



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON  
SALA CIVIL Y PENAL  
ZARAGOZA

Recurso de Queja núm. 3/2014

**A U T O**

<b>Excmo. Sr. Presidente</b>	/
<b>D. Manuel Bellido Aspas</b>	/
<b>Ilmos. Sres. Magistrados</b>	/
<b>D. Fernando Zubiri de Salinas</b>	/
<b>D. Javier Seoane Prado</b>	/
<b>D. Luis Ignacio Pastor Eixarch</b>	/
<b>D<sup>a</sup>. Carmen Samanes Ara</b>	/
<b>D. Ignacio Martínez Lasierra</b>	/

En Zaragoza, a seis de noviembre de dos mil catorce.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 23 de septiembre de 2014, el Procurador de los Tribunales D. Juan Manuel Andrés Alamán, actuando en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Ana Isabel D. R., formuló recurso de queja contra el auto de 10 de septiembre de 2014, dictado por la Audiencia Provincial de Zaragoza, en recurso de apelación 244/2014 dimanante de Liquidación de sociedad gananciales nº 62/2013 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer número Uno de Zaragoza, por el que se inadmite la tramitación del recurso

de casación y extraordinario por infracción procesal formulado contra Sentencia de 8 de julio de 2014 recaída.

**SEGUNDO.-** Interpuesto el mentado recurso de queja ante esta Sala, se formó el oportuno rollo, que se registró con el nº 3/2014.

Es Ponente el Presidente de la Sala Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Es objeto de queja el auto de 10 de septiembre de 2014 por el que la sección 2ª de la AP de Zaragoza denegó la admisión del recurso de casación que la quejosa interpuso contra la sentencia de 8 de julio de 2014 que puso termino a la disputa sobre la formación del inventario en el procedimiento de división de la sociedad conyugal formada en su día por los esposos D. Luis y Dª Ana Isabel, disputa que se tramitó de acuerdo con lo establecido en los arts. 785 LEC y ss a los que se remite el art. 810.5 LEC.

La cuestión ha suscitado discrepancias en esta Sala, pero la tesis finalmente acogida es la contenida en el auto de 10 de septiembre de 2010, recaído en el recurso de queja 3/2010, el que se reiteraba el criterio sostenido en el anterior auto de 14 de mayo del mismo año, dictado en el recurso de queja 5/2010, en la que se decía:

*“La cuestión procesal debatida tiene por objeto dilucidar si es o no procedente la inclusión en el activo y pasivo consorcial diferentes bienes, así como la consideración como privativos de determinados incrementos patrimoniales, 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.*

*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, con cita de otras resoluciones del mismo Tribunal Supremo en igual sentido, indica (Fundamento de Derecho 2):*

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

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

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

*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 la desestimación del recurso de queja, por cuanto los Autos por el que se denegó la preparación del recurso de casación y la reposición del anterior son ajustados a derecho.”*

No existen razones para cambiar el criterio entonces sostenido en las dos resoluciones mencionadas que tienen igual objeto que el presente recurso. Por el contrario, la jurisprudencia del TS ha reiterado la doctrina de entonces mantenida en resoluciones tan recientes como el ATS de 16 de septiembre de 2014, Recurso: 2390/2013, en el que se dice:

*“3.- El recurso de casación no debe ser admitido al concurrir la causa de inadmisión prevista en el art. 483.2.1.º LEC en relación con el art. 477.2.I LEC , consistente en la falta de concurrencia de los presupuestos exigibles para que la resolución sea recurrible, dado que la sentencia recurrida no es una sentencia de apelación que ponga fin a la segunda instancia ( art. 477.2 I LEC).*

*Conforme al art. 477.2 LEC el recurso de casación procede contra las sentencias dictadas en segunda instancia por una Audiencia Provincial, por lo que están excluidas del recurso de casación -además de las resoluciones que no revisten forma de sentencia-, las sentencias que debieron adoptar forma de auto y las sentencias que resuelvan cuestiones incidentales.*

*Este criterio -que se ha reiterado por esta Sala desde la entrada en vigor de la LEC- implica que la sentencia recurrida no tiene acceso al recurso de casación, dado que no es una sentencia dictada en segunda instancia, sino una sentencia dictada en grado de apelación en un incidente promovido en el seno de un procedimiento.*

*Así lo ha declarado esta Sala en AATS de 11 de diciembre de 2012 , RC 921/2012, de 4 de septiembre de 2012 , RQ n.º 182/2012 , 4 de septiembre de 2012 , RC n.º 104/2012 - entre otros muchos que los preceden-, en los que se examina la naturaleza incidental en el régimen de la LEC del juicio verbal al que se remite el art. 809.2 LEC , al igual que sucede en*

*el caso previsto en el art. 794.4 LEC , que determina el carácter no recurrible en casación de las sentencias dictadas en grado de apelación en estos procedimientos.”*

En consecuencia, el recurso ha de ser rechazado.

**SEGUNDO.-** El depósito constituido para recurrir se rige por la DA 15 Ley Orgánica del Poder Judicial.

**VISTOS** los artículos citados y demás de general aplicación,

**LA SALA HA DECIDIDO**

1.-Desestimar el recurso de queja interpuesto contra el auto de fecha 10 de septiembre de 2014 recaído en el rollo de apelación nº 244/2014 tramitado ante la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

2.- Decretar la pérdida del depósito que se hubiere constituido para recurrir, al que habrá de darse el destino legal.

Contra la presente resolución no cabe recurso.

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

## VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado D. Ignacio Martínez Lasierra al auto de esta Sala dictado el seis de noviembre del presente año en el rollo del recurso de queja 3/2014, interpuesto contra el auto de 10 de septiembre de 2014 dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza denegando la tramitación del recurso de casación y extraordinario por infracción procesal interpuesto contra la sentencia recaída en el recurso de apelación 244/2014 de la citada Audiencia.

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:

### A U T O

En Zaragoza, a seis de noviembre de dos mil catorce.

Se acepta el encabezamiento y los antecedentes de hecho pero no los fundamentos de derecho y el resto del auto del que discrepo, proponiéndose la siguiente fundamentación y resolución.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En el primer fundamento se da cuenta del criterio seguido por la Sala en los autos de 10 de septiembre y 14 de mayo de 2010, que inadmitían los recursos de casación interpuestos contra las sentencias de las Audiencias Provinciales recaídas en los recursos de apelación seguidos contra las de primera instancia en los juicios verbales que ponían fin al procedimiento de formación de inventario del artículo 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Se transcribían diversos autos del Tribunal Supremo que sirvieron de fundamento para justificar el cambio de criterio respecto al que la Sala había mantenido hasta entonces.

Sigo discrepando de las razones dadas para aceptar los criterios sentados en dichos autos del Tribunal Supremo, que recogen argumentos en mi opinión discutibles y de no obligada aceptación.

**SEGUNDO.-** Son inadmitidos los recursos de casación en los asuntos relativos a la formación de inventario mediante la remisión a reiterados autos del Tribunal Supremo de los años 2003 a 2008, y al más reciente de 16 de septiembre de 2014 (recurso 2390/2013). En este último se afirma (fundamento 3): *“Conforme al art. 477.2 LEC el recurso de casación procede contra las sentencias dictadas en segunda instancia por una Audiencia Provincial, por lo que están excluidas del recurso de casación –además de las resoluciones que no revisten forma de sentencia-, las sentencias que debieron adoptar forma de auto y las sentencias que resuelvan cuestiones incidentales”*. De ello deduce a continuación este último auto que la sentencia recurrida no tiene acceso al recurso de casación dado que no es una sentencia dictada en segunda instancia sino una sentencia dictada en grado de apelación en un incidente promovido en el seno de un procedimiento.

Se vuelve a reproducir, como argumento principal, la distinción entre apelación y segunda instancia para concluir que en los casos del artículo 809.2 LEC estamos en presencia de una sentencia dictada en grado de apelación, pero no en segunda instancia porque recae en un incidente promovido en el seno de un procedimiento. Tal distinción, como con más detalle expongo luego, no aparece en la LEC y, desde luego, no estamos en presencia de las cuestiones incidentales de los artículos 387 y siguientes de la LEC, que terminarán por auto si son de previo pronunciamiento (artículo 393.4, párrafo primero) o con la sentencia definitiva si son de especial pronunciamiento (párrafo segundo). Tampoco estamos en presencia de sentencias que debieron adoptar forma de auto, salvo contradecir frontalmente lo dispuesto en el artículo 809.2, segundo párrafo.

Si nos atenemos a las resoluciones que ponen fin a unos y otros procedimientos, el artículo 206.1, regla 2ª, LEC exige la forma de auto para poner fin, entre otros, a cuestiones incidentales, entre las que no se encuentra el proceso que nos ocupa y, por el contrario, la regla 3ª requiere la

forma de sentencia para poner fin al proceso, en primera o segunda instancia, una vez que haya concluido su tramitación ordinaria. Sin duda nos encontramos en este último caso aunque haya posteriormente un procedimiento de liquidación, no necesariamente judicial, que tendrá como presupuesto intocable el resultado obtenido en la formación de inventario.

Este llamado incidente, no previsto como tal en la LEC, podrá ser tratado como proceso incidental, en cuanto dirigido a concluir una fase preordenada a la liquidación de un patrimonio común, como ocurre con los surgidos en el seno del proceso concursal susceptibles de recurso de casación (artículo 197.7 LC), pero en ningún caso como cuestión incidental. Se trata de procedimientos con objetos bien distintos, aunque uno haya de ser seguido por el otro.

Entre otras razones porque, siguiendo el criterio del artículo 387 LEC de distinguir las cuestiones incidentales de las que constituyen el objeto principal del pleito, el objeto de este proceso es propio y sustantivo y la sentencia que recae en el mismo resuelve *“todas las cuestiones suscitadas”* (artículo 809.2) para la aprobación del inventario, y así entendido es un proceso con contenido propio y preordenado, pero no subordinado, al procedimiento de liquidación, en el que el inventario, una vez firme la sentencia que pone fin al mismo, no podrá ser examinado de nuevo.

En otro orden de cosas, la Exposición de Motivos (XIV) de la LEC expresa, para determinar el ámbito de la casación, el concreto propósito de no excluir de ella ninguna materia civil o mercantil, y considera que la cuantía no constituye, por sí sola, un factor capaz de fijar de modo razonable y equitativo este ámbito objetivo, y que tampoco parece oportuno ni satisfactorio para los justiciables que la configuración del nuevo ámbito casacional se lleve a cabo mediante una selección casuística de unos cuantos asuntos de “interés casacional”, si este elemento se deja a una apreciación de índole muy subjetiva.

A ello responde, sin duda, lo dispuesto en el artículo 466 LEC (aun no siendo de aplicación mientras subsista el régimen transitorio de la Disposición Final 16ª), al permitir el recurso de casación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil.

Para concluir este apartado, entiendo que no existe obstáculo legal alguno en las normas procesales -al contrario, es en mi opinión lo que se deduce de ellas- que impida considerar que el proceso de formación de inventario es un proceso declarativo que termina por sentencia definitiva apelable, y que la sentencia que pone fin al recurso de apelación recae en una segunda instancia y es susceptible de recurso de casación. Cosa distinta es la interpretación jurisprudencial que lleva a otra conclusión, pero esta Sala no está obligada a su seguimiento, y así lo dijimos, entre otras ocasiones, en la sentencia de 29 de septiembre de 2001, recurso 2/2001 para la interpretación de la Disposición Final 16ª LEC. Las normas procesales que regulan la selección de los asuntos que tienen acceso al recurso de casación son susceptibles de interpretación por los Tribunales Superiores, sin vulnerar por ello reglas de competencia.

La interpretación restrictiva, sin amparo en norma legal inderogable -según he expuesto-, impedirá tener jurisprudencia propia en esta trascendental materia, en contra de la previsión recogida en el Preámbulo de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa.

En los posteriores razonamientos jurídicos reproduzco mis argumentos ya expuestos más ampliamente al formular mi voto discrepante al auto de la Sala de 15 de febrero de 2013 en recurso de casación 57/2012, en el que reafirmaba y ampliaba los expuestos en los votos a sendos autos de inadmisión de 16 de abril de 2.010, en recursos de casación 2/2010 y 6/2010, y en el de 14 de mayo de 2.010, recurso de casación 5/2010.

**TERCERO.-** En aquellos autos de esta Sala se fundamentaba la inadmisión en considerar el criterio adoptado por la Sala Primera del Tribunal Supremo como “jurisprudencia vinculante” -así se expresaba en su fundamento de derecho segundo-, y se discrepaba en los votos particulares de tal condición porque, en otro caso, se decía en ellos, debería esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón atenerse a ella y sería claro el resultado para el recurso, procediendo su inadmisión.

Se alude en el Auto del que discrepo *“al carácter complementario del ordenamiento jurídico que el 1.6 (artículo) del Código Civil atribuye a la doctrina reiteradamente establecida por la jurisprudencia del Tribunal*

*Supremo*”, en cuya consideración *“la doctrina emanada de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo conviene a la necesaria unidad del ordenamiento jurídico procesal, integrado por normas de competencia estatal”*. Y se añade que la regulación de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, al reproducir el texto del artículo 477.2 LEC cuya interpretación genera la jurisprudencia vinculante del Tribunal Supremo sobre la posibilidad de interponer este recurso contra las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, no modifica lo expuesto y no proporciona salvedad legal alguna en la regulación propia de Aragón, que permite fijar jurisprudencia propia en la aplicación del derecho civil aragonés, pero por el cauce del recurso de casación cuya admisibilidad –considera el Auto- ha de ser resuelta conforme a los criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo.

Los argumentos que sobre esta cuestión fundaban los votos discrepantes de aquellos autos siguen, en mi opinión, plenamente vigentes.

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 residenciar la competencia para el recurso de casación, en estos casos, en los Tribunales Superiores de Justicia;

b) en la doctrina sentada sobre interpretación y aplicación de la Ley de Enjuiciamiento 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 tribunales 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 distinto y excluyente de los tres ordinales del artículo 477.2 y a la existencia del interés casacional para recurrir, respecto a su operatividad cuando el proceso se determina por razón de la cuantía. Y, añado ahora, también en otros asuntos sobre los que luego me extenderé, como el procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción (artículo 781 LEC), y otros.

Por lo demás, la jurisprudencia tiene una función de complemento del ordenamiento jurídico, según expresa el art. 1.6 del Código Civil, pero no es fuente del derecho ni tiene ese efecto vinculante que se predica. Por éso 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 instancia” de modo distinto de cómo lo configura el Tribunal Supremo.

A tal conclusión se llega también siguiendo a un destacado exponente de nuestra doctrina procesalista, con cita de la Exposición de Motivos de la LEC 1/2000, en cuyo expositivo XIV se dice: *En un sistema jurídico como el nuestro, en el que el precedente carece de fuerza vinculante -sólo atribuida a la Ley y a las demás fuentes del Derecho objetivo-, no carece ni debe carecer de un relevante interés para todos la singularísima eficacia ejemplar de la doctrina ligada al precedente, no autoritario, pero sí dotado de singular autoridad jurídica.* De donde aclara el autor la diferencia entre la “fuerza

vinculante” y la “singular autoridad jurídica” de las sentencias de los tribunales superiores de casación o de apelación, señalando que el propio Tribunal Supremo afirma que no se encuentra vinculado indefectiblemente a su propia jurisprudencia (ATS de 13 de octubre de 1.998). Concluye que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia podrá resolver sobre la apertura del recurso de casación ante ese tribunal por razón de su especialidad (artículo 3.1 de la Ley de casación aragonesa), de la misma forma que lo será la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, lo cual puede producir, indudablemente, una distorsión en la búsqueda de la uniformidad en la interpretación de la ley, pero resulta indudable la coexistencia de las dos fuentes jurisprudenciales. Las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia han entendido que son soberanas en la interpretación de los requisitos procesales de los recursos de casación de su competencia (Autos de 14 de enero de 2.005 del TSJ de Baleares, de 17 de enero de 2.008 del TSJ de la Comunidad Valenciana, de 27 de marzo de 2.008 del TSJ de Cataluña y, especialmente, de 2 de marzo de 2.004 del TSJ de Navarra).

**CUARTO.-** La solicitud de formación de inventario se dirige en ese primer trámite a la liquidación del régimen económico del matrimonio, pues indudablemente la finalidad de todo inventario de masas comunes y privativas será llegar a la liquidación del patrimonio común (en los regímenes de comunidad) y, en último término, a la determinación de responsabilidad provisional y definitiva de unas y otras masas.

Para rechazar el acceso a casación de estas resoluciones, se vincula la naturaleza incidental del proceso 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 Enjuiciamiento Civil que, como dispone el segundo 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 artículo 809 LEC), tendrá la virtualidad de, por ejemplo, servir para la liquidación

extrajudicial del patrimonio común al margen del trámite 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 sustantividad propia y diferente de la del propio procedimiento de liquidación en el que se encuadra, el de los artículos 806 a 811.

Se advierte una clara diferencia entre lo dispuesto por el legislador para la sentencia recaída en el procedimiento que pone fin a la formación de inventario (artículo 809) y la que pone fin al de liquidación (artículo 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 carece 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 mi juicio, que pone fin al procedimiento y produce efecto de cosa juzgada tras, en su caso, los recursos correspondientes.

**QUINTO.-** Aparte de las consideraciones que luego se harán sobre la naturaleza incidental del procedimiento para la formación de inventario del artículo 809 LEC, parece oportuno exponer, en orden al acceso -o no- al recurso de casación de la sentencia que pone fin al mismo, y por las consecuencias que de ello se derivan, el criterio que se sostiene sobre si tiene efecto de cosa juzgada esta sentencia, pronunciada para surtir efectos -no siempre pero en la mayoría de los casos- en un procedimiento del que es incidente, el de liquidación del régimen económico matrimonial, que termina por sentencia que con toda seguridad no tiene tales efectos de cosa juzgada (artículo 787, número 5, segundo párrafo, de la LEC, por remisión del artículo 810.5 de la misma).

Ha de partirse de que es perfectamente posible que algunos procesos cuya sentencia no produce efectos de cosa juzgada pueden tener acceso al recurso de casación si reúnen los requisitos correspondientes, lo que puede no tener una relación directa entre ambas cuestiones (cosa juzgada y acceso a casación), pero resulta ilustrativo de algunas consecuencias de todo ello que a continuación se exponen.

Esta Sala, en sentencia de 29 de febrero de 2.012 (recurso de casación 28/2012), dictada en procedimiento para liquidación de patrimonio conyugal tras el correspondiente de formación de inventario, dijo en su fundamento quinto, dejando constancia de que el inventario había quedado fijado en sentencia de la Audiencia Provincial que había resuelto el recurso de apelación sobre el mismo, que *“este pronunciamiento produce, en esta fase del proceso, efecto de cosa juzgada material, en su función positiva o prejudicial”*.

En el auto de admisión del mismo recurso, de 5 de diciembre de 2.012, se había aclarado, con cita del Auto del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2.011, que la sentencia de la Audiencia Provincial en el procedimiento de liquidación, tras el de inventario, al resolver el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en la oposición a las operaciones practicadas por el contador partidor, era una sentencia de segunda instancia constituyendo el proceso especial una primera instancia, *“y aunque la decisión no produce el efecto de cosa juzgada, la resolución del recurso de apelación por parte de la Audiencia Provincial, con plenitud de jurisdicción en cuanto a las cuestiones apeladas, constituye una auténtica segunda instancia, plenamente comprendida en el supuesto de hecho del art. 477.2 de la Ley procesal y del art. 2.1 de la ley aragonesa, que reproduce en este punto su contenido”*. El auto aclara a continuación que, aunque no produzca efecto de cosa juzgada, es recurrible en casación si bien, dado que no es admisible (con el Auto de la Sala de lo Civil del TSJ de Navarra de 3 de octubre de 2.002), que la Sala de casación pueda pronunciarse dos veces sobre la misma cuestión, ante un posible posterior juicio declarativo ordinario con su recurso de casación, la ausencia de cosa juzgada del artículo 787.5 de la ley procesal no debe entenderse en el sentido de que la liquidación pueda volver a realizarse en el juicio ordinario, sino que en éste los interesados pueden hacer valer sus derechos sobre los bienes adjudicados, permitiendo plantear en el proceso plenario posterior aquello que no tuvo cabida en el proceso de liquidación.

Asumiendo lo anterior, debe concluirse, si se sigue también la tesis del auto del que discrepo, que la sentencia recaída en el proceso incidental de formación de inventario y en su posterior recurso de apelación, en virtud de

su efecto de cosa juzgada no podría ser revisada en el procedimiento de liquidación, ni en la sentencia que recayera en el recurso de casación contra la sentencia de apelación del procedimiento de liquidación, ni en la posible sentencia de casación tras el posible juicio declarativo ordinario sobre la liquidación. De tal forma, que, al no ser tampoco susceptible de ser recurrida en casación, según la tesis mayoritaria, esta Sala de casación difícilmente podrá crear doctrina jurisprudencial sobre las materias sometidas a juicio en el procedimiento de formación de inventario. Y ello en virtud de la consideración de que se trata de un procedimiento incidental cuya sentencia no pone fin a una segunda instancia, aspecto sobre el que muestro mi discrepancia, según expondré.

**SEXTO.-** 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 la 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 la 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.

Si entendemos por instancia el conjunto de actos procesales que, iniciados mediante una demanda, o un recurso devolutivo ordinario, terminan en una sentencia definitiva que resuelve, con plenitud de conocimiento de los hechos, fundamentos de derecho y pretensiones sobre el fondo de un asunto, no puede caber duda de que el proceso del artículo 809 LEC termina por una sentencia que pone fin a la instancia (primera), y que el recurso de apelación interpuesto contra la misma finaliza por sentencia que pone fin a una segunda instancia. Y, además, esta sentencia produce efecto de cosa juzgada por lo que, si no se admite recurso de casación contra la misma, no habrá doctrina jurisprudencial del tribunal encargado de su creación, en la materia de que se trata.

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*”, pone fin a la primera instancia, y la sentencia del recurso de apelación a la segunda, sin que estuviera dotada de mejores garantías la que se dictara en el procedimiento declarativo tras el fracaso del procedimiento de liquidación, si se afirmara que no había producido efectos de cosa juzgada. 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 que tiene lugar en un procedimiento especialmente diseñado para ello en la LEC 1/2000, independiente, no subordinado aunque, evidentemente, dirigido a la posterior división y adjudicación.

**SEPTIMO.-** 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 mi 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 modificación 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, sin que haya habido 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.

Lo mismo puede decirse de los incidentes surgidos en el seno del proceso concursal, cuya naturaleza incidental, en tanto que ordenados al fin del proceso principal, es indudable, y sin embargo terminan por sentencia apelable y, en algunos supuestos, en concreto los relativos a la formación de la masa del concurso, susceptibles de recurso de casación (artículo 197.7 LC). Son incidentes que abren auténticas instancias, y los recursos de apelación segundas instancias, a pesar de su naturaleza incidental.

El auto del que discrepo se hace eco igualmente de la reiteración con la que el Tribunal Supremo (se cita el Auto de 30 de diciembre de 2.003, recurso 997/2002) ha negado el acceso a casación de las sentencias recaídas en el juicio verbal sustanciado en el seno de una adopción para la determinación de la necesidad, o no, del asentimiento de los padres biológicos, según hayan sido considerados incursos en causa legal de

privación de la patria potestad. Sin embargo, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2.012, conociendo de un recurso de casación, el nº 2057/2010, contra sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid recaída en recurso de apelación contra sentencia de primera instancia en procedimiento sobre necesidad de contar con asentimiento del padre biológico de un menor, resolvió el recurso, estimándolo, con declaración de no ser necesario su asentimiento. El Auto de la Sala, de 3 de mayo de 2.011, había admitido los recursos de casación interpuestos contra la sentencia de la Audiencia Provincial sin referencia alguna a la naturaleza incidental del procedimiento de procedencia.

Podrá opinarse que la gravedad de las consecuencias de una decisión como la adoptada en estos procedimientos, que implica la extinción de la patria potestad (autoridad familiar en el derecho aragonés), hace aconsejable la posibilidad del acceso a casación de este tipo de asuntos, y me muestro conforme con ello, pero también demuestra que la cuestión de la incidentalidad de estos procedimientos no era tan determinante, o bien que se está admitiendo que dicha incidentalidad no pone en cuestión que la sentencia recaída en la apelación pone fin a una segunda instancia. Y debe tenerse en cuenta que se trata de un incidente del procedimiento de adopción, de jurisdicción voluntaria, que formalmente será el principal.

Pero no sólo sucede así en el procedimiento del artículo 781 LEC, cuya decisión puede implicar la extinción de la patria potestad. También en el procedimiento del artículo 780 LEC, de oposición a resoluciones administrativas en materia de protección de menores, que no llevan aparejadas consecuencias tan graves, el Tribunal Supremo ha resuelto en recursos de casación contra sentencias de apelación en procedimientos de oposición a medidas administrativas de desamparo (Sentencias de 21 de febrero de 2.011, recurso 1186/2008, y de 17 de febrero de 2.012, recurso 1242/2010).

Así pues, no cabe duda de que la naturaleza incidental de estos procedimientos no resulta obstáculo para nuestro Tribunal Supremo para la admisión de los recursos de casación derivados de los mismos, y los autos de inadmisión que se citan no constituyen doctrina vinculante, ni siquiera

doctrina segura, que aconseje su seguimiento, máxime cuando se han producido los cambios que se han puesto de manifiesto.

**OCTAVO.-** Es loable el objetivo que se declara en el auto del que discrepo, de conseguir la unidad del ordenamiento jurídico procesal, pero sólo si se hace sobre criterios seguros que, como hemos visto, no proporciona nuestro Tribunal Supremo en esta materia y, además, cuando ello significa cercenar la posibilidad de dotar de doctrina jurisprudencial propia a nuestro ordenamiento sustantivo en materias esenciales dentro del mismo, como las relativas al régimen económico matrimonial aragonés.

Hemos visto que en otras materias, como la oposición a medidas administrativas de protección de menores, o el procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento de los padres biológicos a la adopción de hijos menores, nuestro Tribunal Superior seguía su propio criterio para la admisión, que se aceptaba, de recursos de casación derivados de los mismos, al igual que otros Tribunales Superiores de Justicia. No veo la razón por la que no pueda suceder lo mismo con los procedimientos de formación de inventario del artículo 809 LEC, pues la simple comprobación de que el Tribunal Supremo no los admite no resulta suficiente. Razones de coherencia hubieran debido llevar a nuestra Sala a la inadmisión en aquéllos relativos a menores, y ahora a su admisión dado el cambio de criterio del Tribunal Supremo.

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.

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, conforme a lo dispuesto en los artículos 483.2 y 477.2.I de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no concurre la causa de inadmisión apreciada y, en consecuencia, procede la estimación del recurso de queja para dar la tramitación correspondiente al recurso de casación.

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

**PROPONGO LA SIGUIENTE PARTE DISPOSITIVA:**

**La Sala ACUERDA:**

Estimar el recurso de queja interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Juan Manuel Andrés Alamán, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Ana Isabel D. R., contra el auto de 10 de septiembre de 2004 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, y admitir a trámite el recurso de casación contra la sentencia de 8 de julio de 2014, ordenando continuar su tramitación.

Devuélvase el depósito constituido (D.A. 15<sup>a</sup>.8 de la LOPJ).

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno (artículo 495.3 de la LEC).

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados expresados margen.



Voto particular que firmo en Zaragoza a trece de noviembre de dos mil catorce.