diez.

Se aceptan el encabezamiento y los antecedentes de hecho, pero no así los fundamentos de derecho, que deberían ser los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: En el trámite de admisión del recurso de casación la Sala debe examinar, en primer lugar, su competencia pronunciándose seguidamente, si se considerase competente, sobre la admisibilidad del mismo.

Por lo que se refiere al primer extremo, no ofrece duda la competencia de este órgano jurisdiccional para conocer del recurso de casación, según lo dispuesto en el artículo 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y lo establecido en el artículo 478, núm. 1, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en el artículo 1 de la Ley 4/2005 de las Cortes de Aragón, de 14 de junio, sobre la casación

foral aragonesa, conforme a los cuales corresponde a esta Sala conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil aragonés y, examinado el recurso, la parte recurrente lo formula al amparo del apartado 3 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 479 del mismo cuerpo legal considerando infringidos en la Sentencia los artículos 37 ss. de la Compilación Foral aragonesa, igualmente la disposición transitoria segunda de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial, y los arts. 62 apartado d) y 64 a 66 y 68 de dicha ley, así como el artículo 38.7 de la Compilación, invocando también infracción procesal en relación con los artículos 299 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre valoración de la prueba, y artículo 217 del mismo que regula la carga de la prueba.

Segundo: En cuanto a la admisibilidad del recurso, la parte recurrente ha presentado escrito de interposición al amparo de los artículos 477 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, presentando la resolución del recurso interés casacional, por lo que se cumple el requisito exigido para esa vía de acceso al recurso de casación. En el aspecto formal ha sido redactado el escrito de interposición en los términos previstos en el artículo 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señalando la infracción del artículo 37 de la Compilación y los artículos antes citados de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen económico matrimonial y viudedad.

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.

Tercero: El auto de la mayoría se fundamenta, precisamente, en considerar el criterio adoptado por la Sala Primera del Tribunal Supremo como «jurisprudencia vinculante» –así se expresa en el fundamento de derecho segundo–. No hay duda de que, si ese criterio del Alto Tribunal constituyese jurisprudencia vinculante, debería esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón atenerse a ella, y sería claro el resultado para el recurso, procediendo su inadmisión.

Pero entendemos que no es así.

El artículo 1.6 del Código Civil mantiene su redacción desde la modificación introducida por Decreto 1836/1974, de 31 de diciembre. Conforme a dicho precepto «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho». La posterior promulgación de la Constitución de 1978 y la configuración, a partir de ésta, del Estado autonómico, con las competencias legislativas propias de las Comunidades Autónomas –art. 149.1.8– y la competencia casacional atribuida a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia –art. 73.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial–, son referencias obligadas a la hora de interpretar, en este momento, el precepto del Código Civil citado.

Parece evidente que el Tribunal Supremo es el único órgano jurisdiccional que puede fijar jurisprudencia en cuanto a la doctrina que, de modo reiterado, establezca en la aplicación de las leyes del Estado central, emanadas de las Cortes Generales, cuando resuelve recursos de casación, dada

la función nomofiláctica de estos recursos extraordinarios.

Pero no habrá de ser así en los siguientes casos:

a) en la aplicación que pueda hacer sobre leyes emanadas de los Parlamentos autonómicos, en su función de desarrollo de los Derechos civiles propios, pues precisamente el legislador ha querido residen- ciar la competencia para el recurso de casación, en estos casos, en los Tribunales Superiores de Justicia;

b) en la doctrina sentada sobre inter- pretación y aplicación de la Ley de Enjui- ciamiento Civil, respecto a la regulación que ésta hace del recurso de casación puesto que, siendo las Salas de lo Civil de esos Tribunales Superiores también tribu- nales de casación, pueden interpretar las normas reguladoras del acceso a dicho recurso con plenitud de jurisdicción y con criterio propio. Esto ha sucedido en este Tribunal de Aragón, que en repetidos Autos se ha apartado del criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo en cuanto a la consideración del carácter dis- tinto y excluyente de los tres ordinales del artículo 477.2 y a la existencia del interés casacional para recurrir, respecto a su ope- ratividad cuando el proceso se determina por razón de la cuantía.

Por lo demás, la jurisprudencia tiene una función de complemento del ordena- miento jurídico, según expresa el artículo 1.6 del Código Civil, pero no es fuente del derecho ni tiene ese efecto vinculante que se predica. Es por esto que la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón puede, y debe, interpretar la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la determinación de las sentencias que son susceptibles de ser recurridas en casación ante él, y para ello puede considerar el alcance del término jurídico «segunda ins- tancia» de modo distinto de cómo lo con- figura el Tribunal Supremo.

Cuarto: El escrito inicial del proce- dimiento es de solicitud de liquidación del régimen económico matrimonial, pre-

via formación del inventario de masas comunes y privativas para, posteriormente, llegar a la liquidación del patrimonio común con la determinación de responsa- bilidad provisional y definitiva de unas y otras masas.

Se quiere destacar este primer aspecto de la cuestión porque, para rechazar el acceso a casación de estas resoluciones, se vincula la naturaleza incidental del proce- so de formación de inventario al hecho de ir encaminado a la liquidación del régimen por el procedimiento señalado en los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjui- ciamiento Civil que, como dispone el segun- do párrafo del número 5 del artículo 787, por remisión del artículo 810.5 de la misma, termina por sentencia sin eficacia de cosa juzgada. Pero, solicitada la formación de inventario y, tras oposición del demandado y tramitación del juicio verbal, formado el inventario en la sentencia que ponga fin al procedimiento (último párrafo del art. 809 LEC), tendrá la virtualidad de, por ejem- plo, servir para la liquidación extrajudicial del patrimonio común al margen del trá- mite del procedimiento judicial. De ello se desprende, entre otras razones que se expondrán, que 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 sus- tantividad propia y diferente de la del pro- pio procedimiento de liquidación en el que se encuadra, el de los artículos 806 a 811, dentro de los cuales este último pre- cepto, relativo a la liquidación del régi- men de participación, tampoco puede ser considerado de la misma naturaleza que el de liquidación de los regímenes de comu- nidad.

Precisamente se advierte una clara diferencia entre lo dispuesto por el legis- lador para la sentencia recaída en el procedimiento que pone fin a la forma- ción de inventario (art. 809) y la que pone fin al de liquidación (art. 787.5), ya que de la primera nada se dice respecto al efecto de cosa juzgada en tanto que sobre la segunda expresamente se dispone que care-

ce de tal efecto. 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.

Entre otros argumentos que luego se expondrán, 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.

Quinto: Argumentan las resoluciones del Tribunal Supremo que sirven de fundamento al Auto objeto de discrepancia que en los supuestos enjuiciados no se cumple el requisito del artículo 477.2 LEC para el acceso al recurso de casación pues no se puede atribuir a tales sentencias la condición de «sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales porque 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).

No resulta convincente para todos los supuestos esa distinción que las resoluciones de referencia aprecian en la LEC 2000 entre apelación y segunda instancia para derivar de la misma la existencia de sentencias que en apelación ponen fin a la segunda instancia, de aquellas otras en que no sería así.

El artículo 477.2 LEC considera recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales en los tres supuestos que señala (tutela de derechos fundamentales, cuantía determinada e interés casacional). El artículo 466 LEC, cuyo título es el de recursos contra la sentencia de segunda instancia, dice: «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». Debe partirse, pues, de que la ley no distingue entre unos procesos y otros sino que expresamente se refiere a las sentencias dictadas en cualquier tipo de proceso civil, y el recurso de apelación sería el medio por el que se accede a la segunda instancia después de la sentencia recaída en primera instancia en aquellos procedimientos que permitan este recurso. Así configurado, el recurso de apelación es el medio procesal por el que la ley permite el acceso a la segunda instancia, pero no algo diferente a ella sino situado en plano distinto.

Dentro de este mismo capítulo III del Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dedicado a los recursos, señala el artículo 455 que «las sentencias dictadas en toda clase de juicio, los autos definitivos y aquellos otros que la ley expresamente señale, serán apelables». Luego el recurso de apelación permite en

los casos indicados el acceso a la segunda instancia como medio de poner fin a ella, salvo las excepciones que expresamente señale la ley. El artículo 809 prevé que «la sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas», y no indica que la misma esté excluida del recurso de apelación ni que no produzca el efecto de cosa juzgada, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 787.5 LEC para el procedimiento de liquidación. Y las sentencias recaídas en el juicio verbal, conforme a lo dispuesto en el artículo 447 LEC, producen el efecto de cosa juzgada salvo los casos expresamente previstos, que son los de los apartados 2, 3 y 4 del precepto, entre los que no se encuentra el de la sentencia que pone fin al procedimiento del artículo 809.

De la interpretación literal y sistemática de los citados preceptos se desprende que las sentencias recaídas en juicio verbal son susceptibles de recurso de apelación, como medio de acceso a la segunda instancia, salvo en los casos expresamente excluidos, entre los que no se encuentra la sentencia que pone fin al procedimiento del artículo 809, y que son recurribles en casación las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil, entre los que no se encuentra excluido el del artículo 809, si se da alguno de los presupuestos de recurribilidad del artículo 477.2 LEC.

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.

El criterio de la naturaleza incidental de un procedimiento, en cuanto subordinado a otro que sería principal, no resulta tan fiable para deducir de él la recurribilidad o no en casación. Para los procedimientos de modificación de medidas de los procedimientos de separación y divorcio así resultaba en la formulación de la LEC 2000 en cuanto venía concebida y regulada como una cuestión incidental, a resolver por Auto, según establece el artículo 771.4, aplicable por remisión expresa del artículo 775.2 en la regulación anterior a la modificación operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio. Así se recoge en el Auto del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2.009, recurso 573/2005, en el que se dice, en relación con la regulación de la LEC 2000 que «el legislador con mayor o menor acierto, pero en todo caso expresamente, ha configurado la modificación de medidas definitivas, por variación de las circunstancias y a solicitud de uno de los cónyuges, como “cuestión incidental” a resolver por Auto y, por ende, excluida del acceso a casación», recordando que bajo la vigencia de la LEC de 1881 ni siquiera las sentencias que resolvían sobre la nulidad matrimonial, el divorcio o la separación, eran susceptibles de recurso de casación, «por lo que no puede tampoco sorprender que en el nuevo régimen de la LEC 2000 no quepa el acceso a casación de las resoluciones relativas a medidas provisionales o definitivas, siendo irrelevante la forma de la resolución recaída, auto o sentencia, pues lo que determina la irrecurribilidad son las razones a las que se ha venido haciendo consideración, plasmadas ya en numerosos Autos dictados por esta Sala».

Pero ya en el auto de 5 de diciembre de 2.006, recurso 2578/2003, se había anunciado para los procedimientos de modificación de medidas acordadas en juicios de separación o divorcio que el criterio «cambiará para los procedimientos que se tramiten a partir de la entrada en vigor de la reforma operada en la LEC 2000 por la Ley 15/2005, de 8 de julio», debido a que con la nueva regulación el artículo 775 remite para estos procedimientos de modi-

ficación de medidas definitivas a la tramitación del artículo 770, para los procedimientos de separación y divorcio, a finalizar mediante sentencia recurrible en casación. Y, efectivamente, para un supuesto de modificación de medidas en relación con el régimen de visitas tramitado tras la modificación operada por la Ley 15/2005, el auto de 13 de enero de 2.009, recurso 457/2008, determina la consecuencia de su acceso a la casación «circunscrito al ordinal tercero del artículo 477.2 de la LEC 2000, habida cuenta el carácter distinto y excluyente de los tres ordinales del artículo 477.2, lo que requiere acreditar en fase de preparación la existencia de interés casacional», lo que determinó la estimación del recurso de queja contra el Auto de denegación de la preparación del recurso de casación.

Por lo tanto, no resultaba tan seguro el criterio de la incidentalidad sino que se admite que, no habiendo modificación de la naturaleza de la cuestión, que sigue siendo la misma, la remisión a un procedimiento que termina por sentencia en vez de por auto, determina su acceso a la casación. La naturaleza y trascendencia de las medidas definitivas no ha cambiado, lo ha hecho simplemente la remisión a un procedimiento que termina por sentencia, pero siguen siendo medidas derivadas de un proceso de separación o divorcio, salvo que el legislador ha considerado que tienen la sustantividad propia e importancia suficiente para merecer que sean fijadas en sentencia, susceptible de recurso de casación.

Referida la discusión a los procedimientos de liquidación del régimen económico del matrimonio también suscita dudas la regulación en el artículo 811 LEC del régimen de participación. Naturalmente no existe en él un patrimonio común y la discusión no se refiere a tal aspecto pero, tras la estimación del patrimonio inicial y final de cada cónyuge, la tramitación es similar a la del artículo 810 con su remisión a los artículos 784 y siguientes, pero la sentencia que recaiga, conforme a la dicción del último párrafo del artículo 810,

resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas, tras la tramitación del juicio verbal, sin declaración de que no producirá efecto de cosa juzgada, por lo que puede entenderse que finaliza un proceso que tiene una autonomía propia y que no precisa de un declarativo posterior que nada añadiría a lo ya resuelto.

Desde esta perspectiva puede afirmarse la sustantividad propia de un procedimiento como el seguido en el artículo 809 en el que se da la plenitud de cognición por parte del juzgador, sin limitación de medios de prueba, por lo que la sentencia que pone fin al mismo resolviendo «sobre todas las cuestiones suscitadas» no resultará mejorada en este punto por la que se dicte en el procedimiento declarativo tras el fracaso del procedimiento de liquidación. Los principales problemas y debates jurídicos dentro de un proceso de liquidación se producen habitualmente en la formación de inventario, siendo más mecánicas las operaciones de división y adjudicación, de donde deriva la sustantividad e interés de su formación en un procedimiento independiente, no meramente subordinado aunque, evidentemente, dirigido a la posterior división y adjudicación.

Sexto: La Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, pretendió expresamente facilitar el acceso al recurso de casación para lo que redujo la cuantía de acceso a la cantidad de 3.000 euros y permitió también la invocación del interés casacional aunque la determinación del procedimiento se hiciera por razón de la cuantía, con la finalidad declarada de permitir el acceso de más asuntos a la casación y que así pudiera este Tribunal Superior de Justicia de Aragón crear la jurisprudencia que complementa el ordenamiento civil aragonés, como así ha ocurrido en materias de interés en el ámbito de nuestro derecho (relaciones de vecindad, luces y vistas, servidumbres), que de otra forma no hubieran tenido desarrollo y fijación jurisprudencial. Ante tan expresa incentivación por parte del legislador aragonés no se ve razón para limitar el acceso a casación en

este caso cuando la interpretación que propugnamos resulta plenamente respetuosa con los términos de la LEC.

Como hemos señalado, donde se producen los más importantes debates en estos procedimientos de liquidación del régimen económico matrimonial, tanto por el contenido económico de lo discutido como por sus aspectos jurídicos, es en la formación de inventario por lo que, a pesar de la sentencia que pueda recaer en dicho proceso, las partes habrán de esperar a que, tras la misma y el posible recurso, finalice el procedimiento de liquidación y división y se promueva un nuevo declarativo para volver a discutir, en cuanto al inventario, las mismas cuestiones con los mismos medios de prueba. El resultado es una inútil y costosa peregrinación judicial que abocará a las partes a no terminarla o a prescindir del procedimiento de liquidación y división para acudir directamente al declarativo, despreciando así un procedimiento específicamente establecido con esa finalidad.

Estas últimas razones a favor de la admisión de estos recursos carecerían de cualquier virtualidad si las objeciones procesales estudiadas fueran indiscutibles pero, por el contrario, entendemos que la interpretación de los preceptos pertinentes de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite afirmar la posibilidad de acceso a casación de las sentencias recaídas en los procesos de formación de inventario.

Por todo lo anterior, no concurre ninguna de las causas de inadmisión del artículo 483.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en consecuencia, alegada infracción de normas de Derecho civil aragonés contenidas en la indicada ley aragonesa y cumplidos los demás requisitos procesales, procede su admisión.

Por lo expuesto, siendo competente esta Sala y dado que el escrito de interposición del recurso reúne los requisitos del artículo 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se interpone por interés casacional, procede acordar la admisión del recurso

de casación interpuesto, con los efectos a ello inherentes previstos en el artículo 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La admisibilidad del recurso de casación implicaría, a nuestro juicio, la necesidad de que la Sala se pronunciase sobre la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal, conforme a lo establecido en la disposición final decimosexta, regla 5.^a, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en la interpretación discrepante que hemos argumentado, proponemos la siguiente

PARTE DISPOSITIVA

Se declara la competencia de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para el conocimiento del presente recurso de casación por interés casacional y se admite a trámite.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Voto particular que firmamos en Zaragoza a diecisiete de mayo de dos mil diez.

NÚM. 5

S. TSJA de 14 de mayo de 2010

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO.

OTRAS MATERIAS: DERECHO TRANSITORIO: Consorcio conyugal: Activo (Lrem.):

La DT 1.ª de la Lrem. tiene como finalidad aplicar el criterio del efecto inmediato para esta Ley, produciendo sus efectos ya sobre matrimonios contraídos con anterioridad a su entrada en vigor. Ahora bien, esa aplicabilidad no puede determinar que, por extensión de sus efectos, cambien de naturaleza derechos nacidos con anterioridad a su entrada en vigor; ni que pudieran afectar las disposiciones de la Ley a terceros que contrataron con los cónyuges. 6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO: BIEN-

ES COMUNES: Derecho de arrendamiento de la vivienda: *Ingresan en el patrimonio común los derechos de arrendamiento por contratos celebrados durante el consorcio, aunque sólo haya contratado uno de los cónyuges, con los efectos respecto de la gestión que determinan los artículos 47 y siguientes, y en cuanto a las situaciones entre patrimonios en los términos comprendidos en el artículo 44. Sin embargo, este carácter consorcial produce sus efectos dentro del matrimonio, pero no para quien contrató con uno de los cónyuges. Por tanto, no existe incompatibilidad entre la Ley aragonesa 2/2003 y la Ley de arrendamientos urbanos, pues operan en ámbitos distintos perfectamente compatibles (sic).* **6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO: BIENES COMUNES: Derecho de arrendamiento de la vivienda: (voto particular):** *Con una excelente argumentación, el Magistrado disidente afirma que tanto vigente la Compilación, como ahora de forma expresa y clara afirma la Lrem. en el artículo 28.2.i), los derechos arrendaticios concertados por uno solo de los cónyuges constante matrimonio tiene naturaleza consorcial, tanto entre los cónyuges como frente al arrendador contratante de manera que no es necesario, muerto el cónyuge firmante, que el viudo se subrogue en el contrato, por ser ya el derecho de naturaleza común, al igual que lo es el inmueble que uno sólo de los cónyuges adquiere constante matrimonio permitiendo al no contratante exigir el cumplimiento y entrega del inmueble y al vendedor exigir del consorcio el pago del precio.*

DISPOSICIONES CITADAS: *arts. 28.2.i), 44, 47 Lrem.; arts. 1257, 1258 Cc.*

PONENTE: *Excmo. señor don Fernando Zubiri de Salinas*

VOTO PARTICULAR: *Ilmo. señor don Ignacio Martínez Lasierra.*

En Zaragoza a catorce de mayo de dos mil diez.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 4/2010, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, en fecha 1 de diciembre de 2009, recaída en el rollo de apelación número 523/2009, dimanante de autos de procedimiento ordinario número 309/2009, seguidos ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, don M R C, representado por la procuradora de los Tribunales doña L R A y asistido por la letrada doña Azucena Lusilla Rausa y como recurrida P.I., representada por el procurador de los Tribunales don Luis Javier Celma Benages y dirigida por el letrado don Julio Antonio Arribas Vidal.

Es ponente el Excmo. señor presidente don Fernando Zubiri de Salinas.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El procurador de los Tribunales don Luis Javier Celma Benages, actuando en nombre y representación de P.I, presentó demanda de juicio ordinario ejercitando acción de desahucio por subrogación inconstituida, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia por la que: «1. Declare haber lugar a la resolución del contrato de arrendamiento de la vivienda sita en calle Alejandro Oliván, núm. 6, bajo, de Zaragoza, condenando al demandado, don M R C, a que desaloje la misma bajo apercibimiento de ser lanzado.

2. Condene al demandado al pago de las costas del presente juicio».

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada, quien compareció en tiempo y forma y contestó a la misma, y tras la celebración de vista pública y practicadas las pruebas admitidas, el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 dictó sentencia en fecha 3 de septiembre de 2009, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por

P I, debo absolver y absuelvo a don M R C de las pretensiones deducidas de contrario sin hacer expresa imposición de las costas del juicio».

Tercero: Interpuesto por la parte actora en tiempo y forma recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quien presentó escrito de oposición al recurso planteado de contrario, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, ésta dictó sentencia de fecha 1 de diciembre de 2009, cuya parte dispositiva dice así: «FALLO: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la legal representación de “P I”, debemos revocar la sentencia apelada. Y estimando la demanda declarar resuelto el contrato arrendaticio existente sobre la vivienda de la calle Alejandro Oliván, núm. 6, bajo, de Zaragoza, entre los actores y doña I R M, condenando al demandado don M R C a que desaloje la misma, bajo apercibimiento de lanzamiento. Condenando al demandado al pago de las costas de la primera instancia. Sin condena en cuanto a las de esta alzada».

Cuarto: La procuradora de los Tribunales señora Del Río Artal, actuando en nombre y representación de don M R C, presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso de casación contra la anterior sentencia y una vez que la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza lo tuvo por preparado, se formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en el siguiente motivo: «Único: Por infracción del artículo 28.2.i, de la Ley aragonesa 2/2003 de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad, que define como bienes comunes “los derechos de arrendatario por contratos celebrados durante el consorcio”, aplicándolo erróneamente».

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 11 de febrero de 2010 auto por el que se admitía a trámite el recurso de casación, confiriéndose trasla-

do del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de veinte días, quien formuló oposición, tras lo cual se señaló el día 22 de abril para votación y fallo.

Es ponente el presidente de la Sala don Fernando Zubiri de Salinas, al haber discrepado el magistrado inicialmente designado como tal del parecer de la mayoría, por lo que el presidente –siguiente– asume el orden de atribución de ponencias– asume la ponencia y el magistrado don Ignacio Martínez Lasierra emitirá voto particular.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Los hechos, tal como resultan acreditados en las instancias, según se desprende de las sentencias de primera instancia y de apelación, son los siguientes:

1. La vivienda sita en Zaragoza, calle Alejandro Oliván, núm. 6, bajo, de Zaragoza, fue arrendada por quien era su propietaria entonces, doña D C E, de 74 años de edad, viuda, como arrendadora, a doña I R M, de estado casada, profesión sus labores, como arrendataria, mediante contrato de fecha 1 de junio de 1972. Consta lo anterior en el contrato aportado con la demanda por la entidad actora con el número 2 de los documentos.

2. La entidad actora P I adquirió, mediante escritura de compraventa otorgada el 29 de marzo de 2.007 ante el Notario de Zaragoza don Honorio Romero Herrero, núm. 1.636 de su protocolo, la casa en la calle Alejandro Oliván, núm. 6, del Barrio Oliver de la ciudad de Zaragoza, compuesta de dos plantas, destinada a sendas viviendas o pisos, a doña A G C que, según el título, lo había adquirido a su vez a doña P A C y otra por compra en escritura ante el notario de Zaragoza, don Rafael de Aldama Levenfeld el 25 de abril de 1986, núm. 643 de su protocolo. Como situación arrendaticia se hace constar que el piso bajo se encuentra arrendado a doña I R M en virtud de contrato de fecha 1 de junio de 1972 y el piso primero se encuentra arrendado a don D V M, en virtud de contrato de fecha 24 de noviembre de

1970. Fue aportada la escritura como documento núm. 1 con la demanda.

3. Mediante carta de fecha 29 de marzo de 2.007 dirigida por la entidad actora, P I, doña I R M, aquélla comunicaba a ésta que había adquirido en la misma fecha a doña C G C la totalidad del inmueble sito en calle Alejandro Oliván, núm. 6, del que es arrendataria del piso bajo, indicándole la nueva domiciliación bancaria para el abono de las sucesivas rentas. Fue aportada la carta por la actora como documento núm. 3 de la demanda.

4. Doña I R M falleció el 13 de julio de 2007. Estaba casado con don M R C.

5. Desde esa fecha el demandado, don M R C, viudo de la arrendataria, viene ocupando la vivienda de autos, sin que se haya acreditado que hubiese comunicado a la actora su voluntad de subrogarse en la relación arrendaticia.

Segundo: La sentencia de la Audiencia Provincial determina, en primer lugar, que es de aplicación a la situación planteada la disposición transitoria 2.^a de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 que, en lo referente a la subrogación, también para los contratos de arrendamiento celebrados antes del 9 de mayo de 1.985, exige el cumplimiento de las formalidades del artículo 16 de la Ley, cuyo apartado 3 prevé la extinción si en el plazo de tres meses desde la muerte del arrendatario no recibe el arrendador notificación por escrito del hecho del fallecimiento, con certificado registral de defunción, y de la identidad del subrogado, indicando su parentesco con el fallecido y ofreciendo, en su caso, un principio de prueba de que cumple los requisitos legales para subrogarse.

La sentencia no da por probados los intentos del demandado de acreditar que comunicó el fallecimiento verbalmente en las oficinas del arrendador, ni atribuye especial eficacia a tales efectos al hecho de que las rentas anteriores al fallecimiento de la esposa pudieran haber sido abonadas por él. Añade, respecto a la notificación fehaciente, que la Ley busca un endureci-

miento de las condiciones subrogatorias frente al artículo 58 del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, en sintonía con el principio liberalizador que anima la nueva ley locativa.

Tercero: Planteada por el demandado la relación de la legislación especial de arrendamientos urbanos con el artículo 28.2.i) de la Ley aragonesa de Régimen económico matrimonial y de la Viudedad, conforme al cual ingresan en el patrimonio común los bienes enumerados en sus distintos apartados, concretamente en éste «los derechos del arrendatario por contratos celebrados durante el consorcio», estimó la sentencia de primera instancia que el argumento es correcto en aplicación del principio tradicional de protección de la vivienda familiar por lo que, si todos los derechos pertenecientes al arrendatario son del consorcio e ingresan en el patrimonio común, no será necesario verificar ningún tipo de subrogación por cuanto la celebración del contrato, vigente el régimen consorcial aragonés, con independencia de quien figure contractualmente como titular, atribuye los derechos del arrendatario a aquél y no sólo al cónyuge que firma el contrato de arriendo. Ello no excluye, dice el juez de Primera Instancia, que será necesario el cumplimiento de los requisitos del artículo 16 LAU en los casos de arrendamientos celebrados por un cónyuge antes de la celebración del matrimonio y aquéllos otros en que el régimen pueda no ser el consorcial.

Por todo ello estima de aplicación al caso el contenido del artículo 28.2.i), que reputa como consorciales los derechos que la ley reconoce al arrendatario cuando el contrato se celebre vigente el consorcio, teniendo en cuenta la disposición transitoria de la Ley de Régimen Económico, conforme a la cual son de aplicación las normas de esta ley de inmediato, cualquiera que fuere la fecha de celebración del matrimonio, y en consecuencia desestima la demanda.

La sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en este

punto, y en cuanto a la condición del demandado como coarrendatario o titular del derecho arrendaticio por razón de su régimen matrimonial, expone que la cuestión ha sido ampliamente debatida en la jurisprudencia. Distingue la posibilidad de entender que el contratante como arrendatario lo haga también en nombre del cónyuge, explícita o implícitamente, de que por disfrutar de un régimen económico matrimonial ganancial o consorcial le atribuya la condición de coarrendatario enervando la obligación de someterse al procedimiento subrogatorio.

Sobre el primer aspecto, la posible actuación de un cónyuge en nombre del otro, señala la sentencia que en el contrato de autos, de 1 de junio de 1972, sólo se recoge la condición de casada de la arrendataria sin mención a que actuara en nombre del esposo lo que, dice, en aquella época hubiera sido jurídicamente en sentido contrario (art. 59 Código civil en su redacción previa a la CE de 1978 y legislación posterior, Ley 30/1981, de 7 de julio) y que tampoco se han expuesto las razones de la firma de la esposa que hicieran extensiva la condición de arrendatario del esposo, por lo que no encuentra base jurídica ni fáctica para calificar por esta vía al demandado como «coarrendatario».

Expone la sentencia de apelación que, en cuanto a la segunda alternativa –el régimen económico matrimonial consorcial atribuiría al cónyuge la condición de coarrendatario–, que es aceptada por la sentencia de instancia con base en la interpretación de la legislación aragonesa, está en contra de la corriente jurisprudencial mayoritaria. La resume diciendo que «para que el cónyuge no contratante, en un régimen económico matrimonial de comunidad de bienes y ganancias, sea considerado arrendatario ha de atenderse a los mecanismos que para ello arbitra la ley especial arrendaticia, pues no lo es por el hecho de disfrutar de ese régimen de comunidad». Cita sentencias de varias Audiencias Provinciales y, en especial, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2.009, que trata de unificar la doctrina sobre el asunto.

Cuarto: El recurso de casación se funda, como motivo único, en la infracción del artículo 28.2.i) de la Ley aragonesa 2/2003, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad, que define como bienes comunes «Los derechos del arrendatario por contratos celebrados durante el consorcio», entendiéndolo el recurrente que la sentencia recurrida aplica erróneamente el citado precepto, al no admitir la condición de arrendatario del inmueble del señor. Afirma que esa Ley es aplicable al caso por mor de su disposición transitoria primera.

Expresa dicha disposición transitoria que «las normas de esta Ley serán aplicables de inmediato, cualquiera que fuere la fecha de celebración del matrimonio o de inicio del usufructo viudal, con las excepciones señaladas en las disposiciones siguientes». El legislador ha querido, de este modo, aplicar el criterio del efecto inmediato de la Ley de 2003, produciendo sus efectos sobre matrimonios contraídos con anterioridad a su entrada en vigor. De este modo evita que matrimonios celebrados con anterioridad y que continúan su vida común durante el tiempo posterior pudieran mantener para el futuro un régimen jurídico ya derogado, y que su regulación pudiera ser claramente contraria al Derecho ahora vigente, produciendo así un islote jurídico de larga pervivencia.

Ahora bien, esa aplicabilidad no puede determinar que, por extensión de sus efectos, cambien de naturaleza derechos nacidos con anterioridad a su entrada en vigor, ni que pudieran afectar las disposiciones de la ley a terceros que contrataron con uno de los cónyuges en 1972, o a aquellos que sucesivamente se subrogaron en la condición de arrendadores.

En primer lugar, la Compilación del Derecho Civil de Aragón, en su redacción entonces vigente de 1967, no atribuía expresamente la condición de bienes comunes a los derechos del arrendatario, por contratos celebrados durante el consorcio. Ciertamente es que la doctrina jurídica venía considerando ese efecto, mas no era expresa disposición legal, ni la considera-

ción doctrinal gozaba de la necesaria seguridad jurídica. Como se afirma en el Preámbulo de la Ley de 2003, «en el capítulo dedicado a determinar qué bienes sean comunes y cuáles privativos, se mantienen, salvo lo dicho sobre los muebles, los criterios ya bien asentados en la Compilación, subrayando la libertad de los cónyuges de atribuir en todo momento carácter consorcial o privativo a los bienes que deseen y añadiendo reglas para casos muy variados que hasta ahora tenían solución poco segura. Se atiende así a las adquisiciones a título oneroso con precio aplazado, a las indemnizaciones por despido, a las cantidades devengadas por pensiones, a las participaciones en fondos de inversión y productos financieros similares, a los derechos del arrendatario o a la adquisición de acciones o participaciones de sociedades, determinando su carácter consorcial en las condiciones en cada caso consideradas, en atención a la fuerte caracterización comunitaria que tiene el consorcio aragonés». Lo que cobra efecto para la resolución del recurso, por las razones que seguidamente se expondrán.

Respecto a las obligaciones contraídas por el arrendador, es de aplicación el artículo 1257 del Código Civil, conforme al cual los contratos sólo producen efectos entre las partes y sus herederos. Así, no constando en el contrato que la arrendataria interviniese en representación de su cónyuge, o para la sociedad conyugal –de haberlo hecho, esta actuación hubiera sido en su momento anulable, pero no nula de pleno derecho–, no podemos concluir que la parte contratante como arrendadora se viese compelida a aceptar que los derechos arrendaticios correspondientes a la arrendataria eran de titularidad de ella y otra persona que no contrataba, y a la que ni siquiera se nombraba en el contrato, pues ello no derivaba del contrato, de la buena fe, del uso o de la ley –art. 1258 del Código Civil–.

Ello bastaría para desestimar el recurso; pero conviene ampliar la argumentación, acerca del alcance del precepto que se dice infringido. Conforme al mismo, y teniendo

en cuenta su aplicación en el tiempo a derechos adquiridos después de la entrada en vigor de la Ley, ingresan en el patrimonio común los derechos del arrendatario por contratos celebrados durante el consorcio, aunque sólo haya contratado uno de los cónyuges, con los efectos respecto de la gestión que determinan los artículos 47 y siguientes, y en cuanto a las relaciones entre patrimonios en los términos comprendidos en el artículo 44. Sin embargo, este carácter consorcial produce efectos dentro del matrimonio, pero no para quien contrató con uno de los cónyuges.

Por tanto, y como bien dice la sentencia recurrida, no existe incompatibilidad entre la Ley aragonesa 2/2003 y la Ley de Arrendamientos Urbanos, pues operan en ámbitos distintos perfectamente compatibles.

Por las razones expuestas procede la desestimación del recurso de casación.

Quinto: Habiendo recaído en las instancias sentencias de contenido contradictorio, y siendo el tema jurídico controvertido objeto de discusión, no procede hacer imposición de las costas devengadas en el presente recurso de casación, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que el tribunal aprecia que el caso presentaba serias dudas de derecho.

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

FALLAMOS

Desestimar el presente recurso de casación núm. 4/2010, interpuesto por la representación procesal de don M R C, contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, en fecha 1 de diciembre de 2009, cuya firmeza declaramos, sin hacer imposición de las costas causadas en este recurso.

Esta sentencia es firme por ministerio de la Ley, y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno.

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

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, anunciando voto particular el magistrado Ilmo. señor don Ignacio Martínez Lasiera.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado don Ignacio Martínez Lasiera a la sentencia de esta Sala dictada el catorce de mayo del presente año en el rollo de recurso de casación núm. 4/2010, procedente de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría formulo voto particular, al amparo de lo dispuesto en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que la resolución a adoptar debió ser la siguiente:

SENTENCIA

En Zaragoza, a catorce de mayo de dos mil diez.

Se aceptan el encabezamiento y los antecedentes de hecho así como los tres primeros fundamentos de derecho, que deberían continuar con los siguientes:

Cuarto: El recurso de casación interpuesto por el cónyuge viudo demandado se funda, como motivo único, en la infracción, por aplicación errónea, del artículo 28.2.i de la ley aragonesa 2/2003, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad, que define como bienes comunes «los derechos de arrendatario por contratos celebrados durante el consorcio».

En el desarrollo del recurso se examina la fundamentación de la sentencia recurrida siguiendo sus dos líneas argumentales, la primera relativa a la actuación de la esposa al suscribir el contrato de arrendamiento en

el año 1972, y la segunda respecto a los efectos de tal actuación en relación con el régimen económico matrimonial.

Se trata, en realidad, de dos aspectos de la misma cuestión que deben ser tratados, en mi opinión, desde la perspectiva de la comunidad de vida entre el marido y la mujer que constituye el matrimonio (art. 1 de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad, en adelante Lrem.), en una expresión de la norma actual que era plenamente vigente en el año 1972. En esta comunidad de vida, conforme a la concreta regulación actual, ambos determinan de común acuerdo el domicilio familiar (art. 2) y ambos ejercen la dirección de la vida familiar por corresponder a ambos el gobierno de la familia y las decisiones sobre la economía familiar (art. 4) y, siendo consciente de que ésta es la regulación actual, por lo que habrá de estudiarse su aplicación al caso presente, propongo este enfoque porque las decisiones sobre la vivienda familiar no pueden ser tratadas como una mera cuestión de la titularidad del contrato (en los casos de arrendamiento) ni exclusivamente desde su perspectiva y efectos patrimoniales, aunque sea en este ámbito donde su regulación jurídica se refleja de forma más visible. Por cierto, una de las primeras consecuencias de la actuación de cada cónyuge, ya desde la óptica estrictamente patrimonial, la señala hoy el artículo 7 de la Lrem., al establecer la responsabilidad solidaria, frente a terceros de buena fe, de las obligaciones contraídas por uno de ellos para atender a la satisfacción de las necesidades familiares, una de las cuales es, evidentemente, la vivienda familiar. Y éste es un argumento, entre los que se irán exponiendo, que abona la tesis de que el arrendamiento de un piso que constituye la vivienda familiar concertado por uno solo de los cónyuges no puede señalar sólo a él como único titular de los derechos arrendaticios si, entre otras razones, en beneficio del arrendador, ambos cónyuges responden solidariamente de las obligaciones contraídas por uno de ellos, además de resultar obligado el

patrimonio consorcial. Examinaremos en qué medida este enfoque y los efectos que del mismo propongo, tanto en aplicación de las normas vigentes en el momento de la celebración del contrato y sus posteriores modificaciones, como desde los principios de la vigente Ley 2/2003, es aplicable al caso enjuiciado.

La esposa fallecida suscribió el contrato de arrendamiento de la vivienda expresando en el mismo su condición de casada y en el apartado de profesión la de «sus labores», lo que no resulta insustancial pues fácilmente se deduce que no haría frente a las obligaciones del contrato, singularmente el pago de las rentas, con sus ingresos propios sino que contaría, principalmente, con los del esposo que, sin embargo, no firmó. Al menos la parte arrendadora contaría seguramente con ello.

En el año 1972 en el que se concertó el contrato de arrendamiento que nos ocupa, la entonces vigente Compilación de Derecho civil especial de Aragón de 1967 disponía en su artículo 48.1 que «el marido es el administrador de la comunidad» y en el número 2 que «la mujer participa en la administración con las facultades necesarias para el buen gobierno del hogar».

En el Código civil entonces vigente disponía el artículo 59 que «el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal»; en el artículo 1.412 que «el marido es el administrador de la sociedad de gananciales»; en el artículo 60 que «el marido es el representante de su mujer»; en el artículo 61 que «tampoco puede la mujer, sin licencia o poder de su marido, adquirir por título oneroso ni lucrativo, enajenar sus bienes, ni obligarse, sino en los casos y con las limitaciones establecidas por la ley»; en el artículo 62 que «son nulos los actos ejecutados por la mujer contra lo dispuesto en los anteriores artículos, salvo cuando se trate de cosas que por su naturaleza estén destinadas al consumo ordinario de la familia, en cuyo caso las compras hechas por la mujer serán válidas».

Por lo que se refiere a la responsabilidad por los actos realizados por los cónyuges, el artículo 42.1 de la Compilación establecía que «el marido, en el ejercicio de sus facultades legales de administración, así como en la explotación regular de sus negocios o en el desempeño de su profesión, obliga siempre, frente a tercero de buena fe, a los bienes comunes»; en el apartado 2 del mismo artículo que «igual responsabilidad alcanza a los bienes comunes por la gestión de la mujer que ejerza industria, comercio o profesión, o legalmente administre»; en el artículo 43.1 que «los cónyuges, en defecto de bienes comunes, responden solidariamente por las deudas enunciadas en el apartado 1.º del artículo 41 (las atenciones legítimas de la familia y las particulares de cada cónyuge, incluyendo en la crianza y educación de los hijos la de los legítimos de uno solo de aquellos), si bien en la relación interna contribuirá cada uno por mitad»; y en el apartado 2 del mismo artículo que «en igual supuesto, responde cada cónyuge por las restantes deudas comunes que contrajo; pero podrá repetir del otro la mitad de lo pagado si demuestra que la deuda redundó, efectivamente, en utilidad común».

En el Código civil, según el artículo 1.408 «serán de cargo de la sociedad de gananciales: 1.º Todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, y también las que contraer la mujer en los casos en que legalmente pueda obligar a la sociedad».

Finalmente, por lo que respecta a los bienes comunes y privativos, en la Compilación de 1.967 constituían el patrimonio común «los bienes inmuebles o sitios adquiridos a título oneroso, constante matrimonio, por cualquiera de los cónyuges a costa del caudal común» (art. 37.1) y «en general, los bienes muebles, salvo lo previsto en los artículos siguientes» (art. 37.4), y debe destacarse que entre los bienes privativos el artículo 38.6 señalaba «los recobrados en virtud de carta de gracia, así como los adquiridos por ejercicio del dere-

cho de retracto, excepto el arrendaticio de viviendas». El artículo 40 establecía la presunción de comunidad para todos aquellos bienes cuyo carácter privativo no pudiera justificarse, así como que «la adquisición de bienes de cualquier clase a título oneroso, constante matrimonio, se considerará hecha a costa del caudal común».

En el Código civil eran bienes propios de cada uno de los cónyuges «los adquiridos por derecho de retracto o por permuta con otros bienes, pertenecientes a uno solo de los cónyuges» (art. 1.396-3.^o); eran bienes gananciales «los adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos» (art. 1.401-1.^o), y, conforme al artículo 1.407, «se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer».

La simple lectura de los preceptos de ambos cuerpos civiles ya permite una primera constatación de que las regulaciones no eran iguales en lo relativo a las posibilidades de actuación de cada cónyuge, ni a las consecuencias de sus respectivos actos y a los efectos sobre los patrimonios.

La exposición de motivos de la Compilación de 1967 señalaba que «atendiendo a la frecuencia actual del ejercicio de actividades económicas y profesionales por mujer casada se prevé la responsabilidad de los bienes comunes por gestión de la esposa cuando ejerza industria, comercio o profesión, o cuando legalmente administre». Y resaltaba también que «en el Derecho aragonés histórico, el fallecimiento de un cónyuge no determina necesariamente la disolución inmediata de la sociedad conyugal, y muy frecuentemente ésta se continuaba entre el viudo y los herederos. La institución de la comunidad conyugal continuada se hallaba, sin embargo, deficientemente regulada». Señala también que «la viudedad, salvo pacto o disposición mancomunada en contrario, será universal, a diferencia del estado de Derecho vigente, en que la viudedad legal está res-

tringida a solo los inmuebles. Esta nueva regulación expansiva obedece... en segundo lugar, porque la experiencia enseña que, en la inmensa mayoría de los matrimonios aragoneses, por voluntad de los cónyuges, el usufructo de viudedad recae sobre todos los bienes, de cualquier clase que sean; y aún existe la creencia, muy generalizada, de que así lo ordena la Ley».

Queda subrayado, por lo tanto, que las instituciones familiares aragonesas, particularmente la comunidad conyugal continuada y la viudedad universal, prolongaban la comunidad legal y la dotaban de reglas sobre su gestión, e incluso disposición, más allá del fallecimiento del primero de los cónyuges, y dotaban al viudo de una protección especial.

Por lo que se refiere al contrato de arrendamiento suscrito por la esposa en 1972, no cabe duda de que el marido era el administrador de la comunidad (art. 48.1) y que, en principio, él obligaba por sus actos a los bienes comunes frente a terceros (art. 42.1), pero la mujer participaba en la administración con las facultades necesarias para el buen gobierno del hogar (art. 48.2) y obligaba a los bienes comunes cuando legalmente administrara. Resulta perfectamente defendible que el arrendamiento de la vivienda familiar, en este caso con el evidente consentimiento del esposo, se encontraba dentro de sus facultades para el buen gobierno del hogar pero, aunque se entendiera que iba más allá de tales facultades, se hubiera tratado de un contrato anulable para lo que solo hubiera podido accionar la arrendadora (difícilmente el esposo si había consentido, lo que parece evidente), pero ninguno de ellos lo hizo y el contrato resultó plenamente eficaz durante todo este tiempo de modo que la esposa había contratado eficazmente el arrendamiento de la vivienda familiar y, con toda seguridad, había obligado el patrimonio común al cumplimiento de las obligaciones contraídas.

Y el contenido del contrato arrendaticio suscrito por uno sólo de los cónyuges (ya irrelevante ahora si el esposo o la espo-

sa) y sufragado a costa del caudal común, con sus derechos y obligaciones había quedado integrado en el patrimonio común, aunque específicamente no estuviera así expresamente contemplado, como lo hace el actual artículo 28.1.i Lrem. Ya se ha indicado el especial cuidado de la Compilación, en evidente contraste con el artículo 1.396-3.º del Código civil, en hacer comunes los bienes adquiridos por ejercicio del derecho de retracto arrendaticio de viviendas, a diferencia de los derechos de retracto de cada cónyuge sobre los demás bienes. Así, era bien común la vivienda adquirida en virtud de derecho de retracto, legalmente calificado como común pero que tendencialmente pertenecería privativamente a uno solo de los cónyuges, como lo era en el Código civil, porque eran comunes los derechos arrendatícios de un contrato de vivienda suscrito por uno sólo de ellos durante el matrimonio con el consentimiento del otro para constituir la vivienda familiar.

La modificación de la Compilación del Derecho civil de Aragón operada por Ley aragonesa 3/1985, de 21 de mayo, para la adecuación del Derecho civil aragonés a la Constitución española, estableció que «la administración y disposición de los bienes comunes y las decisiones sobre la economía familiar corresponden a ambos cónyuges conjuntamente o a uno cualquiera de ellos con el consentimiento del otro», estando legitimado cada cónyuge frente a terceros para «realizar actos de administración ordinaria del patrimonio consorcial», a diferencia del artículo 1.375 del Código civil, tras la reforma de 1981, que atribuyó la gestión y disposición de los bienes gananciales a los cónyuges conjuntamente. Y es importante resaltar que, conforme a la disposición transitoria segunda de la ley modificadora de la Compilación en 1985, «serán aplicables los preceptos de la presente Ley sobre responsabilidad, gestión y disposición de los bienes consorciales y los privativos, y sobre disolución de la comunidad legal, cualquiera que fuese la fecha de celebración del matrimonio». Era ésta una consecuencia obligada de la aplica-

ción de los preceptos constitucionales para evitar la discriminación por razón de sexo (art. 14) y asegurar la plena igualdad de hombre y mujer en el matrimonio (art. 32), también en el contraído con anterioridad.

Así pues, el contrato de arrendamiento celebrado en 1972 por uno sólo de los cónyuges (en este caso la esposa) con consentimiento del otro había sido otorgado dentro de sus facultades de gestión, obligando a los bienes comunes frente a terceros de buena fe (art. 42, modificado en 1985), y los derechos derivados del mismo quedaron integrados en el consorcio conyugal. Esta situación es sustancialmente la misma que resulta de la actual regulación tras la Lrem. 2/2003, aparte de la especial protección de la vivienda familiar que la reforma de la Compilación no abordó, salvo en el artículo 51 para exigir el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual, porque se trataba solamente de su adaptación a la Constitución, y la protección de la vivienda familiar se abordaba fundamentalmente en los supuestos de conflicto conyugal en los artículos 90 y siguientes del Código civil de aplicación general para toda España.

Por ello, la apelación al artículo 28.2.i de la Ley 2/2003 es posible por cuanto su contenido se deducía igualmente de la anterior regulación de la Compilación, como hemos visto, tanto por las facultades de gestión y disposición como por su naturaleza de bien consorcial. Así se viene a decir en el apartado VI del Preámbulo de la Ley 2/2003, como recoge la sentencia de la que discrepo, aunque hace la matización de que siendo doctrina admitida no era segura. En mi opinión, según los anteriores argumentos, era suficientemente segura.

Quinto: Conforme a lo expuesto hasta ahora, carece de relevancia la discusión sobre si, al contratar, la esposa actuaba también en nombre del esposo, como si sólo tal hipótesis hubiera permitido considerarle él como coarrendatario. Los espo-

sos no necesitaban manifestar que la contratación se hacía en nombre propio y en el del otro pues, según hemos visto, ambos disponían por ley de esa capacidad de gestión y disposición y, dada su condición de casados expresamente indicada en el contrato, éste así celebrado se integraba en el consorcio formado por ambos.

La invocación del artículo 1.257 del Código civil, el mismo que fundamenta la sentencia del Tribunal Supremos de 3 de abril de 2009, como argumento de protección del arrendador que contrata con persona casada, no justifica, en mi opinión, la conclusión de que el esposo no firmante del contrato de arrendamiento no puede ser considerado cotitular del mismo y, por ello, no necesitado del mecanismo de la subrogación en el contrato arrendaticio. El artículo 1.257 Cc. se limita a recoger la doctrina del carácter relativo y personal de los contratos pero de ello no se deriva que no puedan producir efectos en otras personas distintas de quienes los suscriben. En la compraventa de un bien por uno sólo de los cónyuges actuando como casado, y constando así expresamente, los derechos y obligaciones derivados del contrato se extienden a ambos cónyuges y no podrá el vendedor oponer su condición de tercero frente al cónyuge no firmante si éste le exige su cumplimiento, del mismo modo que, como contraprestación, podrá hacer valer sus derechos frente al no firmante, particularmente para hacer efectivo el precio frente a los bienes comunes e incluso en algunos casos frente a los propios de quien no firmó. No se entiende que el contrato de arrendamiento no haya de seguir los mismos principios. El arrendador, de la misma forma que el comprador, no es un tercero frente al cónyuge no firmante si al tiempo de contratar conoció la circunstancia de casado del arrendatario (en esta ocasión de profesión sus labores) y obligó al patrimonio común para el cobro de las rentas. Ése es el sentido del artículo 1.258 Cc. al exigir la adecuación del cumplimiento de los contratos a las exigencias de la buena fe, el uso y la ley. Entiendo más contrario a la buena fe que, tras una vigencia del contrato de

treinta y cinco años, en los que el arrendador disfrutó de una amplia garantía para el cobro de las rentas, argumente su condición de tercero frente al cónyuge no firmante para extinguir el contrato por no cumplir el requisito formal de la comunicación del fallecimiento en un plazo de tres meses desde el mismo. Y no se trata de una razón de justicia material sino que, con toda seguridad, el viudo no pudo suponer, después de ese tiempo de ocupación de la vivienda, con bastante probabilidad pagando las rentas con su sueldo y, en definitiva, en su creencia de su condición de arrendatario, que a los efectos de la Ley de Arrendamientos Urbanos era un tercero. Los efectos de la buena fe exigible al arrendador, conocedor de la situación, deberían llevar a otra conclusión.

Por otra parte, resultan llamativas las inexorables consecuencias previstas en el artículo 16 LAU en el caso de no comunicar el cónyuge la voluntad de subrogarse que, según parece desprenderse de la sentencia recurrida, podrían haber resultado flexibilizadas de haberse acreditado el conocimiento del fallecimiento por parte del arrendador a través de las conversaciones que, según el viudo, mantuvieron las partes, sin permitir siquiera, como en otros supuestos, que, a falta de comunicación, el arrendador requiriera al viudo para conocer su intención respecto al contrato. El Tribunal Supremo en sentencia de 13 de enero de 2010, recurso 2697/2004, ciertamente para un supuesto distinto, de subrogación por jubilación del arrendatario de un local de negocio, entiende que la falta de notificación no comporta la posibilidad de ejercicio de la acción resolutoria, y dulcifica los efectos de tal falta. No parece que resulte menos digno de protección el viudo cuyo cónyuge suscribió, constante matrimonio, el contrato de arrendamiento de la vivienda familiar.

Sexto: Finalmente, se constata, de forma evidente en la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2.009, dictada con la expresa intención de servir de criterio unificador en una materia que ha sido

tan polémica y motivo de jurisprudencia contradictoria, que prima la literalidad de la legislación arrendaticia especial, en concreto el artículo 16 de la Ley 29/1994, que específicamente prevé el supuesto de la muerte del arrendatario (parece que en el caso de ser único arrendatario, no varios, y al margen de otras circunstancias, como el matrimonio), dado que en tal situación recoge la posibilidad de subrogación del cónyuge, en primer lugar. La citada sentencia contrapone así frontalmente esta legislación con la contemplación del régimen económico del matrimonio, en situación de normalidad, como elemento que permite señalar la existencia de más de un titular en el contrato de arrendamiento que sólo ha sido firmado por uno sólo de los cónyuges, al decir que el contenido de este contrato no tiene relación con el régimen de bienes pues las posiciones contractuales de los cónyuges no forman parte de la sociedad de gananciales porque, además —dice—, se trata de derechos personales. No era así en la mente del legislador aragonés de 1.967 para el régimen matrimonial legal de la Compilación, al separar en el artículo 38.6.^º del régimen de los bienes privativos el derecho arrendaticio de retracto sobre una vivienda privativa, ni en la del legislador aragonés de 2003 al incluir, ya sin lugar a dudas, entre los bienes comunes los derechos del arrendatario por contratos celebrados durante el consorcio.

El consorcio conyugal no es persona jurídica ni sujeto de derecho y la titularidad de los bienes corresponde a ambos cónyuges en mano común (LACRUZ), pero es centro de imputación de derechos y obligaciones de forma que los derechos sobre los bienes que lo integran corresponden a ambos cónyuges por igual, y titulares de la masa consorcial son ambos cónyuges. Por ello, en aplicación de nuestra legislación, el cónyuge aragonés que contrata como arrendatario lo hace para sí y para su cónyuge de forma que, si se produce el fallecimiento de uno, el otro continuará en el uso de la vivienda sin que el contrato quede vinculado de forma fatal al cumplimiento del simple requisito de comunicar al arrendador el fallecimiento.

La legislación arrendaticia sigue ignorando, tras su nueva regulación en 1.994, el efecto del régimen matrimonial de comunidad en situación de normalidad en el contrato de arrendamiento de vivienda. O, quizás, se trata de un planteamiento propio del derecho sucesorio, como manifiesta el recurrente, y no de derecho de familia que es donde debe enmarcarse con arreglo a la normativa aragonesa. Sin embargo, la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 ha regulado las situaciones patológicas en las que dispensa a los cónyuges de los titulares del contrato una especial protección, con independencia de quien suscribiera el contrato, lo que pone de manifiesto una desigualdad de trato que no tiene justificación. En efecto, el artículo 12 de la Ley 29/1994 permite al cónyuge del arrendatario oponerse a la decisión del primero de poner fin al contrato, o continuar con el mismo en caso de abandono del titular, también para todos los supuestos de convivencia de pareja, y el artículo 15 permite la continuación en el uso de la vivienda por el cónyuge no arrendatario y, sin embargo, no se admite similar protección para el cónyuge viudo, no ya en el supuesto del no titular del contrato, salvo por la vía de la subrogación, sino en el supuesto de contratación de la vivienda durante el matrimonio. No se encuentra razón para la diferencia de tratamiento salvo en la expresa declaración de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2009 de que se trata en tal caso de la protección de otro interés distinto del familiar, el del viudo, sólo admisible por la vía de la subrogación porque, a pesar de la protección dispensada por el Tribunal Constitucional en las sentencias 135/1989, de 6 de octubre, y 126/1989, de 12 de julio; en ellas se tiende a proteger la vivienda familiar, lo que no resulta de aplicación en el supuesto de fallecimiento de uno de los cónyuges porque entonces ya no tiene la característica de vivienda familiar al haber desaparecido la familia por el fallecimiento de uno de los cónyuges. Se trata de una afirmación muy tajante que admite matizaciones pues por el fallecimiento de un cónyuge se extingue el vínculo conyugal, pero

no la familia, y aun el solo interés del cónyuge debe conceptuarse como familiar.

Por ello no se ve razón para que la protección de la vivienda familiar no se aplique a los supuestos como el que nos ocupa, en que uno de los cónyuges arrienda la vivienda para dicho uso, en nuestro caso prescindiendo de la subrogación porque el derecho arrendaticio es titularidad de ambos cónyuges. Así se ha entendido en algunas legislaciones, como en el artículo 1.751 del Cc. francés, redactado por Ley 904/1962, de 4 de agosto, conforme al cual: «el derecho al arrendamiento del inmueble, sin carácter comercial o profesional, que sirva efectivamente como vivienda de los dos esposos, sea cual sea su régimen matrimonial y no obstante toda convención en contrario, incluso si el contrato se ha concertado antes del matrimonio, se reputa que pertenece a uno y otro de los cónyuges». O el Código belga, artículo 215.II, que impone la cotitularidad arrendaticia sobre la vivienda familiar.

En nuestro derecho resulta equivocada, en mi opinión, la ecuación en la que se equipara la suscripción individual del contrato con la titularidad individual y la suscripción conjunta con la cotitularidad. Todo arrendamiento de vivienda familiar realizado constante matrimonio es un arriendo consorcial cuya titularidad corresponde a ambos cónyuges. El hecho de que la legislación arrendaticia no se haya ocupado de este supuesto no significa que la subrogación del artículo 16 haya de aplicarse inexorablemente. Tal posibilidad podría quedar reservada, como señala la sentencia de primera instancia, a los contratos celebrados por un cónyuge antes de la celebración del matrimonio y a aquéllos otros en los que el régimen sea distinto del consorcial, y aun en tales casos habría de contemplarse el actual régimen de protección a la vivienda familiar.

Los anteriores razonamientos llevan a la estimación del recurso de casación por

infracción del artículo 28.2.i) de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad.

Séptimo: Todo ello sin imposición de las costas del recurso de casación por aplicación de lo dispuesto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil, dada la estimación del mismo, e igualmente sin imposición de costas respecto de las de primera instancia y apelación conforme al artículo 394.1, dadas las dudas que presentaba el asunto planteado.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, en la interpretación discrepante que he argumentado, propongo la siguiente parte dispositiva:

FALLAMOS

Primero: Debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación formulado por la procuradora de los Tribunales doña Lucía del Río Artal, actuando en nombre y representación de don M R C, contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha 1 de diciembre de 2009, que casamos y anulamos.

Segundo: En su lugar, confirmando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, desestimamos íntegramente la demanda interpuesta por el procurador don Luis Javier Celma Benages en representación de P I y absolvemos a don M R C de las pretensiones deducidas en la demanda.

Tercero: No se hace condena en costas de ninguna de las instancias ni en las de este recurso, en que cada parte satisfará las suyas.

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

Voto particular que firmo en Zaragoza a treinta y uno de mayo de dos mil diez.

6

NÚM. 6

S. TSJA de 10 de junio de 2010

683: USUFRUCTO VIDUAL: *Los bienes sobre los que recae el usufructo vidual pueden ser objeto de posesión tolerada por otro (en este caso un nieto de la actora recurrente en casación) y si el bien se pierde en manos del poseedor inmediato (el nieto), resulta aplicable el artículo 457 Cc.*

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 28, 71, 89, 101 Lrem.; arts. 6, 133, 162 163 Lsuc.; art. 457 Cc.

PONENTE: Ilmo. señor don Luis Ignacio Pastor Eixarch.

En Zaragoza a diez de junio de dos mil diez.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 7/2010, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha 11 de diciembre de 2009, recaída en el rollo de apelación número 227/2009 dimanante de Procedimiento Ordinario número 428/08, seguido ante el Juzgado de 1.ª Instancia número 4 de Huesca, en el que son partes, como recurrente, doña Rosalía S. M., representada por el procurador de los Tribunales don Emilio Pradilla Carreras y dirigida por el letrado don Ángel Cabrero Barlés, y como parte recurrida don Víctor Manuel S. R., representado por el procurador de los Tribunales don Carlos Ruiz Ramírez y dirigido por el letrado don Jorge Loste Herce.

Es ponente el magistrado de esta Sala Ilmo. señor don Luis Ignacio Pastor Eixarch.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El procurador de los Tribunales don Mariano Laguarda Recaj, actuando en nombre y representación de doña Rosalía S. M., presentó demanda de

juicio ordinario, contra don Víctor Manuel S. R., con base en los hechos y fundamentos de derecho que expresó en la misma y terminó suplicando que previos los trámites legales oportunos se dictase sentencia por la que se condenara a don Víctor Manuel S. R. a indemnizar a la demandante en la cantidad de 18.336 euros más el interés legal correspondiente, con imposición a la parte demandada de las costas del procedimiento; se solicitó por otrosí el nombramiento de perito tasador para emitir previo examen del vehículo objeto del procedimiento, informe pericial.

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada quien compareció en tiempo y forma, contestando y oponiéndose a la misma, suplicando que, previos los trámites legales, se dictase sentencia por la que se desestimase la demanda interpuesta por doña Rosalía S. M., absolviendo libremente de la misma al demandado e imponiendo las costas a la parte actora. Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Huesca se dictó sentencia en fecha 29 de abril de 2009, cuya parte dispositiva es de la siguiente redacción literal: «Fallo: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el procurador señor Laguarda Recaj, en nombre y representación de doña Rosalía S. M., debo condenar y condeno al demandado, don Víctor Manuel S. R., a que abone a la actora la cantidad de 14.680 euros, más los intereses legales desde la fecha de la reclamación judicial (el 18 de marzo de 2008) que se incrementarán en dos puntos desde la fecha de la sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 576 de la LEC. Todo ello sin expreso pronunciamiento en costas.»

Tercero: Interpuesto por la parte demandada, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Huesca, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quien se opuso al recurso planteado de contrario, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Huesca, ésta dictó sentencia de fecha 11 de

diciembre de 2009, cuya parte dispositiva dice así: «FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Víctor Manuel S. R. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia 4 de Huesca en los autos anteriormente circunstanciados, revocamos dicha resolución y, en su lugar, desestimando la demanda interpuesta por Rosalía S. M. contra el referido apelante, absolvemos al mismo de cuantas pretensiones se ejercitaron en su contra, condenando a la citada demandante al pago de las costas de la primera instancia y omitiendo todo pronunciamiento sobre el pago de las costas causadas en esta alzada.»

Cuarto: El procurador de los Tribunales don Mariano Laguarda Recaj, actuando en nombre y representación de doña Rosalía S.M., presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso de casación contra la anterior sentencia, y una vez que la Audiencia Provincial de Huesca lo tuvo por preparado, se formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en los siguientes motivos:

«Primero: Por infracción del artículo 28 y artículo 89 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico matrimonial y de viudedad por no tener en cuenta que el vehículo era propiedad del matrimonio formado por mi mandante y su esposo y que tras el fallecimiento ostenta mi mandante la condición de usufructuaria.

Segundo: Por infracción del artículo 120 de la Ley 2/2003 de 12 de febrero de 2003, puesto que el demandado nunca ostentó la posesión como propietario prevista en dicho artículo.

Tercero: Por infracción del artículo 6 y 133 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte de Aragón, que regula la delación en la fiducia y el artículo 162 y 163 de la misma ley relativa a la adquisición y posesión del legado.

Cuarto: Por infracción del artículo 71 y artículo 101 de la ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad.»

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, se dictó auto en fecha 19 de marzo pasado, por el que se declaraba la competencia de esta Sala, y admitía el recurso a trámite, confiriéndose traslado del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de veinte días, quien formuló oposición, y por providencia de fecha 29 de abril se señaló para votación y fallo el día 19 de mayo de 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Según resulta de los hechos considerados probados por la sentencia recurrida, y de la asunción que se hace en ella del relato cronológico efectuado en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Huesca, así como del contenido de las escrituras públicas a que se remiten, los presupuestos fácticos que son tenidos por acreditados en el presente procedimiento se remontan al día 16 de febrero de 2001, en el que don Manuel R. B. y su esposa doña Rosalía S. M., otorgaron testamento abierto mancomunado en el que, entre otras cláusulas que no son de relevancia al caso, dispusieron que se designaban mutua y recíprocamente fiduciarios, para que el sobreviviente de ellos pudiera ordenar la sucesión del premuerto entre los hijos y descendientes comunes, con la misma libertad con que podría haberlo hecho el causante. Y, además, acordaron que, para el caso de que el cónyuge sobreviviente no hiciera uso de la facultad de fiduciario concedida, legaban a su nieto don Víctor Manuel S. R., parte demandada en el procedimiento, diversos bienes, entre los que se encontraba el vehículo Nissan Terrano II, matrícula HU-3281-N.

En fecha no concretada, el otorgante don Manuel autorizó al citado nieto, don Víctor, a utilizar el automóvil antes referenciado. Autorización que luego fue ampliada al uso del turismo que sustituyó al que había sido objeto de disposición en el testamento, y que fue el turismo de igual marca Nissan, matrícula 0372CGZ, respec-

to del cual don Manuel incluso solicitó a la aseguradora del automóvil que tuviera como conductor autorizado a su nieto don Víctor Manuel.

Fallecido don Manuel el 9 de octubre de 2006, la esposa sobreviviente, doña Rosalía, otorgó testamento abierto el día 5 de diciembre de 2006 en el que, haciendo uso de las facultades que como fiduciaria le correspondían conforme al testamento del día 16 de febrero de 2001, disponía el legado del vehículo marca Nissan al nieto don Víctor, hijo de doña Ana María, e instituía heredera universal a su hija María Pilar.

Cuando el día 18 de febrero de 2007 conducía el repetido vehículo, el nieto don Víctor sufrió un accidente de tráfico que determinó que fuera antieconómica la reparación del turismo.

Y, finalmente, el día 13 de marzo de 2007, doña Rosalía otorgó nuevo testamento, en el que revocó el otorgado el día 5 de diciembre de 2006 y, en su lugar, dispuso legar a su hija doña Ana María la cantidad de 50 euros e instituir y nombrar heredera universal a su hija doña María Pilar, sin hacer expresa disposición respecto del vehículo Nissan.

Segundo: La demanda rectora del procedimiento se formuló por doña Rosalía contra su nieto don Víctor y en ella, actuando la demandante como usufructuaria y copropietaria del vehículo, y con fundamento en la regulación de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil reclamó el valor venal y valor de afección del vehículo siniestrado.

La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de Huesca estimó la demanda, condenando al demandado al pago de la cantidad de 14.680 euros. Sentencia que fue apelada, lo que dio lugar al dictado de la sentencia ahora recurrida por la Audiencia Provincial de Huesca el día 11 de diciembre de 2009. Esta sentencia estimó el recurso de apelación y absolvió al demandado y apelante.

Tercero: Recurrida la anterior sentencia en casación por la demandante, doña Rosalía, la parte recurrida ha opuesto como primer motivo procedimental determinante de la inadmisión del recurso el que por la recurrente no se hubieran alegado en la demanda normas de Derecho civil aragonés, y que por la sentencia recurrida se atiende sólo de modo tangencial a la aplicación del Derecho de Aragón.

Motivo de inadmisión que debe ser rechazado, ya que, como resulta con claridad de los diversos escritos de alegaciones formulados por ambas partes y del contenido de la sentencia, los títulos en los que la actora basó su reclamación eran los de resultar copropietaria, usufructuaria y fiduciaria por razón de matrimonio contraído bajo régimen económico aragonés, y por resultar aplicables las normas matrimoniales y sucesorias propias de Aragón. En consecuencia, y sin perjuicio de que sea también de aplicación la normativa del Código Civil reguladora del derecho posesorio, corresponde a esta Sala conocer del recurso por aplicación del artículo 478, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se opone asimismo por la parte recurrida motivo de inadmisión a trámite del recurso de casación, fundado en que lo que subyace en el recurso es la pretensión de modificar el primordial hecho probado de la sentencia de que el demandado poseía de buena fe el vehículo que se accidentó y que, además, lo poseía con plena convicción de ser su dueño.

Motivo de inadmisión que igualmente debe ser rechazado, puesto que, aunque se contienen en el escrito de recurso referencias a los hechos acreditados, lo pretendido no es una modificación de la relación fáctica declarada probada en la instancia, sino la valoración de si es correcta o no la interpretación de los preceptos atendidos en la resolución recurrida y si fueron o no correctamente aplicados.

Cuarto: El primer motivo del recurso de casación se fundamenta en la infracción

que denuncia el recurrente de los artículos 28 y 89 de la Ley de Aragón 2/2003 de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad. Motivo que está íntimamente ligado con el expuesto como causa de impugnación en el motivo cuarto del mismo recurso, en el que se denuncia la infracción de los artículos 71 y 101 de igual Ley, puesto que, en uno y otro caso, la fundamentación de la impugnación no es otra que la argumentación del recurrente de que la sentencia recurrida hace una indebida equiparación de los derechos que como usufructuaria y copropietaria correspondían a la demandante doña Rosalía, con los que como mero poseedor por tolerancia de la propiedad podía tener el demandado don Víctor. Relación entre ambos fundamentos del recurso que justifica su trato conjunto.

La alegada equiparación de los derechos de usufructo y de propiedad del vehículo con los del poseedor del bien no se observa que tenga lugar en la sentencia recurrida. Por el contrario, en ella se distingue con claridad cuál es el derecho que correspondía al demandado por virtud de la posesión que ostentaba y frente, precisamente, a quien es considerada en todo momento propietaria en igual resolución. De modo que la exclusión de responsabilidad del demandado no se basa en la sentencia en entender que la posesión sea equiparable a la propiedad o usufructo del bien, ni en que esté o no por encima del derecho de propiedad sobre el derivado de la posesión, sino en la articulación entre ambos derechos que deriva de la regulación del artículo 457 del Código Civil cuando el bien se pierde.

Por tanto, no existe fundamento para la estimación de los motivos uno y cuatro del recurso de casación.

Quinto: El motivo segundo del recurso se fundamenta en la infracción del artículo 120 de la citada Ley de Aragón 2/2003 que entiende la recurrente se ha producido porque el demandado nunca tuvo la posesión como propietario prevista en dicho artículo, sino que ostentó una posesión tolerada no

equiparable a la recogida en el artículo 120, con lo cual, concluye, no resulta de aplicación el artículo 457 del Código Civil, que es fundamento del fallo absolutorio de la sentencia, sino los artículos 444 y 463 del mismo Código, que conducen a la condena del demandado a indemnizar el valor del vehículo siniestrado.

El artículo 120 de la Ley 2/2003 no fue citado ni aplicado expresa o tácitamente por la sentencia recurrida. Lo que fue correcto, ya que la situación referida en tal norma al momento en que se ha extinguido el usufructo del cónyuge supérstite no se produce en este caso, pues doña Rosalía ha sido titular del usufructo derivado de la viudedad en todo momento, y lo era también cuando presentó la demanda.

La confusa alusión contenida en el motivo de recurso a la relación entre el citado artículo 120 y los preceptos que regulan la responsabilidad en caso de pérdida del bien por el poseedor, según sea meramente tolerada su tenencia, o lo sea, en cambio, a título de dueño y de buena fe, no cabe tampoco atenderla, ya que, como resulta de los hechos que considera acreditados la sentencia debatida, con referencia incluso a la aceptación que hizo al respecto la demandante en su demanda, lo determinante al tiempo de resolver es que la posesión por el nieto don Víctor del turismo lo fue siempre en la condición de considerarse dueño de él, y siempre de buena fe.

Por tanto, tal y como hace la sentencia recurrida, el artículo a observar es el 457 del Código Civil, con el efecto consiguiente de que, no habiéndose alegado ni acreditado dolo en la causación del accidente ocurrido, no cabe deducir responsabilidad del poseedor frente al dueño por la pérdida del vehículo.

Sexto: El tercer motivo de casación entiende infringidos los artículos 6, 133, 162 y 163 de la Ley de Aragón 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, con fundamento en la consideración de la recurrente de que el demandado sólo sería propietario del vehículo si la fiducia se hubiera extinguido o si no

hubiera sido ejercitada, ya que, en otro caso, no pudo adquirir en propiedad el legado.

Como indica con claridad la sentencia recurrida en su fundamento de derecho segundo, en ningún caso parte de entenderse que el legado hubiera llegado a ser adquirido por el legatario. Precisamente, aclara en tal sentido que «(...) el recurrente no tenía realmente mas que la expectativa de ser favorecido con el legado del vehículo siniestrado o de cualquier otro modo, lo que, salvo que la demandante pierda antes la condición de fiduciaria, sólo se sabrá a la muerte de la actora según cuál sea el tener del testamento que la misma deje al fin de sus días».

Por tanto, en contra de la tesis mantenida en este motivo de recurso, la sentencia expresa con precisión que el legado nunca llegó a producirse.

Y, efectivamente, conforme al testamento mancomunado que otorgaron los cónyuges en el año 2001 el legado sólo sería eficaz si quien resultara fiduciario por sobrevivir al otro cónyuge no dispusiera otra cosa. Devenida fiduciaria finalmente la esposa y demandante, no se abrirá su sucesión hasta que se produzca su fallecimiento. Y, por tanto, si ha optado por ejecutar la fiducia mediante instrumento mortis causa, como parece que es hasta ahora la única vía elegida, no será hasta tal momento de fallecimiento y apertura de la sucesión de la fiduciaria cuando tengan eficacia las disposiciones que haya podido hacer, sean de legado del vehículo o cualesquiera otras.

Por tanto, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya infringido los artículos que sirven de fundamento a este motivo de casación, sino que, por el contrario, ha observado tales preceptos, y con exposición razonada de su observancia.

Procede, en consecuencia, la desestimación de este último motivo de recurso.

Séptimo: Desestimados todos los motivos de impugnación, procede imponer al recurrente el pago de las causadas por el

presente recurso de casación, conforme a los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Rosalía S. M. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca el día 11 de diciembre de 2009 que confirmamos en todos los pronunciamientos contenidos en su fallo, imponiendo a la parte recurrente el pago de las costas causadas en el presente recurso de casación.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

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

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos el Excmo. señor presidente y los Ilmos. señores magistrados que componen la Sala.

NÚM. 7

S. TSJA de 18 de junio de 2010

84: SERVIDUMBRES: USUCAPIÓN:
Requisitos: *El artículo 147 Comp. permite adquirir por usucapión todas las servidumbres siempre que sean aparentes. Nada dice en cuanto a lo que deba entenderse por apariencia, por lo que resulta aplicable el artículo 532 Cc. Este precepto exige, en primer lugar, un signo exterior; señal o indicio directamente relacionado con la servidumbre. En segundo lugar, el signo ha de ser visible. En tercer lugar, ha de ser lo suficientemente revelador de la existencia de la ser-*

vidumbre, por tanto ha de tener carácter funcional o instrumental respecto de ésta, de tal forma que indique una utilidad para el predio dominante. Este último aspecto es clave (sobre todo en el caso de autos), pues de los signos debe poder deducirse la situación objetiva de un predio con respecto de otro, siendo inocua la existencia de un signo si el mismo está hecho para servicio de propio fundo.

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 147 Comp. aragonesa; art. 532 Cc.; arts. 483.2.2, 477.1 Lec.

PONENTE: Ilma. señora doña Carmen Samanes Ara.

En Zaragoza a dieciocho de junio de dos mil diez.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 3/2010, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha 16 de noviembre de 2009, recaída en el rollo de apelación número 202/2009, dimanante de autos de Procedimiento Ordinario número 332/2008, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de Boltaña, en el que son partes, como recurrentes, don Manuel O. A. y doña María Pilar G. B., representados por el procurador de los Tribunales don Guillermo García-Mercadal y García-Loygorri y dirigidos por la letrado doña Adoración Aventin Huguet, y como recurrido don Miguel Ángel L. E., representado por el procurador de los Tribunales don José Luis Isern Longares y dirigido por el letrado don Javier Vicente Canut.

Es ponente la magistrada Ilma. señora doña Carmen Samanes Ara.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El procurador de los Tribunales don Luis Recreo Giménez, actuando en

nombre y representación de don Miguel Ángel López Escartín, presentó demanda de juicio ordinario sobre acción negatoria de servidumbre de paso en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia por la que:

«a) Declare la inexistencia de derecho real de servidumbre de paso que grave la finca registral 493 del Registro de la Propiedad de Boltaña, propiedad de Miguel Ángel L. E., a favor de la finca 214 del Registro de la Propiedad de Boltaña propiedad de don Mariano O. A. y doña María Pilar G. B., condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración.

b) Declare el derecho de propiedad de mi mandante sobre la totalidad de la finca registral 493 del Registro de Propiedad de Boltaña, que se corresponde con la finca identificada en el Catastro como parcela 108 del Polígono 201 del término municipal de Broto, condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración, y a restituir a mi mandante la posesión de la porción de terreno ocupada absteniéndose de hacer uso de la misma.

c) Condene a los demandados a eliminar la puerta de su pared que da acceso al inmueble de mis mandantes, llevando a cabo las obras necesarias para reducir el hueco hasta que el mismo no permita el paso de personas sino tan solo luces y vistas, condenando en todo caso a los demandados a colocar reja de hierro remitida en la pared con red de alambre o protección semejante o equivalente.

d) Imponga a los demandados las costas del procedimiento.»

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada, quien compareció en tiempo y forma y contestó a la misma, oponiéndose a ella e interesando se dictase sentencia por la que se acordase:

«a) Desestimar la acción reivindicatoria y condena unida interesada de contrario, con base en las excepciones materiales alegadas en el cuerpo del presente escrito.

b) Desestimar la acción negatoria de servidumbres y condena unida interesada de contrario, con base en las excepciones materiales alegadas en el cuerpo del presente escrito.

c) Imponer a la parte actora las costas causadas ex artículo 394 Ley de Enjuiciamiento Civil.»

El Juzgado de Primera Instancia de Boltaña dictó sentencia en fecha 30 de abril de 2009, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que debo estimar parcialmente como estimo la demanda interpuesta por el procurador señor Recreo, en nombre y representación de don Miguel Ángel L.E. contra don Mariano O. A. y doña María Pilar G. B. y declaro que: estimando la acción reivindicatoria declaro que don Miguel Ángel L. E. es el propietario de la totalidad de la finca registral 493 del Registro de la Propiedad de Boltaña que se corresponde con la finca catastral parcela 108 del polígono 201, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración, así como a restituir al demandante la porción de terreno que poseen más allá de la línea de su fachada según lo especificado en el fundamento de derecho tercero de esta resolución, salvo lo que se derive del derecho de servidumbre de paso.- Que se desestima la acción negatoria de servidumbre de paso, así como el resto de condenas y declaraciones solicitadas en la letra c) del suplico de la demanda. Sin imposición de las costas a ninguna de las partes por ser parcial la estimación de la demanda, debiendo abonar cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad.»

Tercero: Interpuesto por la parte demandante, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Boltaña, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quien presentó escrito de oposición al recurso, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Huesca, ésta dictó sentencia de fecha 16 de noviembre de 2009, cuya parte dispositiva dice así: «FALLAMOS: Que estimando el

recurso de apelación interpuesto por la representación de Miguel Ángel L. E. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Boltaña en los autos anteriormente circunstanciados, revocamos parcialmente dicha resolución para, estimando íntegramente la demanda, declarar la inexistencia de derecho real de servidumbre de paso que grave la finca registral 493 del Registro de la Propiedad de Boltaña, propiedad del citado recurrente, a favor de la finca 214 del mismo Registro, propiedad de los demandados Mariano O. A. y Pilar G. B., a los que condenamos a estar y pasar por la anterior declaración y a eliminar la puerta de su pared que da acceso al citado inmueble del apelante, llevando a cabo, al menos, las obras necesarias para convertir dicha puerta en ventana y colocando, en tanto mantengan un hueco, reja de hierro remetida en la pared con red de alambre o protección semejante o equivalente. Además condenamos a los repetidos demandados al pago de las costas de la primera instancia, omitiendo todo pronunciamiento sobre el pago de las causadas en esta alzada.»

Cuarto: La Procuradora de los Tribunales doña Hortensia Barrio Puyal, actuando en nombre y representación de don Mariano O. A. y doña María Pilar G. B., presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso extraordinario de infracción procesal y recurso de casación foral contra dicha sentencia, y una vez que la Audiencia Provincial de Huesca los tuvo por preparados, formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en cuanto a la infracción procesal en el error de valoración de la prueba y la fijación de los hechos probados y sobre la valoración final de las infracciones citadas en su escrito y su relevancia constitucional. El recurso de casación lo basó en los siguientes motivos: «1.º Se invoca en primer lugar la infracción del artículo 147 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, en relación con el concepto de servidumbre aparente del artículo 532 del Código Civil. 2.º Con carácter subsidiario al anterior se invoca la infracción del artículo 148 de la Compila-

ción, en relación al concepto de servidumbre no aparente regulada en el artículo 532 del Código Civil. 3.º Se invoca acumuladamente la infracción del artículo 147 y 148 de la Compilación, éste último con carácter subsidiario como se viene exponiendo, en relación con los artículos 530 y 598 del Código Civil. 4.º Se invoca acumuladamente la infracción del artículo 147 y 148 de la Compilación, éste último con carácter subsidiario, y ambos en relación al transcurso del plazo de diez años para adquirir por prescripción ambos tipos de servidumbres, en relación con el artículo 217.1 Ley de Enjuiciamiento Civil. 5.º Se invoca con carácter subsidiario en defecto de la estimación del anterior motivo, la infracción del artículo 147 y 148 de la Compilación, éste último con carácter subsidiario como se viene exponiendo, y ambos en relación a los artículos 1.960-2.º y 459 del Código Civil.»

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 4 de marzo de 2010 providencia por la que se acordó: «Vistos los motivos en los que se funda el recurso de casación, se considera por la Sala que en cuanto al segundo y al quinto, puede estar presente la causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 483.2.2.º, en relación con el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al estar referidos a normas que no son aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. En cuanto a los motivos tercero y cuarto, puede estar presente la causa de inadmisibilidad prevista en el 483.2.2.º, en relación con el 477.1 Ley de Enjuiciamiento Civil al estar referidos sustancialmente a la cuestión de la valoración probatoria realizada en la sentencia impugnada. Y por lo que hace referencia a los motivos de recurso por infracción procesal, se considera que puede estar presente la causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 473.2.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En consecuencia, se acuerda, de conformidad con lo previsto en los arts. 473.2

y 483.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, oír a las partes por plazo de diez días para que puedan formular al respecto las alegaciones que estimen procedente. Dentro de plazo, las partes presentaron escritos de alegaciones y por auto de fecha 16 de abril pasado se declaró la competencia de la Sala para el conocimiento del recurso de casación, inadmitiendo el recurso de infracción procesal y admitiendo parcialmente el recurso de casación, únicamente por el motivo primero de los formulados, inadmitiéndose por el resto de los motivos, acordándose conferir el traslado oportuno a la parte contraria por veinte días, quien formuló oposición, y por providencia de fecha 21 de mayo de 2010 se señaló para votación y fallo el día 9 de presente mes y año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Antes de entrar en el examen de las alegaciones de las partes, y para centrar adecuadamente el planteamiento casacional, conviene destacar los extremos que resultan de interés a los efectos del presente recurso y que se señalan a continuación.

Don Miguel Ángel L. E., demandante en el procedimiento del que trae causa el recurso, es nudo propietario de una finca sita en Bergua, registrada catastralmente en el polígono 201, parcela 108. Los demandados son propietarios (en virtud de compraventa autorizada en 24 de enero de 1983) de la finca que linda con la del actor por el fondo pero situada a una cota más baja, de modo que la buhardilla de la casa de aquéllos queda a la altura de la finca del actor.

Los demandados solicitaron permiso a la madre de don Miguel Ángel para abrir una puerta en la fachada lindante con la finca del actor a fin de posibilitar a través de ella el traslado de materiales de construcción necesarios para las obras de rehabilitación de la casa. Esta petición, que fue atendida, obedecía a la circunstancia de que con anterioridad al año 1994 (momento en el que se concluyeron las obras de acondicio-

namiento de la entrada a la localidad) la única posibilidad de acceder a Bergua con vehículo rodado era a través de la finca del actor, sita entre el casco urbano de Bergua y la pista de Fiscal a Sasa. Ese paso se utilizaba también, con permiso de la usufructuaria, por otros vecinos de la pedanía.

En el año 1994 la madre del actor decidió restringir el paso por la finca al entender que era ya innecesario, por lo que colocó una cadena en la entrada del camino.

En la demanda se ejercitó (entre otras) una acción negatoria de servidumbre de paso. Los demandados alegaron haber adquirido por usucapión el derecho de servidumbre de paso con vehículos a través de la finca de aquéllos, al tratarse de una servidumbre aparente y haberla poseído durante más de diez años.

La sentencia de 30 de abril de 2009 del Juzgado de Primera Instancia de Boltaña desestimó la acción negatoria de servidumbre, al entender que había posesión *ad usucapionem*, apariencia de paso, y el transcurso de más de diez años.

Apelada la sentencia por el actor, la de 16 de noviembre de 2009 de la Audiencia Provincial de Huesca estimó el recurso y declaró la inexistencia de derecho de servidumbre que grave la finca del recurrente.

Segundo: En el único motivo de casación que resultó admitido en auto de fecha 16 de abril, se alega infracción del artículo 147 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón en relación con el concepto de servidumbre aparente del artículo 532 del Código Civil. En el desarrollo del motivo refiere el recurrente que la Audiencia Provincial niega el carácter aparente de la servidumbre por cuanto la misma no discurre a través de senda, camino o carril en cuanto al último tramo del paso, y que tampoco la existencia de la puerta resulta relevante para la Sala. Frente a esto, se afirma en el recurso que «la existencia indubitada de la puerta y la existencia indubitada de la faja litigiosa en forma de badén que se ha salvado mediante una construcción habilita-

da a tal efecto o remanso –tan comentado en el acto del juicio– permiten determinar sin mayores esfuerzos valorativos que el sentido común ante una servidumbre aparente (...)».

La parte recurrida, en su escrito de oposición, aduce que podría concurrir la causa de inadmisibilidad prevista en el artículo 483.2.2º en relación con el artículo 477.1 LEC, al estar referido el motivo de casación a la cuestión de la valoración probatoria. Mas realmente, y por lo que acaba de indicarse, no es la valoración de la prueba lo que se cuestiona. La disconformidad que se manifiesta en el recurso no está en relación con los hechos declarados probados sino con la no calificación de tales hechos como *apariencia* de servidumbre.

Tercero: Al no ser la casación una tercera instancia, la labor de control de la Sala ha de verificarse partiendo de los hechos declarados como probados en la sentencia recurrida. Recordemos que el proceso decisorio está integrado en la instancia por una doble operación: a) la fijación de los hechos a través de la valoración de la prueba practicada, y b) la subsunción de tales hechos en la normativa jurídica determinante del efecto jurídico declarado, es decir, la constatación de que el hecho probado encaja en el supuesto de hecho que la norma pone como premisa para la producción del efecto jurídico. La primera operación es función privativa de los juzgadores de instancia e irrevocable en casación. Pero la segunda va más allá del elemento fáctico propio de aquella, pues comporta una actividad interpretativa y aplicativa de la norma en la que los hechos se subsumen, plenamente integrada en el juicio de derecho a que se contrae la casación. En definitiva, la calificación de los hechos consiste en asimilar una situación de hecho a una noción legal, en determinar en qué categoría legal debe encuadrarse el hecho o el acto cuya existencia ha sido probada y, en consecuencia, en establecer qué norma jurídica le es aplicable. Sobre tal operación el control casacional

puede extenderse con amplitud, pues la errónea calificación de los hechos comporta una infracción de la norma, ya que la consecuencia que se sigue de una calificación incorrecta es que, o bien se aplica la ley a una situación de hecho para la que no está prevista, o bien la norma no se aplica a una situación que encaja dentro del supuesto de hecho legal. Entendemos, así, que la apreciación de la apariencia (como elemento imprescindible para apreciar la posibilidad de usucapión de una servidumbre) es una cuestión jurídica revisable en casación, si bien tal apreciación ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la sentencia de instancia.

Cuarto: El artículo 147 de la Compilación permite adquirir por usucapión todas las servidumbres siempre que sean aparentes. Nada dice en cuanto a qué ha de entenderse por apariencia, por lo que hemos de acudir, como señala el recurrente, al criterio que suministra el artículo 532 del Código Civil. Este precepto exige, en primer lugar, un signo exterior; una señal o indicio directamente relacionada con la servidumbre. En segundo lugar, el signo ha de ser visible. En tercer lugar, ha de ser suficientemente revelador de la existencia de la servidumbre, por tanto ha de tener un carácter funcional e instrumental respecto de ésta, de tal forma que indique una utilidad para el predio dominante. Este último aspecto es clave para la resolución del recurso que nos ocupa, pues, en efecto, de los signos debe poder deducirse la situación objetiva de un predio con respecto del otro, siendo inocua la existencia de un signo si el mismo está hecho para el servicio del propio fundo.

Quinto: En lo que resulta relevante a los efectos de resolver el presente recurso, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca expresó (fundamento de derecho segundo) que «... en las proximidades existe un camino, cierto, que permite el paso de vehículos, pero ese camino no lleva a la finca de los demandados sino a la finca propia del actor y no denota subordinación alguna que permitiera suponer

siquiera la existencia de un predio dominante y un predio sirviente entre la finca del demandante y la casa de los demandados. En las fotos aportadas no se aprecia camino alguno entrando al supuesto predio dominante (...) en el acta de reconocimiento judicial se hizo constar que «en la faja de terreno próximo a la entrada posterior de la casa de los demandados no se aprecian signos de rodadura ni de camino aparente», todo ello después de haber hecho constar, en esa misma acta, que lo que da acceso a la parte posterior de la casa de la parte demandada es «una faja de terreno con hierba», lo que coincide con lo que vemos en las fotos aportadas (...)». Y en cuanto a la puerta abierta en la casa de los demandados, precisa: (...) aparte de que sólo permite el acceso de personas, no de vehículos, no puede servir por sí misma para cumplir el requisito de la apariencia pues tenemos repetidamente declarado que las puertas, a efectos de la apariencia de servidumbre de paso, no bastan por sí mismas si no se abren a senda, camino o carril.

Por tanto, a partir de las fotografías aportadas y del acta de reconocimiento judicial, la Audiencia fijó una serie de hechos: la existencia de un camino que no conduce a la finca de los demandados, sino a terreno de titularidad del actor; la existencia de una faja de terreno o prado entre la casa de los demandados y el camino, y en la que no hay signo de rodadura ni camino; la existencia de una puerta en la casa de los demandados, que da a dicha faja de terreno. Y consideró que tales circunstancias no denotaban subordinación entre un predio dominante y otro sirviente, por lo que concluyó que esa situación no constituía apariencia de servidumbre. En este punto hemos de destacar que la controversia entre las partes versó, tal como se sintetiza en la página 21 de la contestación a la demanda, sobre la existencia o inexistencia de una servidumbre de paso de vehículos a través del camino particular que parte de la pista pública y transcurre por el interior de la finca del actor, hasta terminar en las proximidades de la parte trasera de la finca de

los demandados. Precisamente, la sentencia del Juzgado alude al problema –planteado en el acto de la vista– de que la servidumbre no incluye el derecho del demandado a estacionar su vehículo en la mencionada faja de terreno, estableciendo que aunque en efecto, no lo incluye, ello resultará inevitable al carecer de la posibilidad de introducir aquél en la finca del demandado una vez ha llegado hasta la fachada, zanjando la cuestión con una referencia al ejercicio de los derechos dentro de los límites normales de los mismos.

Pues bien, teniendo en cuenta que lo controvertido es una servidumbre de paso de vehículos, y que no hay signo de rodadura (ni ningún otro) en el prado sito entre el camino y la casa de los demandados, poco o nada añade a efectos de la apariencia, la puerta existente en la referida casa. Debería matizarse el criterio de la sentencia según el que, con carácter general, las puertas tienen que abrirse a camino o carril para poder ser consideradas signo aparente de servidumbre, pues ello dependería de las circunstancias que en cada supuesto concurren. En el caso que nos ocupa, sin embargo, la puerta en cuestión se abrió, como expresa la sentencia impugnada, *tras la amable autorización de la madre del actor, pues la finca de los demandados nunca antes había tenido una puerta por ese lado*, es decir, que no era el único acceso ni el principal a la casa. Y además no permite, como es obvio, el paso de vehículos hasta la finca de los demandados, de manera que es insuficiente para entender que hay apariencia de tal servidumbre.

La revisión, por esta Sala de casación, de esa valoración de los hechos y por cuanto ha quedado expuesto, permite determinar la corrección de ese juicio subsuntivo pues, en efecto, al no concurrir los requisitos –señaladamente el tercero– que hemos indicado en el Fundamento Cuarto, no resultaba procedente declarar el efecto jurídico (adquisición de la servidumbre)

que el artículo 147 anuda a la posesión por diez años. En consecuencia, dicha norma no se ha infringido.

Sexto: Lo anterior es suficiente para desestimar el recurso. Añadiremos, no obstante, que aunque hubiese concurrido la infracción denunciada, tampoco podría estimarse aquél, ya que la sentencia atacada entendió además que no estaba acreditada la concurrencia del elemento temporal exigido por el repetido artículo 147.

Por todo lo que antecede el recurso se desestima, manteniéndose la resolución impugnada.

Séptimo: Las costas del presente recurso serán abonadas por la parte recurrente, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación núm. 3 de 2010 interpuesto por el procurador de los Tribunales don Guillermo García-Mercadal y García-Loygorri en nombre y representación de don Mariano O. A. y doña María Pilar G. B., contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Huesca en fecha 16 de noviembre de 2009, con imposición de las costas del mismo a la parte recurrente.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

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

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

8

NÚM. 8

A. TSJA de 12 julio de 2010

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: TUTELA ADMINISTRATIVA: Desamparo: *La declaración de desamparo y la posibilidad de que el menor se reinserte en su familia biológica presentan interés casacional, (STS de 31 de julio de 2009): 1) declarada la situación de desamparo se ha producido con posterioridad un cambio de circunstancias con relación al momento en que se produjo dicha declaración, que permite determinar si lo padres se encuentran en situación de asumir nuevamente la patria potestad; 2) Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con la evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno, sino que es menester que esa evolución sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación de riesgo de desamparo del menor. El caso de autos nada de ello presenta y sólo pretenden recurrir la prueba, lo que no cabe en casación.*

DISPOSICIONES CITADAS arts. 52, 53, 56 y 59 Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón; art. 22 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; art. 172 Cc.; art. 3 Ley 4/2005, de 14 de junio sobre la casación foral aragonesa; arts. 478.1 y 484 Lec.

PONENTE: Ilmo. señor don Luis Fernández Álvarez.

En Zaragoza a doce de julio de dos mil diez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: La procuradora doña María Pilar Sierra Parroque, actuando en nombre y representación de don José Manuel B. M., presentó ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, escrito

de preparación de recurso de casación frente a la sentencia de fecha 23 de febrero de 2010, dictada por dicha Audiencia en el rollo de apelación núm. 686/2009, dimanante de los autos de oposición a resolución administrativa en materia de protección de menores núm. 480/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, siendo parte recurrida el Instituto Aragonés de Servicios Sociales, representado y dirigido por el letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón, y el Ministerio Fiscal y por providencia de fecha 9 de marzo del presente año se tuvo por preparado el expresado recurso, presentándose dentro de plazo el oportuno escrito de interposición, tras lo cual se remitieron los autos a esta Sala.

Segundo: Recibidas las actuaciones, se formó el rollo de casación núm. 11/10, en el que se personaron todas las partes en tiempo y forma, y seguidamente se pasaron al Magistrado Ponente para que se instruyese y sometiese a la deliberación de la Sala lo que hubiese que resolver sobre la admisión o inadmisión del recurso de casación, acordándose por providencia de 3 de junio pasado oír a las partes por diez días sobre la concurrencia de posible causa de inadmisión de los motivos articulados, quienes formularon las oportunas alegaciones.

Es ponente el Ilmo. señor magistrado don Luis Fernández Álvarez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: En el trámite de admisión del recurso de casación la Sala debe examinar en primer lugar su competencia, pronunciándose seguidamente, si se considerase competente, sobre la admisibilidad del mismo, según dispone el artículo 484 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo que se refiere al primer extremo, no ofrece duda la competencia de este órgano jurisdiccional, pues a tenor del artículo 478, núm. 1.º, párrafo 2.º, de la mentada Ley procesal, corresponde «a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales

Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los Tribunales Civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad», y examinado el escrito de interposición vemos que en él se denuncia infracción por indebida aplicación, entre otros, de los artículos 56 y 59 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y Adolescencia en Aragón.

Segundo: En el primero de los motivos alega el recurrente infracción por vulneración de los artículos 52 y 53, relativos al trámite de audiencia, notificación y comunicación, todos ellos de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y Adolescencia en Aragón, en relación con el artículo 22 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y el artículo 172 del Código Civil, que no han sido aplicados.

Versa este motivo sobre aspectos procedimentales que ya fueron planteados en la instancia, donde no se apreció vicio de nulidad, manifestándose en el fundamento de derecho segundo de la sentencia de la Audiencia Provincial que consta en autos la notificación de la resolución de 23 de octubre de 2008, por la que se aprecia la situación de desamparo (y también la de 26 de febrero de 2009, por la que se confirma la anterior), y dicha situación probatoria no puede modificarse por el cauce del recurso de casación, pues éste se circunscribe a las cuestiones sustantivas, limitándose a una estricta función revisora del juicio jurídico, consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados (autos del TS de 27 de noviembre de 2001, 22 de enero, 5 de febrero, 8 de octubre y 19 de noviembre de 2002, 25 de marzo, 1 de julio, 16 de septiembre y 21 de octubre de 2003, 8 y 25 de mayo, 1 y 6 de junio de 2004, etc.), por lo que procede acordar su inadmisión, en aplicación de la anterior doctrina.

Tercero: En el segundo de los motivos aduce el recurrente infracción por indebi-

da aplicación de los artículos 56 y 59 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y Adolescencia en Aragón, en relación con el artículo 172 del Código Civil.

Ahora bien, en él se propugna una revisión de la prueba practicada en orden a obtener una valoración probatoria distinta de la realizada por los órganos de instancia, quienes tras una apreciación global y conjunta de la prueba de autos, estiman acreditada la existencia de una situación de desamparo.

El Tribunal Supremo, al precisar el ámbito de los recursos de casación y extraordinario por Infracción Procesal, ha reiterado que una correcta técnica casacional implica plantear cuestiones jurídicas sin apartarse de los hechos, toda vez que el recurso de casación no constituye una tercera instancia, sino que es un recurso extraordinario que tiene una finalidad de control de la aplicación de la norma sustantiva y de creación de doctrina jurisprudencial, lo que impide invocar la infracción de normas sustantivas desde una contemplación de los hechos diferente de la constatada en la instancia, eludiendo así la valoración probatoria contenida en la sentencia impugnada, y si se argumenta al margen de la base fáctica contenida en la misma se incurre en el defecto casacional de hacer «supuesto de la cuestión» (véanse las sentencias de 29 de diciembre de 1998, 22 de febrero y 6 de abril de 2000, 31 de mayo de 2001, 22 de marzo y 12 de junio de 2002, 13 de febrero de 2003, 16 de marzo, 8 de abril y 12 de mayo de 2005, 8 de marzo, 19 de abril, 11 de junio y 20 de diciembre de 2007, 5, 13 y 26 de junio de 2008, entre otras muchas).

Nada en contra supone el que por esta Sala se haya admitido el recurso de casación civil núm. 11/2009, que fue resuelto por sentencia de 4 de enero de 2010, en la que, entre otras cosas, se dice:

– ... «conforme a muy reiterada y conocida doctrina jurisprudencial, el recurso de casación no es una tercera instancia (vid., por todas, la reciente sentencia de esta Sala

de 5 de octubre de 2.009, recurso 4/2009) y en su examen debe partirse de los hechos acreditados en la primera instancia y en la apelación, sin que se pueda pretender una nueva valoración y revisión de los mismos, lo que sólo cabría por el cauce oportuno del recurso extraordinario por infracción procesal, que no se ha interpuesto.»

– «La recurrente discrepa extensamente del contenido de los diferentes informes y da su propia versión de los mismos olvidando que la sentencia recurrida los valora y basa en ellos su decisión de ratificar las resoluciones administrativas adoptadas, por lo que incurre en el defecto anteriormente señalado de pretender una nueva valoración de la prueba y revisión de los hechos, vedada en casación.»

– «Partiendo de que, como se ha dicho, no puede el recurrente basar el recurso de casación en su propia revisión de la prueba y, en definitiva, de los hechos que se tienen por acreditados, no cabe sino concluir que tales hechos justifican plenamente las decisiones administrativas impugnadas, y correctamente ratificadas por las sentencias de los tribunales de instancia y apelación.»

Sucede que en dicho recurso, a diferencia del que nos ocupa, se planteaba una cuestión que sí presentaba interés casacional, a saber, si cabe que la situación de desamparo se declare con base en informes anteriores al nacimiento del niño, de tal forma que una vez producido el nacimiento se desenvuelvan las consecuencias legales de dicha declaración, que lleva a la separación del niño del medio familiar, de ahí que se hubiese admitido.

Otro tanto cabe decir respecto de la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 2009, ya que en ella se planteaban dos cuestiones con interés casacional:

«1. Si es procedente que el Juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración, contemple la existencia de un cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se declaró con el fin de

determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad o, por contrario, deben contemplarse únicamente las circunstancias que concurrían en el momento en que la Administración asumió la tutela del menor y subordinar el examen de un posible cambio de circunstancias a una solicitud de revocación de las medidas acordadas.

2. Cómo debe ponderarse el interés del menor en relación con la existencia de un cambio de circunstancias que pueda justificar que los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad y que es posible la reinserción del menor en la familia biológica.»

Sobre estas dos cuestiones se sienta la siguiente doctrina:

«A) Es procedente que el Juez, al examinar la impugnación de la declaración de desamparo por la Administración interpuesta al amparo del artículo 172.6 del Código Civil, contemple el cambio de circunstancias producido con posterioridad al momento en que se produjo la declaración con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad.

B) Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos, ni con su propósito de desempeñar adecuadamente el rol paterno y materno, sino que es menester que esta evolución, en el plano objetivo y con independencia de las deficiencias personales o de otro tipo que puedan haber determinado el desamparo, sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentre teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tiempo transcurrido en la familia de acogida, si su integración en ella y en el entorno es satisfactoria, si se han desarrollado vínculos afectivos con ella, si obtiene en la familia de acogida los medios necesari-

rios para su desarrollo físico y psíquico, si se mantienen las referencias parentales del menor con la familia biológica y si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico.»

Pues bien, dicho recurso nada tiene que ver con el que aquí nos ocupa, pues el señor B. M. niega que existiese una situación de desamparo en el momento en que la Administración adoptó la medida de protección («mi representado nunca ha incumplido gravemente sus obligaciones para con su hijo, ni ha creado situaciones de riesgo o desamparo del menor») y simplemente pretende una revisión de la prueba practicada en orden a obtener una valoración probatoria distinta de la realizada por los órganos de instancia, lo que sólo cabría lograr por el cauce del recurso extraordinario por infracción procesal, que no se ha interpuesto. En suma, este segundo motivo de casación también debe ser inadmitido.

Cuarto: El tercer motivo se sustenta en interés casacional, al amparo del artículo 3 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, por oponerse la sentencia recurrida a la jurisprudencia emanada de sentencias de diversas Audiencias Provinciales.

Ante un motivo similar, en la sentencia de esta Sala de fecha 4 de enero de 2010 ya se aclaró que el interés casacional no es un motivo del recurso de casación sino un presupuesto de recurribilidad. Dispone el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que «el recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso». Por lo tanto, cuando el núm. 2 del mismo artículo establece que serán recurribles las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales en los casos que a continuación señala, como cuando la resolución del recurso presente interés casacional (apartado 3.^o), está señalando presupuestos del recurso de forma que, si se cumple cualquiera de ellos, la sentencia será recurrible, pero el recurso siempre deberá fundarse en la infracción de nor-

mas aplicables para resolver las cuestiones. Es decir, el interés casacional no es un motivo del recurso sino un presupuesto previo para la recurribilidad de la sentencia.

Por lo que se refiere al motivo del recurso en sí, o sea a su justificación en cuanto al fondo, resulta que las sentencias de las Audiencias Provinciales que examina el señor B. M. se refieren a situaciones y hechos diferentes, que son enjuiciados en función de las pruebas y circunstancias específicas de cada caso concreto. En el supuesto que nos ocupa los órganos de instancia han estimado acreditada la existencia de una situación de desamparo, debiendo estarse a dicha valoración probatoria, so pena de incurrir en el defecto casacional de hacer «supuesto de la cuestión», pues no cabe apreciar infracción de normas sustantivas desde una contemplación de los hechos diferente de la constatada en la instancia, como se ha visto al examinar el motivo segundo el recurso. En consecuencia, este motivo de impugnación también debe ser inadmitido y, por lo tanto y de conformidad con lo establecido en el artículo 483.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede declarar la inadmisión del recurso de casación formulado y la firmeza de la resolución recurrida.

Quinto: Como la admisión o no del recurso interpuesto presenta aspectos dudosos, no procede hacer especial pronunciamiento sobre costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La Sala acuerda no admitir el presente recurso de casación interpuesto por la procuradora de los Tribunales doña María Pilar Sierra Parroque, en nombre y representación de don José Manuel B. M., frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en fecha 23 de febrero de 2010.

Se declara la firmeza de dicha resolución.

No se hace especial pronunciamiento sobre las costas de este recurso.

Devuélvanse las actuaciones, con testimonio de este auto, a la indicada Audiencia Provincial.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman el Excmo. señor presidente y los Ilmos. señores magistrados expresados al margen.

núm. 103/2010 dimanante de autos núm. 131/2009, seguidos ante el Juzgado de 1.ª Instancia número 2 de La Almunia de Doña Godina (Zaragoza), en juicio ordinario, en el que son partes, como recurrente, C de T y C, representado por la procuradora de los Tribunales doña Patricia Peiré Blasco y dirigido por la letrada doña Almudena Sonia Gracia Gálvez y como recurrida, la entidad F L B, S. L., representada por la procuradora de los Tribunales doña Begoña Uriarte González y dirigida por el letrado don Carlos Cuartero Bernal.

Es ponente el Excmo. señor presidente don Fernando Zubiri de Salinas.

9

NÚM. 9

S. TSJA de 1 de septiembre de 2010

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: LEY DE CAZA: Responsabilidad: *El artículo 71 Ley de caza aragonesa establece una responsabilidad objetiva conforme a la cual, y comprobados los hechos fundantes de la pretensión –la titularidad de los terrenos cinegéticos, la causación del daño y la procedencia de los animales– no es necesario acreditar la culpa o negligencia de los titulares de los terrenos dedicados a la caza, para que sea exigible esa responsabilidad. Ésta únicamente cede en supuestos en los que se compruebe la culpa o negligencia del perjudicado o de un tercero ajeno al titular de la explotación.*

DISPOSICIONES CITADAS: *art. 71 Ley de caza*

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

En Zaragoza a uno de septiembre de dos mil diez.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación núm. 10/2010, interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, en fecha 26 de febrero de 2010, recaída en el rollo de apelación

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El Procurador de los Tribunales don Francisco Javier Sanz Romero, actuando en nombre y representación de F L B., presentó demanda de juicio ordinario ante el Juzgado Decano de Primera Instancia de La Almunia de Doña Godina, con base en los hechos y fundamentos que en la misma expresó, suplicando al Juzgado que, previos los trámites legales, se dicte sentencia por la que «se declare que los daños sufridos por mi mandante son producidos por los conejos del coto cuyo titular es la demandada, y que los mismos ascienden a la cantidad de 16.700,80 euros, más intereses del artículo 576 de la L.E.C. desde la interposición de la demanda, condenándola a estar y pasar por tal declaración, con expresa imposición de costas procesales».

Segundo: Turnada al Juzgado de Primera Instancia núm. 2, por auto de 18 de febrero de 2009 se admitió a trámite la demanda, acordando dar traslado a la parte demandada quien compareció en tiempo y forma contestando a la misma y solicitó: «se dicte sentencia desestimando en su totalidad la demanda interpuesta de contrario, con expresa imposición de costas a la parte actora», y tras la celebración de vista pública, el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de La Almunia de Doña Godina dictó sentencia en fecha 20 de noviembre

de 2009, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Desestimar la demanda presentada por el procurador señor Sanz Romero, en nombre y representación de F L B S.L, absolviendo a C de T y C de todos los pedimentos de la demanda, con imposición de costas a la parte demandante».

Tercero: Interpuesto por la parte demandante, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la citada sentencia, se dio traslado del mismo a la parte contraria, impugnándose el recurso planteado de contrario. En fecha 3 de febrero de 2010, se tuvo por formalizado el trámite de oposición por las partes, remitiéndose las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, ante la que comparecieron las partes en tiempo y forma, y tras los trámites legales se dictó sentencia en fecha 26 de febrero de 2010, cuya parte dispositiva dice así: «FALLO: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador señor Sanz Romero, en la representación que tiene acreditada, contra la Sentencia dictada el pasado día veinte de noviembre de dos mil nueve por la señora juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de la Almunia de Doña Godina, la revocamos, y así, estimando íntegramente la demanda entablada por la entidad mercantil «F L B S. L.» contra C de T y C, declaramos que los daños sufridos en la finca del actor son producidos por los conejos del coto cuyo titular es el demandado, condenando a éste a que pague a aquél la suma de dieciséis mil setecientos euros, ochenta céntimos, que es en adeudarle, más los correspondientes intereses legales desde la fecha de la interposición de la demanda y a las costas de la primera instancia, sin costas de alzada.»

Cuarto: La procuradora de los Tribunales señora Patricia Peiré Blasco, actuando en nombre y representación de C de T y C presentó, en tiempo y forma, escrito preparando recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provin-

cial de Zaragoza, Sección Quinta, y teniéndose por preparado se formuló el oportuno escrito de interposición, que basó en el siguiente motivo: ÚNICO: Por infracción e indebida aplicación del artículo 71 de la Ley de Caza de Aragón, 5/2002 de 4 de abril, modificado por la Ley 15/2006 de 28 de diciembre de Montes de Aragón.

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, se dictó en fecha 25 de mayo de 2010 Auto por el que se admitió a trámite el recurso de casación y se confirió traslado del escrito de interposición a la parte contraria por plazo de veinte días para impugnación si viere convenirle, lo que hizo dentro de plazo, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 15 de julio de 2010.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La pretensión ejercitada en la demanda solicitaba del Juzgado una sentencia que declarase que los daños sufridos por la parte actora son producidos por los conejos del coto cuyo titular es la demandada, y que los mismos ascienden a la cantidad de 16.700,80 euros, más los intereses prevenidos en el artículo 576 de la L.E.Civil, instando una condena de la demandada a estar y pasar por tal declaración. La sentencia de primera instancia desestima la demanda con fundamento en que, si bien consta la presencia masiva de conejos, donde más abundan dichos animales es en las zonas no cinegéticas, como son la de seguridad de la autovía y las fincas de árboles frutales e inmediaciones donde no está permitida la caza por motivos de seguridad, no pudiendo los cazadores tener acceso a los mismos, salvo con hurones y previa autorización del INAGA. Continúa expresando en el fundamento de derecho tercero que el actor, que conocía la existencia de conejos en la zona, no adoptó ninguna medida eficaz y suficiente para evitar los daños causados por los conejos y el ramoneo, medidas que sí fueron adoptadas por otros vecinos afectados;

y que en las zonas de seguridad se hallaron escombreras y acopios de tronqueras y árboles arrancados que sirvieron de refugio para los conejos, multiplicándose rápidamente protegidos por estos refugios y por el vallado de la autovía. Concluye entendiendo que ha existido responsabilidad de la propia parte actora, por lo que no puede declararse la responsabilidad pretendida.

Segundo: La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, estimó el recurso de apelación deducido por la actora y, revocando la de primera instancia, estimó íntegramente la demanda deducida. Para ello parte de la no aceptación de los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, y en su propia fundamentación jurídica expresa, como cuestiones fácticas y valoraciones jurídicas, que la entidad demandada no adoptó las medidas adecuadas para evitar la multiplicación de los conejos, mientras que el actor sí que tomó las medidas razonables encaminadas a evitar los daños en sus árboles frutales, como proteger sus troncos con plásticos, que finalmente fueron ineficaces. Continúa expresando que «el amontonamiento de ramas en la finca de la actora no es causa suficiente para explicar la sobresaturación de los conejos», la cual se debe a mala política de gestión de la caza en el coto –fundamento de derecho tercero–.

En consecuencia, la Audiencia Provincial hace aplicación al caso de lo establecido en el artículo 71.1 de la Ley de Caza de Aragón, considerando la responsabilidad objetiva y la culpabilidad única del dueño de terrenos destinados a la caza por los daños causados, y estima íntegramente la demanda, condenando al C de T y C a que pague a la sociedad actora la suma reclamada.

Tercero: El recurso de casación se funda en un motivo único, invocando que la sentencia impugnada aplica indebidamente la Ley de Caza de Aragón, 5/2002 de 4 de abril, y especialmente el artículo 71 de la misma que establece la responsabilidad de los titulares de cotos de caza en relación

con los daños causados en la agricultura. En el desarrollo del motivo expone que, a su juicio, se ha aplicado indebidamente la norma por cuanto la recurrente efectúa un adecuado control y gestión del coto de caza, indicando que la sentencia de apelación parte de un error, «metiendo en el mismo saco al artículo 1906 del Código Civil, al 33 de la Ley de Caza estatal y al 71 de la Ley de Caza aragonesa», y finalmente razona que no se dan los requisitos para la exigencia de la responsabilidad del titular del coto que deriva del artículo 71 de la Ley aragonesa.

En el escrito de oposición, la parte recurrida entiende que concurre causa de inadmisibilidad del recurso, al incurrir la recurrente en petición de principio o en hacer supuesto de la cuestión, ya que se desmarca de los hechos probados fijados en la sentencia de la Audiencia Provincial sin combatirlos por el cauce procesal adecuado.

El defecto casacional de la petición de principio consiste en partir de un supuesto fáctico contrario al proclamado por la sentencia recurrida –STS de 25 de abril de 2007, que a su vez se apoya en las de 20 de febrero de 1992, 12 de noviembre de 1992, 29 de diciembre de 1998 y 5 de julio de 2000, entre otras muchas–, o en no respetar los hechos probados y las determinaciones de carácter eminentemente fáctico que pertenecen al ámbito sentenciador de la instancia –STS de 15 de noviembre de 1995 y 24 de marzo de 1995– o, también, en soslayar los hechos probados para, a partir de una construcción propia y unilateral, extraer consecuencias jurídicas en oposición a lo resuelto de conformidad con aquellos –STS de 30 de mayo de 1995 y 14 de julio de 1997–.

Respecto a esta cuestión, que ha sido introducida en el debate procesal al amparo de lo establecido en el apartado segundo del artículo 485 de la LEC, la Sala tiene que mantener la admisibilidad del recurso, en cuanto se formula por aplicación indebida de norma aragonesa con rango de ley, con fundamento en el artículo 477.1 de la Ley Procesal, si bien en el examen de su pros-

perabilidad habrá de estarse a los hechos acreditados, según se recogen en la sentencia de segunda instancia. Es cierto que la argumentación en apoyo del recurso se apoya, como seguidamente se examinará, en apreciaciones fácticas que no son las recogidas en dicha sentencia, y que por tanto no podrán ser válido sustento de la argumentación jurídica pues, como es sabido, el recurso de casación por su naturaleza extraordinaria y tuitiva del ordenamiento jurídico no constituye una tercera instancia, ni resulta posible a su amparo pretender una modificación de los hechos probados, lo que únicamente resultaría posible por la vía del recurso extraordinario de infracción procesal y en los términos establecidos en el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por ello el recurso es admitido, en los estrictos límites de verificación de una correcta aplicación del derecho a los hechos comprobados.

Desde esa consideración, pasaremos seguidamente al examen de fondo.

Cuarto: La acción ejercitada tiene fundamento legal en el artículo 71.1 de la Ley 5/2002, de 4 de abril, de Caza de Aragón, conforme al cual «los titulares de terrenos cinegéticos serán responsables de los daños de naturaleza agraria ocasionados por las especies cinegéticas procedentes de los mismos, salvo que el daño causado sea debido a culpa o negligencia del perjudicado o de un tercero ajeno al titular de la explotación».

Dicha norma constituye el Derecho aplicable al caso, de forma que la referencia que en la sentencia recurrida se hace a la regulación establecida en el artículo 33 de la Ley estatal de Caza y en el artículo 1906 del Código Civil sirven para reforzar la argumentación, pero carecen de fuerza normativa, al ser la ley aragonesa suficiente para comprender el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica para la prosperabilidad de la acción ejercitada. En nuestro sistema constitucional cada ordenamiento autonómico tiene un sistema privativo de

fuentes del Derecho, las cuales se producen en el ámbito propio de la organización de que el ordenamiento surge. En el seno del ámbito autonómico propio la norma autonómica es suprema y excluye en cuanto a su aplicación a las normas de cualquier otro ordenamiento, de modo que las autonómicas no están jerárquicamente subordinadas a las del Estado, por lo que para explicar su primaria relación con éstas no hay que acudir al principio de jerarquía, sino al principio distinto de la competencia, según la cual en el ámbito competencial autonómico, la norma autonómica excluye a la del Estado y, en general, a la de cualquier otro ordenamiento.

Ello no obsta, como se ha dicho, a que en la exégesis de la norma aragonesa puedan tenerse en cuenta los antecedentes históricos que fueron de aplicación en el territorio, como lo era la Ley de Caza de 4 de abril de 1970, y los preceptos del Código Civil en cuanto regulan en ámbito estatal la responsabilidad por daños causados por animales, en concreto el artículo 1906, que para dar solución a un conflicto de intereses entre las actividades agrícola y cinegética, afirma la responsabilidad del propietario de una heredad de caza por el daño causado por ésta en las fincas vecinas –vid. STS de 22 de diciembre de 2006–.

Quinto: La norma aragonesa aplicada en la sentencia recurrida establece una responsabilidad de carácter objetivo, conforme a la cual una vez comprobados los hechos fundantes de la pretensión –la titularidad de los terrenos cinegéticos, la causación del daño y la procedencia de los animales– no es necesario acreditar la culpa o negligencia de los titulares de los terrenos dedicados a la caza, para que sea exigible esa responsabilidad. Ésta únicamente cede en supuestos en que se compruebe la culpa o negligencia del perjudicado o de un tercero ajeno al titular de la explotación. En estos casos, la concurrencia de causas puede determinar el total rechazo de la pretensión indemnizatoria, si aparece la negligencia del perjudicado o de un tercero como causa única o prevalente del

daño, o bien una estimación parcial, cuando resulte que el perjuicio se irrogó como consecuencia de la acción de las especies cinegéticas procedentes de los terrenos de caza, pero ponderando si las medidas adoptadas por el actor o propietario del terreno afectado eran las suficientes para evitar el previsible daño que pudiera causar la proliferación y asentamiento de roedores, en condiciones favorables para su estancia prolongada en zona de cultivo.

En el caso de autos, los hechos acreditados según se recogen en la sentencia de segunda instancia justifican la estimación de la demanda. En efecto, consta en las actuaciones que:

– La entidad demandada, C de T y C es titular de un coto de caza sito en la localidad de Calatorao (Zaragoza), en el que se encuentran integradas las parcelas rústicas núms. 169 con 74, 76, 80, 81 y 252 del polígono 169 y la parcela núm. 221 del polígono 123, plantadas de diversas especies de árboles frutales.

– Estas parcelas rústicas son propiedad de la entidad actora F L B, S. L.

– El coto citado tiene varias zonas de seguridad, en los espacios lindantes con otras fincas de cultivo, y en la zona próxima a la autovía Madrid-Zaragoza.

– Desde el año 2002 existe una gran población de conejos en las zonas de seguridad. Estos animales han comido los troncos de los árboles frutales de las parcelas contiguas, pertenecientes a la parte actora, lo que ha producido a ésta un gasto en labores de salvamento, que se eleva a 16.700,80 euros.

– La sociedad actora, ante la detección de la proliferación de los conejos, adoptó medidas para la protección de los árboles frutales, consistentes en proteger sus troncos con plásticos, que resultaron ineficaces pues los animales continuaron comiendo los troncos en su parte superior, en las proximidades de las ramas.

– En la finca de la actora ha habido un amontonamiento de ramas, como consecuencia de la poda.

Sexto: Partiendo de tales hechos, tal como han quedado acreditados en la segunda instancia, el recurso de casación no puede prosperar. Como se ha señalado, el artículo cuya infracción se denuncia establece una responsabilidad de carácter objetivo para los titulares de los terrenos cinegéticos, y en el caso de autos consta claramente dicha titularidad, la proliferación de conejos en el coto y su actuación de ramoneo que ha afectado a los árboles frutales plantados en las parcelas de la sociedad actora. De dichos extremos resulta la indicada responsabilidad, que se extiende a reparar el perjuicio causado, en la cuantía que consta en la demanda, y así ha sido sentenciado en la resolución que se impugna.

Frente a ello, los alegatos de la parte recurrente no pueden gozar de favorable acogida. Su fundamento principal es la consideración de que existió una «evidente negligencia de la parte actora», al impedir la entrada de cazadores en su finca, y de esa manera el control de la población de conejo, así como no adoptar medidas adecuadas de salvamento de los árboles y de mantenimiento de sus fincas para evitar la proliferación, y la existencia de acopios de ramas, troncos y árboles arrancados, zonas en las que los conejos establecen sus madrigueras.

Pero de tales alegaciones, la primera de ellas no resulta acreditada en autos, y las restantes pugnan con la valoración de la prueba, efectuada en la sentencia recurrida, en la que expresamente se indica que la sociedad demandante adoptó las medidas razonables encaminadas a evitar los daños en sus árboles frutales, consistentes en proteger sus troncos con plásticos, mientras que el amontonamiento de ramas en la finca de la actora no fue causa suficiente para explicar la sobresaturación de los conejos, que se debió a la mala política de gestión de la caza en el coto aledaño –fundamento de derecho tercero–. La argumentación que al respecto se hace en la sentencia de la Audiencia no incurre en error patente, no es irracional ni contraria

a la lógica, y es sabido que la valoración de la prueba es competencia del tribunal de instancia, no siendo revisable en el ámbito de un recurso de naturaleza extraordinaria salvo supuesto de arbitrariedad –STS de 13 de abril de 2010, y las que en ella se citan-, que no concurre en este caso.

En consecuencia, la sentencia recurrida no incurre en infracción del artículo 71 de la Ley de Caza de Aragón, sino que la aplica correctamente al caso de autos, procediendo la desestimación del motivo y, con él, del recurso de casación interpuesto.

Séptimo: Las costas del presente recurso deberán ser abonadas por la parte recurrente, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Desestimar el presente recurso de casación núm. 10/2010, interpuesto por la procuradora de los Tribunales doña Patricia Peiré Blasco, actuando en nombre y representación de C de T y C, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, en fecha 26 de febrero de 2010, con imposición de las costas del mismo a la parte recurrente.

Contra esta sentencia no cabe recurso jurisdiccional alguno.

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

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

El presidente de esta Sala Excmo. señor don Fernando Zubiri de Salinas, firma en nombre del magistrado Ilmo. señor don Ignacio Martínez Lasierra, quién «voto en Sala y no pudo firmar» por encontrarse de vacaciones.

NÚM. 10

S. TSJA de 13 de septiembre de 2010

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: LEY DE COOPERATIVAS: Derecho de información: infracción: La infracción del derecho de información al actor; por la falta de notificación de un acuerdo que directamente afectaba a sus derechos, se concreta en la posibilidad de impugnación del mismo pero no en su nulidad automática, pues ello debe ser resuelto en vía judicial.

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 17, 18, 19, 21, 22, 36 Ley 9/1998, de Cooperativas de Aragón; arts. 2-3, 1256 Cc.

PONENTE: Ilmo. señor don Ignacio Martínez Lasierra.

En Zaragoza, a trece de septiembre de dos mil diez.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 9/2010 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, de fecha 19 de febrero de 2010, recaída en el rollo de apelación número 60/2010, dimanante de autos de procedimiento ordinario número 60/2009, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Zaragoza, en el que son partes, como recurrentes, don Ángel B. C., representado por la procuradora de los Tribunales doña M.^ª Victoria Gracia Sau y dirigido por el letrado don Ricardo García Soria, y como parte recurrida B. S. V. S. C. representada por la procuradora de los Tribunales doña M.^ª del Carmen Maestro Zaldívar y dirigida por el Letrado don Luis Nivela Sainz.

Es ponente el magistrado Ilmo. señor don Ignacio Martínez Lasierra.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: La procuradora de los Tribunales doña Victoria Gracia Sau, actuando en nombre y representación de don Ángel B. C., presentó demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción de impugnación de acuerdo social contra B. S. V. S. C., en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia:

a) Declarando la nulidad del acuerdo del Consejo rector de 19 de marzo de 2009, por el que se denegó al actor la reactivación de la actividad productiva.

b) Declarando el derecho del actor, don Ángel B. C., a reactivar su actividad vitícola en la explotación que refirió a la Cooperativa en su escrito de 10 de marzo de 2009 al cumplir todos los requisitos objetivos para ello, y ser socio productivo de la Cooperativa con todos los derechos.

c) Condenando al demandado a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos, con expresa condena en las costas causadas por el proceso.»

Segundo: Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada que compareció en tiempo y forma y contestó a la misma alegando la excepción de falta de legitimación activa y oponiéndose a ella e interesando se dictase sentencia por la que: «se desestime la demanda al acoger la excepción de falta de legitimación activa, y en el caso de no admitirla y entrarse al fondo del asunto, acuerde asimismo desestimar todas las pretensiones contenidas en el suplico del actor, todo ello con la imposición de costas al mismo del procedimiento.» El Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Zaragoza dictó sentencia con fecha 30 de septiembre de 2009, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por don Ángel B. C., representado por la procuradora de los Tribunales señora Gracia Pau contra B. S. V. S. C., representada por la procuradora de los Tribunales señora Maestro Zaldívar, declaro la

nulidad del acuerdo del Consejo Rector de 19 de marzo de 2009 por el que se denegó al actor la reactivación de la actividad productiva y su derecho a reactivar su actividad vitícola en la explotación al cumplir todos los requisitos objetivos para ello y ser socio productivo de la cooperativa con todos los derechos condenando en costas a la parte demandada».

Tercero: Interpuesto por la parte demandada, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de esta ciudad, se dio traslado del mismo a la parte contraria, quien presentó escrito de oposición al recurso, y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, ésta dictó sentencia de fecha 19 de febrero de 2010, cuya parte dispositiva dice así: «FALLO: Estimar en parte el recurso de apelación formulado contra la sentencia de fecha 30 de septiembre de 2009 dictada por la Ilma. señora titular del Juzgado Mercantil núm. 2, en los autos núm. 60/2009, debemos revocar y revocamos la misma en el sentido de dejar sin efecto la declaración del derecho del actor a recuperar la condición de socio activo de la demandada, sin hacer imposición de las costas de primera instancia. No hacemos imposición de las costas de esta alzada.»

Cuarto: La procuradora de los Tribunales doña María Victoria Gracia Sau, actuando en nombre y representación de don Ángel B. C., presentó en tiempo y forma escrito preparando recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación foral contra dicha sentencia y, una vez que la Audiencia Provincial de Zaragoza los tuvo por preparados, formuló el oportuno escrito de interposición que basó, en cuanto a la infracción procesal:

«Motivo 1.º Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al amparo del artículo 469.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Motivo 2.º Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, al

amparo del artículo 469.1.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Consecuencia del anterior motivo existe una violación del derecho a la tutela judicial efectiva al no haber obtenido una respuesta judicial y remitir la decisión a la parte demandada».

El recurso de casación está basado en los motivos siguientes:

«Motivo 1.º Por el cauce del artículo 2.1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, infracción de Ley por incorrecta aplicación del artículo 2 L.Coop. Aragón.

Motivo 2.º Por el cauce del artículo 2.1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, infracción de Ley por incorrecta aplicación de los artículos 18 y 19 L.Coop. Aragón.

Motivo 3.º Por el cauce del artículo 2.1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, infracción de Ley por incorrecta aplicación del artículo 17 LCoop. Aragón.

Motivo 4.º La infracción legal de normas aplicables para resolver cuestiones objeto del proceso, en concreto, la vulneración o infracción de los artículos 18.2 (socios excedentarios), 36 (impugnación de acuerdos sociales) de la Ley 9/1998 de 22 de diciembre de Cooperativas de Aragón, en relación con el artículo 1256 y artículos 2.3 del Código Civil, así como la constante jurisprudencia que los interpreta».

Quinto: Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 24 de mayo de 2010 auto por la que se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, admitiéndolos, y confiriendo traslado a la parte contraria para, si lo estimare pertinente, formalizara oposición por término de 20 días, haciéndolo dentro de plazo. Por providencia de 30 de junio se señaló para votación y fallo el día 15 de julio del presente año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: De las actuaciones de primera instancia y apelación deben ser destacados los siguientes hechos:

1. El actor, don Ángel B. C., socio de la entidad «B. S. V. S. C.», recibió de ésta una carta fechada el 16 de mayo de 2.005 (doc. núm. 5 de la demanda) comunicándole su pase a la condición de socio excedente. Decía así:

«Muy señor nuestro:

Una vez revisados nuestros archivos, hemos constatado que usted no tiene actividad en la Cooperativa, es decir, no entrega cosecha, por ello de conformidad con lo establecido en el artículo 14, punto 1, usted cesará obligatoriamente como socio, pasando a ser socio excedente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7, punto 2.

Asimismo en la Asamblea General del 27 de abril de 2005, se autorizó su condición de socio excedente, con los derechos que para ello marcan los Estatutos, los cuales se reflejan en la hoja adjunta, junto con el acuerdo de la Asamblea General.

En caso de que usted no desee esta condición de socio, debe solicitarnos por escrito su voluntad de causar baja definitiva de esta Cooperativa, ya que en caso contrario entenderemos que nos confirma su situación de socio excedente».

A la carta se acompañaba el acuerdo de la Asamblea General de 27 de abril de 2005 referente a los socios sin actividad, conforme al Orden del día de su convocatoria (doc. 3 de la demanda) para la adopción del acuerdo de aprobación de las denominadas «Normas para el buen funcionamiento de la Sociedad» (doc. 4) que, en relación con este punto, literalmente decía:

«SOCIOS SIN ACTIVIDAD

Los Estatutos no permiten la existencia de «socios sin actividad» cooperativizada.

Todos los socios que no tienen explotación viñícola y que, por tanto, no entregan

uva a la Bodega, deben pasar a ser socios excedentes (Estatutos art. 7, punto 2).

Estos socios tienen derecho a los servicios de que disfrutaban el resto de los socios, como la adquisición de productos (vino, aceite, etc), y tienen voz en las Asambleas a las que sean citados, pero no voto.

REACTIVACIÓN DE UN SOCIO EXCEDENTARIO

Requisitos:

– Sólo podrá reactivar su actividad cooperativizada el mismo titular de dicho número, siempre y cuando cumpla las condiciones que para ser socio activo exigen los Estatutos.

– La reactivación sólo podrá llevarse a cabo antes de que hayan transcurrido ocho años desde el cese de su actividad, u ocho años a partir de la fecha de aprobación de estas normas.

Condiciones:

– La superficie que se considerará en el caso de la reactivación del catastro de un socio será la que constara en la B. C. inscrita a su nombre en el último catastro del socio.

– Todos los incrementos de superficie de viña que pudieran producirse en el momento de la reactivación serán tratados como ampliación de catastro (ver altas de nuevas viñas en el catastro de un socio).»

También se transcribía el artículo 7.2 de los Estatutos:

«Podrán existir socios excedentes que serán aquellos que, habiendo cesado en su actividad cooperativa sean autorizados a permanecer en la sociedad, sujetos a las condiciones y limitaciones siguientes:

– Tendrán voz en las Asambleas a las que sean citados pero sin voto.

– Tendrán derecho a los servicios de que disfrutaban el resto de los socios, tales como adquisición de productos (vino, aceite, etc.) y similares.

La autorización para obtener la condición de socio excedente será otorgada por

el Consejo Rector, debiendo ser ratificada por la Asamblea General.»

2. El actor, tras recibir una comunicación de la Cooperativa de 17 de febrero de 2009 dirigida a todos los socios (doc. núm. 6 de la demanda) sobre la posibilidad de nuevas plantaciones conforme a un nuevo Plan de Reestructuración de Viñedo de la Diputación General de Aragón, dirigió a la Cooperativa escrito de 10 de marzo de 2009 (doc. núm. 7) en la que comunicaba que había iniciado los trámites necesarios para la plantación con nuevos derechos de las mismas parcelas por las que en su día dejó de producir y, como socio excedente, según se le había comunicado el 16 de mayo de 2005, solicitaba la reactivación de su condición de socio productivo conforme a las normas aprobadas en la Asamblea de 27 de abril de 2005.

3. La Cooperativa dirigió al señor B. una carta fechada el 23 de marzo de 2009 (doc. núm. 8 de la demanda) en los siguientes términos:

«Estimado socio:

Le comunicamos que el Consejo Rector, en su reunión del 19 de marzo de 2009, dio lectura a su escrito de 10 de marzo de 2009, al cual damos respuesta.

En primer lugar se acordó indicarle que, si bien en las «Normas para el buen funcionamiento de la sociedad», aprobadas el 27 de abril de 2005, se contempla la posibilidad de reactivar un socio excedente, posteriormente en el acuerdo, cuya copia se adjunta, aprobado en la Asamblea General, del 5 de mayo de 2006, se modifica el criterio anterior, ya que no permite dicha reactivación, salvo autorización expresa del Consejo Rector.

Por lo expuesto el Consejo Rector, una vez estudiada su petición y por entender que no hay razones suficientes para alterar el referido acuerdo, no aprobó su solicitud.»

Con la carta se le adjuntaba fotocopia del acuerdo de la Asamblea General de 5 de mayo de 2006 sobre la actualización de normas para el buen funcionamiento de la

sociedad, cuyo apartado 3 era del tenor siguiente:

«3. Socios sin actividad.

Los socios excedentes no podrán reactivar su condición de Socio activo salvo autorización expresa y razonada del Consejo Rector.

Estas normas complementan o modifican las normas aprobadas anteriormente y prevalecen sobre las mismas.»

4. Con fecha 2 de mayo de 2009 el señor B. remitió por burofax (doc. núm. 9 de la demanda) carta dirigida al señor secretario del Consejo Rector de la Cooperativa acusando recibo de la carta de 23 de marzo de 2009 y solicitando que se le remitiera certificación literal diligenciada del acuerdo del Consejo de 19 de marzo de 2009 sobre su solicitud de reactivación de la condición de socio.

La Cooperativa aportó como documento núm. 14 de su escrito de contestación a la demanda carta de 11 de mayo de 2009 dirigida al señor B., con la que adjuntaba certificación del acuerdo solicitado del Consejo Rector de 9 de marzo de 2009, que literalmente dice:

«Se da lectura al escrito del socio excedente don Ángel B. C., en el cual solicita la reactivación de su número de socio y el Consejo Rector, de conformidad con el acuerdo de la Asamblea General de 5 de mayo de 2006, por el que “Los socios excedentes no podrán reactivar su condición de socio activo salvo autorización expresa y razonada del Consejo Rector”, no habiendo encontrado razonamientos suficientes que justifiquen la reactivación de dicho número de socio, acuerda aplicar el principio del citado acuerdo de la Asamblea General, manteniendo, en consecuencia, su condición de socio excedente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.2 de nuestros Estatutos Sociales.»

5. Los artículos de los Estatutos (aportados como doc. núm. 1 de la demanda) que han de ser tenidos en cuenta son los siguientes:

Artículo 7. Personas que pueden ser socios.

1. Pueden ser socios de esta Cooperativa las personas físicas o jurídicas, titulares de explotaciones agrarias, situadas dentro del ámbito de la Cooperativa señalado en el artículo 3 de estos Estatutos.

2. Podrán existir socios excedentes que serán aquellos que, habiendo cesado en su actividad cooperativa sean autorizados a permanecer en la sociedad, sujetos a las condiciones y limitaciones siguientes:

– Tendrán voz en las Asambleas a las que sean citados pero sin voto.

– Tendrán derecho a los servicios de que disfrutaran el resto de los socios, tales como adquisición de productos (vino, aceite, etc.) y similares.

La autorización para obtener la condición de socio excedente será otorgada por el Consejo Rector, debiendo ser ratificada por la Asamblea General.

Artículo 9. Procedimiento de admisión.

1. El interesado formulará la solicitud de admisión, por escrito, al Consejo Rector, el cual deberá resolver en el plazo de un mes desde su recepción. El acuerdo de éste desfavorable a la admisión será motivado, no pudiendo ser discriminatorio ni fundamentarse en causas distintas a las señaladas en la Ley o en estos Estatutos.

Transcurrido dicho plazo sin que el Consejo Rector haya resuelto, se entenderá denegada la admisión.

2. Denegada la admisión, el solicitante podrá recurrir ante la Asamblea General, en el plazo de un mes desde la notificación del acuerdo del Consejo Rector o, en su caso, desde la terminación del plazo que éste tenía para resolver la solicitud de admisión.

El recurso deberá ser resuelto por la Asamblea General, en la primera reunión que se celebre, en votación secreta. Será preceptiva la audiencia previa del interesa-

do. La resolución será recurrible ante la Jurisdicción ordinaria.

Artículo 11. Derechos de los socios.

Los socios tienen derecho a:

a) Participar en la actividad empresarial que desarrolla la Cooperativa para el cumplimiento de su fin social, sin ninguna discriminación.

b) Participar con voz y voto en la adopción de acuerdos por la Asamblea General y demás órganos sociales de los que forman parte.

c) Ser elector y elegible para los cargos de los órganos sociales.

d) Exigir información en los términos legales y en estos Estatutos.

e) Participar en el retorno de excedentes que se acuerde.

f) Recibir la liquidación de sus aportaciones en caso de baja o disolución de la Cooperativa.

g) A los demás derechos que resulten de las normas legales y de estos Estatutos.

Los derechos reconocidos de este artículo serán ejercitados de conformidad con las normas legales y estatutarias y los acuerdos válidamente adoptados por los órganos sociales.

Artículo 12. Derecho de información.

Todo socio podrá ejercitar el derecho de información en los términos previstos en el artículo 21 y concordantes de la Ley de Cooperativas de Aragón, en estos Estatutos o en los acuerdos de la Asamblea General.

Artículo 14. Baja Obligatoria.

1. Cesarán obligatoriamente como socios, pasando a ser socios excedentes de acuerdo con el contenido del artículo 7 de estos Estatutos, quienes pierdan la condición de ser titulares de explotaciones agrarias situadas en el ámbito de la Cooperativa.

Artículo 21. Competencia.

2. La Asamblea General puede debatir sobre cualquier asunto de interés de la cooperativa, pero sólo podrá decidir sobre cualquier materia incluida en el orden del día que no sea competencia exclusiva de otro órgano social.

3. En todo caso su acuerdo será necesario en los siguientes asuntos:

a) Nombramiento y revocación de los miembros del Consejo Rector, de los Interventores y Liquidadores.

b) Examen de la gestión social, aprobación de las cuentas anuales y de la distribución de excedentes o imputación de pérdidas.

c) Establecimiento de nuevas aportaciones obligatorias y actualización de las aportaciones.

d) Emisión de obligaciones y otras formas de financiación.

e) Modificación de los Estatutos sociales.

f) Fusión, escisión, transformación y disolución de la Sociedad.

g) Transmisión, por cualquier título, de la Cooperativa o parte de sus bienes que, por su importancia para los fines sociales, pueda modificar sustancialmente la estructura económica, organizativa o funcional de la misma.

h) Creación de una Cooperativa de segundo o ulterior grado o de un consorcio y entidades similares y adhesión o separación a los mismos.

i) Ejercicio de la acción de responsabilidad, en la forma legalmente establecida, contra los miembros del Consejo Rector, Interventores, Liquidadores y otros órganos con funciones delegadas que pudieran existir.

j) Aprobación o modificación del Reglamento interno de la Cooperativa en su caso.

k) Cualquier otro que con tal carácter este previsto legal o estatutariamente.

4. Las competencias que correspondan en exclusiva a la Asamblea General son indelegables, salvo las recogidas en los apartados g) y h) del número anterior, que podrán ser delegadas por la propia Asamblea, estableciendo las bases y límites de la delegación así como la obligación del Consejo Rector de informar de su resultado en la siguiente Asamblea que se celebre.

Artículo 23. Forma de la convocatoria.

1. La convocatoria de la Asamblea General deberá efectuarse mediante publicación en el tablón de anuncios del domicilio social de la Cooperativa. Todos los socios han de poder tener noticia de la convocatoria con una antelación mínima de 10 días naturales y máxima de 30 a la fecha prevista para su celebración.

2. La convocatoria habrá de expresar con claridad los asuntos a tratar en el Orden del Día, lugar, día y hora de la reunión en primera y segunda convocatoria. Entre ambas deberá transcurrir media hora.

3. El Orden del Día será fijado por el Consejo Rector. Cualquier petición hecha por el 10 por 100 de los socios durante los tres días siguientes a la publicación de la convocatoria, deberá ser incluida en el Orden del Día. En este caso, el Consejo Rector tendrá que hacer público el nuevo Orden del Día en los tres días siguientes a la finalización de este plazo.

4. No obstante lo anterior, la Asamblea se entenderá válidamente constituida, con carácter de Universal, siempre que estén presentes o representados la totalidad de los socios y acepten unánimemente su celebración y los asuntos a tratar, firmando todos ellos el acta.

Artículo 36.

Los acuerdos del Consejo Rector que sean contrarios a la Ley, que se opongan a estos Estatutos, o lesionen, en beneficio de uno o varios socios, los intereses de la Coe-

perativa, podrán ser impugnados según las normas y dentro de los plazos establecidos en los artículos 36 y 42.3 de la Ley de Cooperativas de Aragón y 28 de estos estatutos.

Segundo: La sentencia de primera instancia desestimó, en primer lugar, la excepción de falta de legitimación activa del actor opuesta por la Cooperativa demandada que se fundaba en que, como socio excedente, no tenía otros derechos que los establecidos en los Estatutos sociales y, conforme al artículo 7.2 de los mismos, no existe la obligatoriedad de que estos socios sean citados a las asambleas ni tienen derecho a voto, careciendo de capacidad para intervenir en los órganos gestores y, en consecuencia, de legitimidad para impugnar sus acuerdos. La sentencia estima que el actor, como persona física que manifiesta haber sufrido un perjuicio como consecuencia de un acuerdo adoptado por una asamblea de una cooperativa de la que es socio, se encuentra perfectamente legitimado para solicitar la tutela judicial de sus derechos. En este punto la sentencia de la Audiencia Provincial confirma la anterior si bien manifiesta que la ley no otorga una legitimación tan amplia como la que parece afirmar la sentencia de primer grado porque el acuerdo impugnado es del Consejo Rector, por el cual la Cooperativa denegó al actor la recuperación de su condición de socio activo perdida por acuerdo de la Asamblea General de 27 de abril de 2005, que no se impugna, como tampoco se impugnaba el acuerdo de la misma que regulaba las condiciones para la recuperación de actividad de los socios excedentes, ni el posterior acuerdo adoptado en Asamblea de 25 de mayo de 2006 que modificó dichas condiciones, los cuales se encuentran vigentes. Afirma igualmente la sentencia de apelación que el artículo 36 de los Estatutos de la Cooperativa equipara el régimen de impugnación de los acuerdos del Consejo Rector al de los emanados de la Asamblea General y, si bien el régimen de impugnación de los acuerdos de los órganos sociales no habilita para defender mediante ellos los intereses de uno de los socios frente a la Coe-

rativa o a los demás socios, a no ser que sean contrarios a los estatutos o a la ley, como se afirma en este caso, la generalidad con que se manifiesta el precepto estatutario impide excluir a los excedentes de los «socios» a los que legitima sin distinción alguna.

En cuanto al fondo, la sentencia del Juzgado afirma que de lo actuado se ha acreditado que el actor fue informado del contenido de la Asamblea General de 27 de abril de 2.005, en la que se condicionó el derecho de reactivación del socio excedente al cumplimiento de unos determinados requisitos que otorgaban la reactivación automática siempre y cuando la solicitud se hiciera en un plazo de ocho años, pero que no fue informado del contenido de los acuerdos de la Asamblea de 5 de mayo de 2006 en la que se alteraron dichas normas, pese a que afectaban sustancialmente al socio excedentario, infringiendo con ello el derecho de información de los artículos 16 y 21 de la Ley 9/1998 y que, dado que el acuerdo de la Asamblea de 27 de abril de 2005 establecía que «para reactivarse bastaba cultivar la viña y que no hubieran transcurrido los plazos legales de ocho años desde la aprobación de las normas o desde que se dejó de cultivar», ha de estarse a la interpretación literal de los mismos y acoger la petición de cumplimiento del actor. En consecuencia, estimó la demanda y declaró la nulidad del acuerdo del Consejo Rector de 19 de marzo de 2009 por el que se denegó al actor la reactivación de la actividad productiva, y su derecho a reactivar su actividad vitícola en la explotación al cumplir todos los requisitos para ello y ser socio productivo de la Cooperativa con todos los derechos.

En este aspecto de fondo discrepa la sentencia de apelación y afirma que «como quiera que el actor no forma parte del órgano que adoptó el acuerdo, carecen de relevancia las referencias al derecho de información pues éste, a los efectos de la impugnación de acuerdos, tiene carácter instrumental en tanto dirigido a asegurar la correcta formación de criterio a la hora

de la emisión de voto en los órganos sociales colegiados». Respecto a la falta de audiencia previa a la adopción de acuerdos por la Asamblea General, el efecto discriminatorio de éstos y su falta de motivación e indebida delegación de facultades al Consejo Rector, advierte esta sentencia que los mismos no fueron impugnados por lo que han de desplegar todos los efectos que le son propios, y que el régimen de los socios excedentes de los artículos 18 LCA y 7 de los Estatutos no les equipara a los socios activos y estos artículos no les otorgan el derecho a participar en la toma de decisiones por los órganos de la cooperativa. Examina a continuación la alegada falta de motivación e incongruencia del acuerdo del Consejo Rector, como causa de anulabilidad del mismo, y afirma que, según los acuerdos asamblearios, la expresión de razones tan sólo se exige del Consejo Rector para el caso en que se apruebe la solicitud de reactivación, no para el contrario, pero la motivación ha de entenderse exigida por la ley pues, conforme al artículo 17 LCA y al artículo 9 de los Estatutos, la denegación de la solicitud para ser socio no podrá ser discriminatoria ni basarse en razones que no estén recogidas en los estatutos o en la ley, imponiendo ambos preceptos una denegación motivada por lo que, si ello es así para la solicitud de ingreso, con mayor motivo para la denegación de reactivación del socio excedente, por lo que acoge la petición de nulidad por falta de motivación si bien con la consecuencia, que no recoge explícitamente en la parte dispositiva, de devolver la decisión a los órganos de la sociedad cooperativa por exigencia del principio de autoorganización social, para que resuelva en forma motivada la petición que le fue dirigida. La sentencia estima en parte el recurso de apelación y revoca la sentencia del Juzgado de lo Mercantil en el sentido de dejar sin efecto la declaración del derecho del actor a recuperar la condición de socio activo de la demandada.

Tercero: El motivo primero del recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del artículo 469.1.2º LEC por

infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, y el motivo segundo al amparo del artículo 469.1.4.º, por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, en cuyo enunciado de este motivo segundo expresamente se dice que, como consecuencia del anterior, existe una violación del derecho a la tutela judicial efectiva al no haber obtenido una respuesta judicial y remitir la decisión a la parte demandada, serán examinados conjuntamente dada su proclamada conexión, que así se aprecia porque en el primero se denuncia un desajuste entre la fundamentación y el fallo judicial en relación con los términos en que la parte actora formuló su pretensión de reactivación como socio productivo, en el sentido de que la sentencia es incongruente al eludir y no dar respuesta judicial a la pretensión ejercitada y conceder cosa distinta, cual es devolver la decisión a la demandada para la motivación del acto entendiendo infringidos los principios dispositivo y de rogación, y en el segundo se dice infringido el principio de tutela judicial efectiva, con indefensión no meramente formal sino material que afecta al derecho de la parte en el proceso, porque ni estima ni desestima su petición sino que simplemente deriva la resolución a un organismo extrajudicial, en este caso la propia demandada.

En definitiva, la queja del recurrente estriba en que la sentencia recurrida no da respuesta a su pretensión de reactivación que –dice– no estima ni desestima sino que remite a su motivación por el órgano correspondiente de la Cooperativa demandada.

El actor solicitó en su demanda, según hemos recogido en el primero de los antecedentes de hecho, la declaración de nulidad del acuerdo del Consejo Rector de 19 de marzo de 2009 por el que se le denegó la reactivación de la actividad productiva, y la declaración de su derecho a reactivar su actividad vitícola en la explotación que refirió a la Cooperativa en su escrito de 10 de marzo de 2009 al cumplir todos los

requisitos objetivos para ello y ser socio productivo de la Cooperativa con todos los derechos. La sentencia del Juzgado se ajustó exactamente a estas peticiones, que estimó literalmente en tales términos, y la sentencia de apelación estimó en parte el recurso de la Cooperativa apelante y revocó la sentencia anterior en el sentido de dejar sin efecto la declaración del derecho del actor a recuperar la condición de socio activo de la demandada.

El contraste de la parte dispositiva de la sentencia del Juzgado, que se ajustaba literalmente a las peticiones de la demanda, y el de la sentencia de apelación, permite comprobar que esta última, por la estimación parcial del recurso de apelación, revoca únicamente la segunda parte de la anterior relativo al derecho del actor a la reactivación, que se deja sin efecto, por lo que da clara respuesta a las peticiones de las partes, en este caso del recurso de la parte apelante, con la consecuencia de desestimar expresamente la petición de la demanda de la reactivación de los derechos del actor como socio activo de la Cooperativa. Ciertamente, la consecuencia de esa revocación parcial, tal como se expresa en el fundamento quinto de la sentencia recurrida al devolver la decisión a los órganos de la sociedad, es distinta de la pretendida por la parte que solicitaba el reconocimiento de su derecho a la reactivación con el riesgo de un pronunciamiento desestimatorio, como ha sucedido, si bien matizado porque tal desestimación no resulta definitiva al remitir la sentencia recurrida a la motivación de la resolución del Consejo Rector de la Cooperativa.

El recurrente denuncia incongruencia omisiva de la sentencia porque –afirma– ha dejado sin respuesta el derecho, o no, del actor a ser reactivado como socio productivo. Respecto de la incongruencia, el Tribunal Constitucional en la sentencia 213/2000, de 18 de septiembre, establece que, como recuerda la sentencia 136/1998, de 29 de junio (fundamento jurídico segundo), desde la sentencia del mismo Tribunal 20/1982, de 5 de mayo, se ha

declarado reiteradamente que el vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y las pretensiones formuladas por las partes, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, sólo adquiere relevancia constitucional por entrañar una alteración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurre la controversia procesal (sentencias del Tribunal Constitucional 14/1999, de 22 de febrero –fundamento jurídico octavo–, 215/1999, de 29 de noviembre –fundamento jurídico tercero– y 118/2000, de 5 de mayo –fundamento jurídico segundo–). Para que la incongruencia tenga relevancia constitucional a los efectos de entender lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva es indispensable que el desajuste entre lo resuelto por el órgano judicial y lo planteado en la demanda o en el recurso sea de tal entidad que pueda constatarse con claridad la existencia de indefensión, y por ello la incongruencia requiere que el pronunciamiento judicial recaiga sobre un tema que no esté incluido en las pretensiones procesales, de tal modo que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido (sentencia del Tribunal Constitucional 215/1999 –fundamento jurídico tercero– y las allí citadas). Así pues, el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por referencia a sus elementos subjetivos (partes) y objetivos (causa de pedir y «petitum»). En cuanto a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la «causa petendi» alterando de oficio los motivos del recurso formulado, pues se habrían dictado sin oportunidad de debate, ni de defensa, sobre las nuevas posicio-

nes en que el órgano judicial sitúa el «*thema decidendi*». Además de distinguir nuestra jurisprudencia entre la llamada incongruencia omisiva o «*ex silentio*», que se producirá cuando el órgano judicial deja sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, y la denominada incongruencia «*extra petitum*», que se da cuando el pronunciamiento judicial recaiga sobre un tema que no esté incluido en las pretensiones procesales, también singulariza la llamada incongruencia por error, que es aquélla en la que se dan al unísono las dos anteriores clases de incongruencia (sentencias del Tribunal Constitucional 28/1987, de 5 de marzo –fundamentos jurídicos cuarto, quinto y sexto–, 369/1993, de 13 de diciembre –fundamento jurídico cuarto–, 111/1997, de 3 de junio –fundamento jurídico tercero–, 136/1998, de 4 de julio –fundamento jurídico segundo–, 96/1999, de 31 de mayo –fundamento jurídico quinto–, 113/1999, de 14 de junio –fundamento jurídico segundo–, y 124/2000, de 16 de mayo –fundamento jurídico cuarto), tratándose de supuestos en los que, por el error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que equivocadamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta.

Como se ha dicho, la sentencia recurrida revoca, por la estimación parcial del recurso de apelación, el pronunciamiento del Juzgado sobre el derecho del actor a la reactivación, por lo que decide sobre lo que ha sido sometido a debate –el derecho del actor a su reactivación como socio activo–, y no deja sin respuesta dicha petición sino que expresamente la resuelve, denegándola, aunque no definitivamente sino sometida a la motivación del órgano correspondiente. No hay, por lo tanto, una desestimación tácita de la citada pretensión, como sugiere el recurrente, sino expresa. La decisión de obligar al órgano rector a dictar nueva resolución motivada

la justifica la sentencia recurrida en la denunciada (por el recurrente) falta de motivación de la misma, que viene a impedir el control sobre la misma. No supone por ello, como dice el recurrente, que la decisión de la Audiencia Provincial resulte arbitraria, irracional y errónea, sino que, estimando la causa de nulidad –falta de motivación– alegada por el propio actor, le asigna una consecuencia distinta de la pretendida por él y remite a la resolución del Consejo Rector para poder resolver si su posterior decisión, con la motivación que el órgano exprese, resulta discriminatoria o contraria a la ley o los estatutos.

Por lo tanto la sentencia resuelve todas las pretensiones sometidas a juicio, y en cuanto al efecto que se asigna a la nulidad, que es la remisión al órgano correspondiente para adoptar una decisión razonada, se encuentra dentro de las facultades de la Sala sentenciadora para determinar las consecuencias de un acto nulo, aunque la parte entienda que deben ser otras, por lo que el recurso extraordinario por infracción procesal, en sus dos motivos, debe ser desestimado.

Cuarto: Entrando a conocer el recurso de casación, el primer motivo acusa la incorrecta aplicación del artículo 21 de la Ley 9/1998 de Cooperativas de Aragón, de 22 de diciembre (LCA), que regula el derecho de información de los socios, el motivo segundo la incorrecta aplicación de los artículos 18 (otras clases de socios) y 19 LCA (obligaciones de los socios), el tercero la incorrecta aplicación del artículo 17 (admisión de socios), y el cuarto vulneración de los artículos 18.2 (socios excedentarios), 36 (impugnación de acuerdos sociales), en relación con el artículo 1.256 y artículo 2.3 del Código civil, pero en todos ellos, y de forma explícita en los tres últimos, el recurrente empieza por recordar que «la sentencia recurrida reprocha al actor la falta de impugnación de los acuerdos de la Asamblea General de 5 de mayo de 2006 para acoger la falta de audiencia previa a la adopción de los acuerdos, el efecto discriminatorio de los

mismos y su falta de motivación» (comienzo del motivo segundo), que la sentencia recurrida advierte de que al no haber sido impugnados los acuerdos de la Asamblea General de 2005 y de 2006 han de desplegar todos los efectos que le son propios (comienzo del motivo tercero), y que la sentencia recurrida sostiene (párrafo segundo «in fine» del fundamento de derecho segundo) que al no haberse impugnado ni el acuerdo de la Asamblea General de 27 de abril de 2005 ni el posterior de mayo de 2006 los acuerdos han de desplegar todos los efectos que le son propios (primer párrafo del motivo cuarto), por lo que la falta de impugnación de dichos acuerdos de las Asambleas de 2005 y 2006 se convierte en hilo conductor del recurso, debiendo analizarse las consecuencias de esa falta de impugnación, lo que debe ponerse en relación, según se razonará a continuación, con el contenido del derecho de información de los socios (art. 21 LCA), que constituye, justamente, el primer motivo del recurso de casación.

En este primer motivo recuerda el recurrente, en primer lugar, que en la Asamblea de 27 de abril de 2005 se aprobaron las condiciones para la reactivación de los socios excedentes mediante el cumplimiento de determinadas condiciones y que la reactivación se llevara a cabo antes de que hayan transcurrido ocho años desde el cese de su actividad. U ocho años a partir de la fecha de aprobación de estas normas, pero en la Asamblea de 5 de mayo de 2006 se modificaron las condiciones de reactivación, de forma que se estableció en ella el principio general de no reactivación de los socios excedentes salvo autorización expresa y razonada del Consejo Rector, sin que se hubiera citado a esta última Asamblea a los socios excedentarios, en concreto al recurrente, ni se les hubieran notificado las modificaciones de su situación lo que, a su juicio, implica infracción del derecho de información.

La sentencia del Juzgado acogió tal razonamiento por entender que la falta de información al actor del contenido de los

acuerdos de la última Asamblea, en la que se alteraron las normas pese a que afectaban sustancialmente al socio excedentario, infringía el derecho de información de los artículos 16 y 21 LCA. Como corolario, la sentencia estimó que concurrían en el actor los requisitos para su reactivación como socio activo, en los términos que resultaban del acuerdo de la anterior Asamblea de 2005, y declaró su derecho a la reactivación.

Los efectos que la sentencia de apelación atribuye a la falta de conocimiento y notificación a los socios excedentarios de los acuerdos de la Asamblea de 2006 son distintos. Argumenta que lo que se impugnó fue el acuerdo del Consejo Rector de marzo de 2009 que denegó su reactivación como socio activo, y no el de la Asamblea de mayo de 2006 que modificó los criterios para la reactivación de los socios excedentarios, por lo que este acuerdo está vigente y, dado que el actor no forma parte del órgano que adoptó el acuerdo, carecen de relevancia las referencias al derecho de información pues éste, a los efectos de la impugnación de acuerdos, tiene carácter instrumental en tanto dirigido a asegurar la correcta formación de criterio a la hora de la emisión de voto en los órganos sociales colegiados. Por ello no da relevancia a la infracción del derecho de información.

En este punto debe hacerse alguna matización a las anteriores consideraciones pues la sentencia recurrida confirma en el fundamento anterior la legitimación del actor para la impugnación del acuerdo del Consejo Rector de marzo de 2009, por entender que el artículo 42.3 LCA, en relación con su artículo 36, otorga una legitimación más amplia que la del artículo 37 LGC estatal, que reduce la de los socios ajenos al Consejo a la impugnación de los acuerdos que sean nulos y, sin embargo, la sentencia limita a continuación los efectos de la infracción del derecho de información por no formar parte del órgano que adoptó el acuerdo, lo que resulta poco coherente pues, siguiendo tal razonamiento, sólo podrían impugnar los acuerdos del

Consejo Rector sus propios miembros que no hubieran sido debidamente informados por no haber sido adecuadamente conformada la voluntad del órgano colegiado, y si se estimara que tal voluntad era la de la Asamblea de socios, sobrentendería la sentencia que los excedentarios no forman parte de la misma y tampoco podrían recurrir.

Afirma la sentencia la validez del acuerdo de la Asamblea de 2006, no impugnado, y no da relevancia para ello a la infracción del derecho de información, por lo que éste debe ser ahora concretado en su contenido y efectos.

Ciertamente el derecho de información se configura en las sociedades en general, y de forma más amplia en las cooperativas, como instrumental en el sentido que afirma la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007, recurso 1803/2000: «el derecho esencial de información los socios y cooperativistas presenta un neto carácter instrumental, y en tal sentido puede calificarse de prestacional, en la medida en que se articula en función de otro derecho si cabe aun más esencial, cual es el de voto, cuyo adecuado ejercicio ha de garantizarse facilitando al socio o cooperativista toda la información necesaria que le permita formar su criterio y tomar parte activa en la vida social mediante la emisión de su voto con el debido fundamento».

Pero de ello no cabe deducir que, por carecer de derecho al voto en el presente supuesto, el socio excedente vea absolutamente vacío de contenido su derecho de información pues, como hemos visto, el artículo 7.2 de los Estatutos aunque no les concede voto sí les otorga voz en las Asambleas a las que sean citados. Parecería así que la citación de estos socios a las Asambleas sería una facultad discrecional de la Cooperativa, lo que en tales términos podría no resultar ajustado a derecho pues se haría ilusoria la posibilidad de hacer oír su voz si sólo fuera posible cuando así lo decidiera el órgano correspondiente de la cooperativa pero, en cualquier caso, podría

entenderse indispensable que fueran citados cuando sus derechos pudieran resultar afectados, como ocurría en las Asambleas de 27 de abril de 2005 y 5 de mayo de 2006, en las que precisamente se fijaban los requisitos para su reactivación como socios activos.

No haberlo hecho así podría suponer una infracción del derecho de información en la vertiente del derecho a participar en las Asambleas, en tanto en cuanto fueron privados de, al menos, hacer oír su voz respecto a un acuerdo que específicamente afectaba a sus derechos, pero no han sido impugnados los acuerdos asamblearios ni el ajuste a derecho del artículo 7.2 de los Estatutos en la restricción de derechos de los socios excedentes, por lo que no procede declaración al respecto.

Ciñéndonos al motivo de impugnación, que es la falta de notificación de los acuerdos a los socios excedentes, dispone el artículo 21.a) de la Ley de Cooperativas de Aragón, que los socios (todos) han de recibir los Estatutos así como el Reglamento de régimen interno y las modificaciones que se vayan introduciendo en los mismos, constituyendo este derecho de notificación la otra vertiente del derecho de información, a efectos de la posible impugnación, sobre todo cuando las modificaciones afectan a derechos concretos de los socios (en este caso los excedentes), pero la consecuencia de esta infracción no es la nulidad de uno u otro de los acuerdos, a voluntad del interesado, como parece pretender el actor al entender vigente el acuerdo con las condiciones de reactivación de la Asamblea de 27 de abril de 2005, y no las modificadas en la Asamblea de 5 de mayo de 2006. No fue citado a la primera pero se le comunicó el acuerdo y que pasaba a la situación de socio excedente con unas posibilidades de reactivación determinadas si no manifestaba lo contrario. Así ocurrió y, aun no habiendo sido citado, aceptó el resultado del acuerdo para él y su pase a la situación de excedente al no rechazar esta situación y, sobre todo, al hacer uso expresamente de ella al solicitar a su ampa-

ro la reactivación en su comunicación de 10 de marzo de 2009 (doc. núm. 7 de la demanda). Al no ser citado a la Asamblea de 5 de mayo de 2006 ni haber sido notificado del acuerdo que modificó las condiciones de reactivación, intentó válidamente tal reactivación al amparo del anterior acuerdo, que era el que conocía, pero ello no significa que el adoptado en la Asamblea de 5 de mayo de 2006 resultara automáticamente nulo, como parece pretender, pues sólo lo sería si hubiera sido adoptado contra las normas legales o estatutarias, ni significa que fuera inoponible a él, como si la Cooperativa solo estuviera vinculada frente a él por el acuerdo anterior, sino que podría impugnar el acuerdo supuestamente infractor de sus derechos en el momento en que tuviera debido conocimiento del mismo, y no haberlo hecho así no le permite ignorar su contenido cuando lo ha conocido. En tal sentido es correcta la afirmación de la sentencia recurrida de que el acuerdo de la Asamblea de 5 de mayo de 2006 es válido en tanto no ha sido impugnado, pues la consecuencia de la falta de notificación de un acuerdo societario es que el plazo para su impugnación comenzará para el socio en el momento de la notificación al mismo.

Por ello la infracción del derecho de información del actor, por falta de notificación de un acuerdo que directamente afectaba a sus derechos, se concreta en la posibilidad de impugnación del mismo pero no en su nulidad automática, pues ello debe ser resuelto, en su caso, en vía judicial.

Así pues, no habiendo sido impugnado dicho acuerdo, conforme indica la sentencia recurrida, está vigente y, a falta de su impugnación, lo que cabía examinar según la sentencia, por ser lo recurrido, era la validez del acuerdo del Consejo Rector de 19 de marzo de 2009, basado en aquél acuerdo de la Asamblea de 5 de mayo de 2006, pero carente de motivación según la sentencia.

En consecuencia, debe rechazarse el primer motivo del recurso de casación basa-

do en la infracción del derecho de información del artículo 21 LCA.

Quinto: El motivo segundo sigue el hilo argumental señalado, relativo a la consecuencia de la falta de impugnación del acuerdo de la Asamblea de 5 de mayo de 2006, que entiende el recurrente debe ser, supuesta su validez, condicionar la eficacia y oponibilidad a que se hubiera hecho su comunicación a los afectados. Ya se ha razonado que, supuesta la validez del acuerdo, la falta de notificación a los afectados permite a los mismos su impugnación desde el momento de la notificación o de su conocimiento suficiente, pero no sustraerse a sus efectos dando por supuesto que los mismos están afectados de nulidad por la falta de notificación. Por ello no se infringen los artículos 18 y 19 LCA relativos a los derechos de los socios, en este caso los excedentes, que hemos afirmado en los términos antes señalados.

Frente a lo que afirma el recurrente, el artículo 18.2 LCA permite señalar en los Estatutos limitaciones y condiciones a los socios excedentes, derechos que en términos generales se recogen para todos los socios en el artículo 19, y respecto al derecho de voto indica aquel precepto para los socios excedentarios que «podrán ejercer el derecho a voto y el resto de los derechos sociales que se fijen». No se ha impugnado, para solicitar declaración sobre su ajuste a este precepto legal, el artículo 7.2 de los Estatutos que es el que limita sus derechos de voto y voz, por lo que no pueden declararse consecuencias a la eliminación del derecho de voto y la limitación al de voz salvo cuando fueran citados, por lo que sus derechos quedan limitados, salvo lo referido al derecho de ser notificados de los acuerdos, en los términos antes dichos.

Por ello debe ser rechazado este motivo segundo del recurso.

Sexto: El motivo tercero alega la infracción del artículo 17 LCA, que regula la admisión de socios. Defiende el recurrente que la sentencia recurrida lo aplicó incorrectamente pues no se pueden extender a

los socios excedentes que pretenden su reactivación los mismos requisitos que a quienes pretenden su ingreso por primera vez. Pero ha de comprobarse que la sentencia recurrida lo que argumenta es que el citado artículo 17 y el artículo 9 de los Estatutos exigen que, para los nuevos socios, el rechazo de su solicitud debe ser motivado, no pudiendo ser discriminatorio ni basado en otras causas que las señaladas en la ley o en los estatutos, por lo que con mayor motivo, no cabía el rechazo del Consejo Rector a la reactivación del socio excedente sin expresión de causa, como se pretendía al amparo del acuerdo de la Asamblea de 5 de mayo de 2006 que autorizaba expresamente que sólo la reactivación tuviera que ser motivada. Por lo tanto, la sentencia hace una interpretación más beneficiosa para el actor con base en el artículo 17 LCA por lo que no puede ser aceptado que haya sido incorrecta su interpretación, siendo ésta la razón por la que la sentencia obliga a que el órgano de la Cooperativa motive la denegación de la solicitud, para la comprobación de que no es discriminatoria ni contraria a la ley o los estatutos.

Por ello debe ser igualmente rechazado este motivo del recurso.

Séptimo.— El cuarto y último motivo se basa en la vulneración de los artículos 18.2 (socios excedentarios), 36 (impugnación de acuerdos sociales), en relación con el artículo 1.256 y artículo 2.3 del Código civil.

Al margen de la heterogénea cita de preceptos infringidos, lo que nuevamente recoge el motivo es la consecuencia de no haber impugnado los acuerdos de las Asambleas de 27 de abril de 2005 y 5 de mayo de 2006, que en su opinión ocasionan el error de la sentencia por declarar vigentes ambos acuerdos, pretendiendo deducir de ello el recurrente que el primero se aplicaría a los socios excedentes, como él, declarados así con anterioridad al de 5 de mayo de 2006, en tanto que este último sólo se aplicaría a los declarados en tal situación con posterioridad.

No es ésa la interpretación que se deduce, ni puede deducirse, de la sentencia recurrida. Lo que se viene a afirmar en ella, y es lo correcto, es que fijadas inicialmente las condiciones de reactivación en los términos del acuerdo de 27 de abril de 2005, fueron modificadas por las del acuerdo de 2 de mayo de 2006 y, en tanto que no han sido directamente impugnadas, estas últimas son las vigentes y a ellas ha de estarse. Ya hemos indicado que el efecto de la falta de impugnación del acuerdo de 5 de mayo de 2006, por falta de notificación a los afectados, no es su nulidad sino la posibilidad de impugnación, por lo que faltando la misma el actor ha de sujetarse a sus requisitos, pues siendo los mismos contradictorios con los anteriores éstos perdieron vigencia por tal oposición entre ellos y, en consecuencia, salvo su impugnación, han de ser respetados, y no cabe interpretar que ambos acuerdos y los respectivos requisitos exigidos en cada uno para la reactivación estén vigentes de forma diferenciada para uno u otros socios excedentarios. A la misma eficacia, y con las mismas consecuencias, se refiere la citada sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2007 interpretando los efectos de acuerdos de signo distinto, según lo acordado en cada uno de ellos.

En el presente caso no coexisten ambos acuerdos sino que el segundo, en cuanto a los requisitos para la reactivación, está vigente para todos los socios sin perjuicio de las posibilidades de impugnación del mismo, con los efectos que en su caso se declarasen. Y, en cuanto al acuerdo anulado del Consejo Rector, la necesidad de motivación impuesta al mismo es, como ya se dijo, una consecuencia que no extralimi-

ta las facultades que el tribunal puede atribuir a la nulidad de un determinado acto.

Por ello debe ser igualmente rechazado este motivo y, en definitiva, del recurso.

Octavo: En cuanto a las costas del recurso, habiendo recaído en las instancias sentencias de contenido distinto y siendo controvertido el tema jurídico objeto de discusión, no procede hacer imposición de las costas devengadas en el presente recurso de casación, de conformidad con lo previsto en el artículo 398.1, en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que el tribunal aprecia que el caso presentaba serias dudas de derecho.

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

FALLAMOS

Desestimar el presente recurso de casación núm. 9/2010, interpuesto por la representación procesal de don Ángel B. C. contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Quinta, en fecha 19 de febrero de 2.010, cuya firmeza declaramos, sin hacer imposición de las costas causadas en este recurso.

Esta sentencia es firme por ministerio de la Ley, y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno.

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

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