

SENTENCIA

EXCMO. SR. PRESIDENTE	/	
D. Fernando Zubiri de Salinas	/	Zaragoza a catorce
ILMOS. SRES. MAGISTRADOS	/	de julio de dos mil
D. Luis Fernández Alvarez	/	cuatro.
D. Luis Pastor Eixarch	/	
D. Manuel Serrano Bonafonte	/	
D^a. Rosa M^a. Bandrés Sánchez-Cruzat	/	

En nombre de S.M. el Rey.

Visto por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón el presente recurso de casación núm. 2/2004, interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de esta Ciudad, en fecha 16 de julio de 2003, recaída en el rollo de apelación núm. 206/2003, dimanante de autos de Juicio Ordinario núm. 437/2002, seguidos ante el Juzgado de 1^a Instancia núm. Once de Zaragoza, en el que son partes, de la una, como recurrentes, D^a. M^a J. C. C. y D. J M. V. G. representados por el Procurador D. E. P. C. y dirigidos por el Letrado D. A. J. T. R., y de la otra, como recurrido,

“G. C. R. S.A”, representado por el Procurador D. J L. G. F. y dirigido por la Letrado D^a. M^a J. F. V., versando el juicio sobre reclamación de cantidad, estableciéndose la cuantía del procedimiento en 3.305,57 €

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador de los Tribunales Sr. P. C., en nombre y representación de D. JM. V. G. y D^a M^a J. C. C. formuló en fecha 9 de mayo de 2002 demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción confesoria de servidumbre de paso frente al representante legal de la empresa “C. G. R. S.A.”, en la que tras alegar los hechos y fundamentos que estimó pertinentes, terminó suplicando se dicte sentencia en la que se reconozca la existencia de servidumbre de paso, adquirida por usucapión, a través del solar propiedad de la demandada para acceder a la calle Hermanos Cubel, en Fuentes de Ebro (Zaragoza), en las dimensiones suficientes para ejercer su derecho como hasta ahora lo venían haciendo. Se condene a la demandada a dejar libre y expedito el acceso a la vivienda unifamiliar, propiedad de mis patrocinados, por la calle Hermanos Cubil, adoptando las medidas necesarias para ello, solicitando el recibimiento del pleito a prueba.

SEGUNDO.- Por auto de fecha 10 de abril de 2.002 se acordó la medida cautelar consistente en que por la demandada se deje libre y expedito el acceso a la vivienda unifamiliar propiedad de los demandantes, adoptando las medidas que resulten necesarias para la ejecución de lo acordado, incluida la paralización de parte de las obras que se están ejecutando, condenando a la demandada al pago de las costas procesales, ejecutándose la anterior medida una vez que la solicitante preste la caución de 6.010,12 euros, quedando dicha medida sin efecto si en el plazo de veinte días no se interpone la demanda. Por auto de 23 de mayo

se admitió a trámite la demanda presentada por el Procurador Sr. P. dándose traslado y emplazando por veinte días a la parte demandada para la contestación de la demanda. Compareciendo en tiempo y forma el Procurador D. J. G. F., en nombre y representación de “G.C.R. S.A”, quien se opuso a la demanda con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, suplicando se dictase sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda con condena en costas y respondiendo asimismo de los perjuicios que resultasen producidos a consecuencia de la paralización parcial de la obra instada por los demandantes en las medidas cautelares origen del presente procedimiento. Acordando asimismo la continuación de las obras de construcción en el solar propiedad de mis mandantes hasta su total finalización en toda la extensión proyectada.

TERCERO.- Por providencia de 24 de junio se tuvo por presentada la contestación a la demanda celebrándose audiencia previa el día 18 de octubre a las 10,30 horas, en la que se señaló el día 22 de noviembre para la celebración del juicio y recibido el pleito a prueba, se practicó la prueba admitida con el resultado que obra en autos, ratificándose las partes en sus respectivos pedimentos y quedando el procedimiento visto para sentencia. En fecha 26 de noviembre de 2002 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO.- Que estimando la demanda promovida en Juicio Ordinario nº 437/C-2002, instado por el Procurador Sr. P. en nombre y representación de D. JM. V. G. y D^a M^a J. C. C., contra “G C R S.A”., representada por el Procurador Sr. G. debo reconocer y reconozco la existencia de servidumbre de paso, adquirida por usucapión a favor de los actores a través del solar de la propiedad de la demandada, para acceder a la calle Hermanos Cubel de la localidad de Fuentes de Ebro –Zaragoza-, en las dimensiones suficientes para ejercer el derecho tal y como se venía haciendo, asimismo, debo condenar y condeno a la demandada a dejar libre y expedito el acceso a la

vivienda propiedad de los actores por la calle Hermanos Cubel, adoptando las medidas necesarias para ello, condenando a la demandada al pago de las costas procesales.

CUARTO.- Contra la resolución anterior se interpuso recurso de apelación por el Procurador Sr. G., en nombre y representación de la parte demandada, y presentado por la actora escrito de oposición al recurso se tuvo por formalizado el trámite de oposición al mismo, se elevaron los autos a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, -desglosándose el procedimiento de Medidas Cautelares 204/2002-C, y quedando unido el testimonio del mismo-, con emplazamiento de las partes, donde se tramitó el recurso por el procedimiento de los de su clase , dictándose sentencia en fecha 16 de julio de 2003, cuya parte dispositiva dice así: "Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por "G C R S.A." contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº once de Zaragoza y recaída en el juicio declarativo ordinario nº 437/02, con revocación de la misma debemos desestimar y desestimamos la demanda interpuesta contra la recurrente por D. J M. V.G. y D^a M^a J. C. C. sin hacerse una especial imposición de las costas causadas en ninguna de las dos instancias".

QUINTO.- Por el Procurador Sr. P. C., en nombre y representación de D. J M. V. G. y D^a M^a J. C. C, se presentó en tiempo y forma escrito preparando recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de esta Ciudad, y por auto de fecha 2 de septiembre de 2003 se acordó no haber lugar a tener por preparado el recurso de casación interpuesto. Por el Procurador Sr. P. se presentó escrito preparando recurso de queja e interponiendo recurso de reposición contra el citado auto, teniéndose por preparado el mencionado recurso de queja y dándose traslado a la parte contraria

quien presentó escrito de impugnación. Por auto de 14 de octubre de 2003 se desestimó el recurso de reposición preparatorio del de queja y se remitieron las actuaciones a esta Sala que por auto de 12 de diciembre acordó, con un voto particular, estimar el recurso de queja interpuesto por el Procurador Sr. P. C, revocando el auto de 2 de septiembre y ordenando a la citada Sección Quinta de la Audiencia Provincial de esta Ciudad la tramitación del recurso de casación interpuesto. Posteriormente el Procurador Sr. P. formuló el oportuno escrito de interposición del recurso de casación, en el que articuló los siguientes motivos: “Primero y único.- El presente recurso de casación se interpone al entender que en la Sentencia de 16 de julio de 2003, dictada por la Sección Quinta de la A.P. de Zaragoza, se ha infringido lo preceptuado en el artículo 147 de la Compilación del Derecho Aragonés, que expresa con claridad que: “Todas las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe”. Y terminó suplicando que teniendo por presentado este escrito, con sus copias y documentos, se sirva admitirlo, en la representación que ostento de D. J M. V. G. y D^a M^a J. C. C, y por él tenga por interpuesto, en tiempo y forma, Recurso Extraordinario de casación por interés casacional contra la Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en Rollo de Apelación 206/03, admitiéndolo y, en su día, y previos los trámites pertinentes dicte Sentencia por la que, dando lugar al Recurso extraordinario de Casación por interés casacional, case y anule la Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza recurrida, dictando en su lugar otra, ajustada a Derecho, por la que estimando íntegramente la demanda de juicio ordinario que dio inicio a estas actuaciones, se reconozca la existencia de servidumbre de paso, adquirida por usucapión, a favor de mis patrocinados a través del solar propiedad de la demandada para acceder a la calle Hermanos Cubel, en Fuentes de Ebro (Zaragoza), en las dimensiones suficientes para ejercer su derecho como hasta

ahora lo venían haciendo; se condene a la empresa demandada a dejar libre y expedito el acceso a la vivienda unifamiliar, propiedad de mis patrocinados, por la calle Hermanos Cubil, adoptando las medidas necesarias para ello y se condene a la empresa demandada al pago de las costas derivadas del presente juicio”.

SEXTO.- Por providencia de 9 de marzo se tuvo por presentado el escrito de interposición del recurso preparado por la parte apelada, emplazándose a las partes por término de treinta días para su comparecencia ante esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, comparecidas las partes y recibidas las actuaciones, se dictó en fecha 6 de mayo del presente año auto, con un voto particular, admitiendo el recurso a trámite, confiriéndose traslado del escrito de interposición por plazo de 20 días a la parte recurrida, quien formalizó en tiempo y forma escrito de oposición, en el que, tras rebatir el motivo articulado de contrario, terminó suplicando se dicte resolución desestimando el recurso y declarando asimismo la firmeza de la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 16 de julio de 2003, con imposición de costas a la parte recurrente, y por providencia de fecha 16 de junio se señaló el día 7 de julio para votación y fallo, al no considerarse necesaria la celebración de vista.

Es Ponente la Magistrado Ilma. Sra. D^a. Rosa M^a Bandrés Sánchez-Cruzat.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora, ahora recurrida en casación, ejercitó en su escrito

de demanda acción confesoria de servidumbre de paso. Invocó en el hecho primero de la demanda, que es propietaria de una vivienda unifamiliar sita en Fuentes del Ebro en la calle de Huesca, que cuenta con otro acceso por la calle Hermanos Cubel, objeto de la presente litis, que dicho acceso ha venido siendo utilizado de manera pública y notoria con conocimiento del anterior dueño, D. M. P. D., así como de sus actuales propietarios, desde el año 1985, existiendo, en la pared que linda con el predio sirviente, una puerta desde hace casi 20 años que verifica el acceso a la vivienda, a través del solar de la actora y hasta la vía pública.

Son hechos acreditados en autos los siguientes:

Primero .-Que los demandantes son propietarios desde el 8 de noviembre de 1985 de la vivienda, objeto del presente procedimiento. Segundo .-Que en fecha 17 de octubre de 1985 fue interesada y obtuvieron licencia municipal para la apertura de una puerta en el corral de la vivienda que da a la calle Hermanos Cubel, hecho acreditado por prueba testifical de las vecinas de la localidad de la que son también vecinos los actores y mediante documentos consistentes en fotografías. Tercero .-Que la demandada se encuentra construyendo unas viviendas unifamiliares y las identificadas con la letra A, es de mayor dimensión que las otras y la que impide el acceso al corral de la vivienda de los actores.

SEGUNDO.- La sentencia de primera instancia estima la demanda, al reconocer "la existencia de servidumbre de paso, adquirida por usucapión, a favor de los actores a través del solar de la propiedad de la demandada, para acceder a la calle Hermanos Cubel de la localidad de Fuentes de Ebro, - Zaragoza- en las dimensiones suficientes para ejercer el derecho tal y como se venía haciendo". Y condena a dichos demandados "a dejar libre y expedito el acceso a la vivienda propiedad de los actores por la calle Hermanos Cubel adoptando las medidas necesarias para ello".

La sentencia de apelación revoca la de primera instancia desestimando la demanda al considerar en el fundamento de derecho segundo, sustancialmente, que: el demandante aportó unos datos relevantes, a saber, precisó que pretendió comprar el terreno que integraba el paso y que ambos propietarios intermedios rechazaron la petición, lo que pretendieron no fue permitir la consolidación de derechos, sino una mera licencia tolerante del paso, estimando que no hay título, para la constitución de la servidumbre ni tampoco título para la usucapión ni posesión en concepto de dueño para usucapir.

TERCERO.- El recurso de casación se ha interpuesto por la vía prevista en el artículo 477, número 2, apartado 3º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al entender el recurrente que la resolución del recurso presenta interés casacional. Tras el trámite legalmente establecido, que se llevó a efecto ante el Tribunal Provincial, esta Sala por Auto de 6 de mayo de 2004 acordó la admisión del recurso de casación, por entender que la resolución del recurso presenta interés casacional, toda vez que no existe doctrina de este Tribunal.

El único motivo de recurso se interpone al amparo de lo establecido en el artículo 477. 2. 3º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil al entender los recurrentes que la sentencia de 16 de julio de 2003 dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza ha infringido el artículo 147 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón por lo que interponen el presente recurso extraordinario, al considerar que ejercieron el derecho de paso en concepto de dueños o titulares del derecho de paso, por cuanto así fue consentido por los sucesivos propietarios del terreno, durante casi 20 años, realidad, dicen, que no obsta, a que pretendieran comprar el terreno a través del cual se llevaba a cabo dicho paso.

Antes de entrar en el examen del recurso se hace preciso referirse, siquiera sea de forma somera, a las causas de “inadmisibilidad” alegadas por la parte recurrida, que en este momento procesal no serían de inadmisibilidad, sino de desestimación. En la fase de admisión, mediante el correspondiente auto, ciertamente con voto particular de inadmisión de uno de los Magistrados que componen la Sala, ya se dijo que procedía su admisión a trámite por las razones que allí quedaron expuestas y ahora se dan por reproducidas, sin que ello pueda ser obstáculo para que, si del examen del recurso en este momento, se apreciara la concurrencia de alguna de las causas propuestas por la recurrida, se procediera a la desestimación del mismo.

CUARTO.- Los recurrentes consideran que la sentencia de la Audiencia Provincial ha infringido el art. 147 de la Compilación, cuyo tenor literal es el siguiente: “ Todas las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe”.

Para fundamentar su denuncia se refieren a los hechos debatidos a lo largo del pleito que consideran fijados por la sentencia del Juzgado, y dicen: “Y entre tales hechos, considerados ya debida y plenamente acreditados se encuentra que mis patrocinados han venido ejerciendo el derecho de paso desde su finca hasta la calle Hermanos Cubel por el solar de los demandados, desde el año 1985, cuando menos”.

Pero olvidan que en el extraordinario recurso de casación no son los hechos probados por la sentencia del Juzgado los que han de ser tenidos en cuenta, sino los que el Tribunal de apelación consideró acreditados. Y lo que la Audiencia consideró probado y la parte recurrente no ha combatido en debida forma, fue lo siguiente: “Pero el demandante aportó unos datos relevantes para la Sala a los efectos que ahora interesan, a saber, precisó que pretendió comprar el

terreno que integraba el paso y que ambos propietarios intermedios rechazaron tal petición. Y esta idea es reveladora de que los mencionados sucesivos propietarios lo que nunca pretendieron era permitir la consolidación de derechos de los demandantes y sí solo mera licencia tolerante del paso, pues en otro caso aquella consolidación hubiera sido tan perjudicial tratándose de fincas urbanas”. (Lo subrayado es nuestro).

Es pues de estos hechos –insistimos, no combatidos adecuadamente por la parte recurrente- de donde hay que partir para determinar si la Sala de instancia cometió o no la infracción que los recurrentes le achacan.

La Compilación, en su artículo 147, permite la adquisición por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes de toda clase de servidumbres, sin necesidad de título ni buena fe; pero habrá de convenirse en que solamente pueden usucapirse aquellos bienes o derechos que se disfrutaban “unidos a la intención de haberla cosa o derecho como suyos”, según reza el artículo 430 del Código Civil, que resulta de aplicación.

En el caso que ahora se resuelve, habiendo quedado probado que los demandantes pretendieron comprar el terreno que integraba el paso a los anteriores propietarios del mismo, es claro que no tenían intención de hacer suyo el derecho de paso, y, además, tales propietarios nunca permitieron la consolidación de los derechos de los demandantes y sí solo mera licencia tolerante del paso.

Así las cosas es visto que la Audiencia no infringió el precepto que los recurrentes consideran vulnerado y con absoluta corrección tuvo en cuenta lo dispuesto en los artículos 444 y 1942 del Código Civil: que los actos meramente tolerados no afectan o aprovechan a la posesión.

Procede pues la desestimación del recurso interpuesto y por imperativo legal la imposición de las costas a la parte recurrente.

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

FALLO

Debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. E P C, en nombre y representación de D. JM. V. G. y doña MJ C. C. contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 16 de julio de 2003 que confirmamos. Se condena a la parte recurrente al pago de las costas. Líbrese a la mencionada Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza la certificación correspondiente con remisión de los autos y rollo de apelación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, anunciando voto particular el Excmo. Sr. Presidente D. Fernando Zubiri de Salinas y el Ilmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernández Alvarez.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Ilmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernández Álvarez a la sentencia de esta Sala dictada el catorce de julio del presente año en el rollo de recurso de casación número 2/2004, procedente de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de esta Ciudad.

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

S E N T E N C I A

En Zaragoza a quince de julio de dos mil cuatro.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

jurídicas, algunas de relevancia, que permanecían excluidas del ámbito de la casación, con lo que se privaba al recurso de cumplir de manera adecuada su primordial función de unificar la aplicación de las normas, cometido que en los últimos años resulta más necesario toda vez que el derecho privado ha experimentado cambios importantes merced a la publicación de nuevas leyes en parcelas de gran repercusión social.

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

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

SEGUNDO.- Según tiene declarado el Tribunal Supremo de forma reiterada, la existencia de interés casacional debe quedar acreditada de modo suficientemente mínimo en la fase de preparación, pesando sobre la parte recurrente la carga de explicar el interés casacional y de acreditar su efectiva existencia, debiendo facilitar los datos precisos para que el Tribunal pueda constatar la efectiva presencia del interés casacional, que ha de resultar real y no meramente artificial o instrumental, pues de no ser así ello equivaldría a admitir el recurso de casación por la simple y unilateral afirmación de existencia de interés casacional, algo que no resulta conciliable con la naturaleza de recurso extraordinario.

Asimismo el Tribunal Supremo ha manifestado que el recurso por interés casacional se circunscribe a la función revisora del juicio sobre el alcance y significado jurídico de los hechos probados, o sea sobre la aplicación de la norma jurídica sustantiva, sin que quepa en dicho recurso alterar y sustituir la apreciación que de los hechos probados haya realizado el Juzgador de instancia; así en el auto de fecha 3 de diciembre de 2002 se dice lo siguiente:

<<El recurso de casación, en su nueva regulación, se ha circunscrito al examen de la corrección jurídica de las normas referidas al fondo del asunto, esto es, a la cuestión sustantiva o material que constituye el objeto del proceso, según es inherente a su función nomofiláctica, correspondiendo las cuestiones procesales al ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal, por lo que el “interés casacional” en modo alguno puede basarse en jurisprudencia o normas relativas a temas de naturaleza adjetiva, habiéndose precisado por esta Sala que las cuestiones procesales deben entenderse, a los efectos del ámbito de los recursos extraordinarios, en un sentido amplio, que abarque no sólo las infracciones de las normas reguladoras de los presupuestos del proceso –entendidos como aquellos que impiden su inicio, su continuación o una resolución sobre el fondo- y de los actos procesales que conformen sus sucesivos trámites hasta llegar a la resolución que le pone término, sino también todas aquellas que ordenan la actuación del titular del órgano jurisdiccional encaminada a permitir el juicio jurídico sobre la cuestión que se le somete, así como las orientadas a resolver todas las cuestiones que tengan su origen o su causa en el proceso y que no se circunscriben a las que enumera el art 416 LECiv/2000, sino que abarcan también las normas del enjuiciamiento civil que llevan a conformar la base fáctica de la pretensión, por lo cual aspectos tales como la distribución de la carga de la prueba y la aplicación de las reglas que la disciplinan, el juicio sobre los hechos resultante de la aplicación de las reglas y principios que rigen la valoración de los distintos medios de prueba, y de ésta en

su conjunto, se encuadran dentro de la actividad procesal, cuya corrección debe examinarse en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal, dejando la casación depurada en la estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados>> (en igual sentido los autos de 21 de enero, 13, 20 y 27 de noviembre y 18 y 28 de diciembre de 2001, de 22 de enero, 8 y 15 de octubre y 30 de diciembre de 2002, 21 de enero, 6 de mayo y 1 y 8 de julio de 2003, entre otras).

Solo si se da interés casacional, que queda referido exclusivamente a las normas sustantivas, es posible la preparación del recurso extraordinario por infracción procesal del párrafo 2º de la regla 5ª de la Disposición Final Decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que si bien autoriza a incluir en el recurso por interés casacional motivos del art. 469, supedita el eventual examen de estos motivos a la admisibilidad de la casación en que se insertan, casación que se admitirá atendiendo únicamente a los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, sin que quepa atacar la valoración de la prueba por la vía del art. 469.1.2º de la mentada Ley Procesal Civil para, una vez alterada, en su caso, y fijados unos nuevos hechos, poder defender la infracción de doctrina jurisprudencial (véanse los autos del Tribunal Supremo de 16 y 23 de octubre y de 27 de noviembre del 2001, entre otros).

TERCERO.- Todos los miembros de esta Sala admitimos que cabe recurso de casación por interés casacional en los asuntos cuya cuantía no exceda de veinticinco millones de pesetas; la discrepancia surge porque la mayoría considera que en dicho recurso se puede alterar y sustituir la apreciación que de los hechos probados haya realizado el tribunal de instancia y además porque vienen admitiendo la revisión del juicio fáctico sin necesidad de denunciar la norma valorativa de prueba que se considera infringida, o sea, como si se tratase de un recurso de apelación.

Lo que se discute en el presente recurso es la valoración fáctica efectuada por la Audiencia, quien tras la apreciación del material probatorio obrante en el juicio considera acreditado que nos hallamos ante una posesión de mera tolerancia, que, por tanto, no aprovecha para la usucapión, conforme resulta de los arts 1942 y 444, ambos del Código Civil; por el contrario, la parte recurrente sostiene que estamos ante una *possessio ad usucapionem*, apta para la adquisición de la servidumbre.

Lo que en definitiva hacen los recurrentes es discrepar de la valoración probatoria de la sentencia impugnada, por lo que el interés casacional resulta artificioso, <<en la medida en que descansa en un supuesto de hecho distinto al de dicha sentencia, cuyos pronunciamientos se basan sobre la circunstancia de que >> se trataba de un paso meramente tolerado (véanse los autos del Tribunal Supremo de 8,15 y 22 de octubre y de 30 de diciembre de 2002, entre otros).

La postura adoptada por la mayoría de la Sala va en contra del ámbito propio del recurso por interés casacional y conduce a resultados inaceptables, pues confiere a este cauce de impugnación una extensión inadecuada, ya que basta con atacar la valoración de los hechos para generar la admisibilidad del recuso por interés casacional, toda vez que la revisión del juicio fáctico permite defender la infracción de doctrina jurisprudencial, lo que implica hacer supuesto de la cuestión, pues el recurrente fundamenta su tesis sustantiva sobre la base de cuestionar los hechos declarados probados en la sentencia impugnada: la resolución de instancia carece de interés casacional, pero se le dota del mismo sobre la base de cuestionar la valoración de la prueba realizada en la sentencia recurrida; como señala el Tribunal Supremo se trata de un interés casacional artificioso (autos ya citados de 8, 15 y 22 de octubre y de 30 de diciembre de 2002, entre otros).

La consecuencia de la mentada postura de este Tribunal es el incremento de la litigiosidad y de los gastos a soportar por las partes, que en muchos casos

rebasarán el valor de lo discutido en el proceso; por otro lado, el pronunciamiento que se dicte sobre la cuestión litigiosa aquí planteada, ni crea jurisprudencia ni la unifica, pues la divergencia entre las partes se circunscribe a la valoración de la prueba, sin que mantengan discrepancia alguna acerca del sentido de la norma sustantiva.

Al admitir ésta Sala la revisión del juicio fáctico en el recurso por interés casacional se separa abiertamente de la doctrina del Tribunal Supremo, cuando los Tribunales Superiores de Justicia deben aplicar las normas del Estado conforme a la interpretación que de las mismas resulta de las resoluciones dictadas por aquél, a tenor de lo prevenido en el art. 123.1, en relación con el 152.1, ambos de la Constitución Española; cierto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto del ámbito propio del recurso por interés casacional no es vinculante de modo absoluto y este Tribunal, al tener que decidir en el ejercicio de su potestad jurisdiccional conforme al sistema de fuentes establecido (art. 1.7 del Código Civil), puede discrepar y separarse de ella de forma motivada, pero debe señalar con precisión los criterios a seguir para conocimiento de las partes, de sus Letrados y de los Tribunales de esta Comunidad Autónoma; en concreto deberá pronunciarse sobre los dos puntos siguientes: a) Si admite la revisión de la valoración probatoria con la amplitud de un recurso de casación ordinario, expresando, si le da distinto ámbito, en qué supuestos la admite, y b) El cauce procesal que ha de seguirse para modificar los hechos probados.

CUARTO.- Si se admite la revisión del juicio fáctico en el recurso por interés casacional al menos debe exigirse que se articule un motivo de casación específico en el que se mencione la norma de valoración de prueba que se estime infringida.

El recurso de casación no es una tercera instancia y si bien la valoración probatoria puede excepcionalmente acceder a la casación, ello requiere un

soporte adecuado, ora en la doctrina constitucional sobre el error patente o la arbitrariedad, ora en la mención de una norma concreta valorativa de prueba que se considere infringida por el Tribunal de instancia, sin que pueda aceptarse el criterio de aducir una errónea apreciación probatoria, que de admitirse obligaría a esta Sala a realizar un nuevo examen de todo el acerbo probatorio para verificar la veracidad de la afirmación, contrariando con tal comportamiento la esencia de este recurso extraordinario, además de ignorar la técnica casacional y apartarse de una doctrina jurisprudencial uniforme en este aspecto (véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de abril, 10 de mayo y 31 de diciembre de 1.999, 26 de abril de 2.000, 16 de julio de 2.001, 25 de enero y 19 de diciembre de 2.002, 20 de febrero de 2.003, entre otras).

Pues bien, en el desarrollo del motivo único de casación los recurrentes no alegan norma alguna de valoración de la prueba, por lo que el recurso debió ser inadmitido; es de señalar que en la sentencia de la mayoría se dice que “la parte recurrente no ha combatido en debida forma” los hechos que el tribunal de apelación considera probados, lo que puede significar un cambio de criterio.

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

Debería en consecuencia dictarse el siguiente:

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso nº 2/2004 por carecer de interés casacional, interpuesto por el Procurador D E P C, en nombre y representación de D. JM. V. G. y D^a M^a J. C. C., contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de esta Ciudad en fecha 16 de julio de 2003, recaída en autos de juicio ordinario sobre servidumbre número 206/2003 del Juzgado de Primera Instancia número Once de Zaragoza, y en su consecuencia se declara la firmeza de dicha resolución, sin que se haga especial pronunciamiento sobre las costas de este recurso.

Devuélvase los autos a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de esta Ciudad, juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

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

VOTO PARTICULAR

Que formula el Excelentísimo Señor Presidente D. Fernando Zubiri de Salinas a la Sentencia de esta Sala dictada el 14 de julio de 2004, en el rollo de recurso de casación núm. 2/2004, procedente de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

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

S E N T E N C I A

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la parte actora, ahora recurrente en casación –no recurrida, como quizá inadvertidamente se dice en la sentencia mayoritaria- ejercita en su escrito de demanda acción confesoria de servidumbre de paso, en la que solicitaba se reconozca la existencia de servidumbre de paso, adquirida por usucapión, a través del solar propiedad de la demandada para acceder a la calle Hermanos Cubel, en Fuentes de Ebro (Zaragoza), en las dimensiones suficientes para ejercer su derecho en la forma como hasta ahora lo venía haciendo, y solicita que se condene a la demandada a

dejar libre y expedito el acceso a la vivienda unifamiliar, propiedad de sus patrocinados, por la calle Hermanos Cubel.

Para la resolución del recurso, la sentencia de la mayoría declara hechos acreditados en autos los siguientes: “Primero.- Que los demandantes son propietarios desde el 8 de noviembre de 1985 de la vivienda, objeto del presente procedimiento. Segundo.- Que en fecha 17 de octubre de 1985 fue interesada y obtuvieron licencia municipal para la apertura de una puerta en el corral de la vivienda que da a la calle Hermanos Cubel, hecho acreditado por prueba testifical de las vecinas de la localidad de la que también son vecinos los actores y mediante documentos consistentes en fotografías. Tercero. Que la demandada se encuentra construyendo unas viviendas unifamiliares y las identificadas con la letra A, es de mayor dimensión que las otras y la que impide el acceso al corral de la vivienda de los actores” (fundamento de derecho primero).

Con independencia de que en tal declaración fáctica se desliza un error, ciertamente subsanable, como el que la vivienda identificada con la letra A es una sola, me parece imprescindible destacar como hecho también comprobado en las instancias que los actores han venido utilizando la puerta abierta en la tapia del corral de su vivienda como salida a la calle Hermanos Cubel, a través del predio que hoy pertenece a la demandada, y anteriormente a sus causahabientes. En la sentencia de la Audiencia Provincial ni siquiera se pone en duda la posesión del paso: “aquella posesión desde 1985 está acreditada”, se afirma en el fundamento de derecho segundo, aunque se niega que lo sea en concepto de dueño, por entender la Sala que se trata de actos de mera tolerancia, que conforme al artículo 1942 del Código Civil no aprovechan para la usucapión.

SEGUNDO.- Me muestro de acuerdo con la mayoría en la consideración de la admisibilidad del recurso, pese a la más que probable existencia de un defecto formal en el planteamiento del recurso de casación.

Realmente, la parte recurrente no denuncia exclusivamente la infracción del artículo 147 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, sino la indebida consideración por la Sala sentenciadora del concepto de hechos meramente tolerados, que no afectan a la posesión y que no sirven para la adquisición por usucapión del derecho así utilizado.

Esta infracción debió hacerse valer mediante el recurso extraordinario de infracción procesal, medio idóneo para combatir las infracciones de orden adjetivo y las relativas a la valoración de la prueba: Como afirmábamos en la Sentencia de 31 de marzo de 2004,

“La Ley de Enjuiciamiento Civil ha previsto la existencia de una doble instancia para los procesos ordinarios, y de dos recursos extraordinarios frente a las sentencias de las Audiencias Provinciales: el recurso extraordinario de infracción procesal y el recurso de casación.

Ambos recursos existen en la legislación procesal vigente, si bien el primero de ellos no ha adquirido la plenitud de eficacia, en los términos previstos en los artículos 468 y siguientes de la Ley procesal, al no haberse abordado la reforma competencial en la Ley Orgánica del Poder Judicial, habilitadora y necesaria para que los Tribunales Superiores de Justicia pudiesen conocer del citado recurso extraordinario, y ello a pesar de que recientemente ha sido reformada dicha Ley, por Ley Orgánica 19/2003. Ante ello, la disposición final 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil estableció un régimen transitorio de viabilidad del recurso extraordinario de infracción procesal, que restringe su ejercicio a supuestos en que la sentencia de que se disiente sea susceptible de recurso de casación, y que ordena que, en los casos en que la competencia para conocer del recurso de casación corresponda a los Tribunales Superiores de

Justicia, deban interponerse conjuntamente ambos recursos, pero con la debida separación de motivos, ya que uno y otro de los recursos juegan papeles diferentes en el proceso y están diseñados para fines diferentes.

El recurso extraordinario de infracción procesal es la vía para denunciar la existencia de infracciones de naturaleza adjetiva, como la vulneración de las reglas legales sobre valoración, apreciación o distribución de la carga de la prueba –vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 26 de marzo de 2003-. Conforme al Auto del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2003, y los que en él se citan, dicho recurso es el instrumento procesal apto para denunciar las infracciones de naturaleza adjetiva, entendidas en sentido amplio, por lo que se incluyen en su ámbito no sólo las comprendidas en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino también la legitimación, así como la distribución de la carga de la prueba y la aplicación de las reglas que la disciplinan, por lo que el juicio sobre los hechos se encuadra dentro de la actividad procesal.

De este modo la casación queda limitada a la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados, su calificación jurídica y la subsunción en el supuesto de hecho previsto en la norma.

Pero de esa imposibilidad de revisar el resultado de la valoración de la prueba llevada a efecto por la Audiencia Provincial en el recurso extraordinario de casación, que como repetidamente se ha expresado no es una tercera instancia, se exceptúa la consideración de los hechos subjetivos o hechos de conciencia, que constituyen un juicio de inferencia, revisable en casación: así lo ha mantenido la jurisprudencia constante y reiterada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en materias relativas al ánimo o la voluntad de realizar un acto típico –Sentencia de 22 de octubre de 2001, entre muchas otras-; y lo ha realizado la jurisprudencia de la Sala Primera, al revisar la existencia de buena o

mala fe, o de abuso de derecho, en la actuación de una de las partes: Sentencias de 1 de febrero de 1990, 31 de mayo de 1993 y 26 de febrero de 2000”.

La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha venido entendiendo que el excesivo formalismo en la interpretación de las normas jurídicas reguladoras del acceso a la casación puede constituir un obstáculo al derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, procediendo por tanto entrar a resolver sobre la cuestión de fondo como, en definitiva, hace también la sentencia de la mayoría. Pues bien, en el caso de autos existe claramente lo que el Tribunal Supremo viene denominando voluntad impugnativa, que debe ser atendida aunque la vía procesal no sea la correcta, revisando no aquellos elementos fácticos fijados en las instancias, lo que es ciertamente ajeno a la casación, sino la valoración de determinados hechos por parte del tribunal *a quo*.

Como se expresa en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2002, “La fijación, en el proceso, de la realidad o existencia de estos actos o circunstancias pertenece a la "questio facti", por lo que su apreciación corresponde al juzgador de instancia, la cual solo puede ser combatida en casación mediante la denuncia de error en la valoración de la prueba fundada en la conculcación de una regla legal de prueba, pero, en cambio, el juicio de calificación mediante el cual se atribuye a los datos fácticos previamente fijados la significación jurídica de "en concepto de dueño" (concepto jurídico indeterminado) constituye una "questio iuris", y, por ende, es susceptible de revisión en casación. En tal sentido debe entenderse la doctrina jurisprudencial cuando alude a la posesión en concepto de dueño como cuestión de hecho”.

A mi criterio, tanto la calificación de unos actos posesorios como posesión en concepto de dueño, como la consideración de que –por el contrario- se trataba de actos meramente tolerados, constituyen cuestiones jurídicas, revisables en casación, a partir de unos hechos incontrovertidos, en cuanto han sido fijados de modo inalterable en la sentencia recurrida, dada la vía impugnativa escogida.

TERCERO.- En el caso de autos no puedo entender que estemos en presencia de actos meramente tolerados, que no constituyen posesión apta para la adquisición por usucapión del derecho reclamado. Y ello por las razones siguientes:

A) La sentencia de la Audiencia Provincial fundamenta la estimación del recurso de apelación y la revocación de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia porque los sucesivos propietarios nunca pretendieron permitir la consolidación de derechos de los demandantes, y sí solo mera licencia tolerante del paso, argumentación que es acogida, e incluso en parte reforzada mediante el subrayado, por la sentencia de la que me veo obligado a disentir. Pero la existencia de actos tolerados, en los términos en que se expresa el artículo 444 del Código Civil, o como afirma el artículo 1942, “no aprovechan para la posesión los actos de carácter posesorio, ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño”, no equivale a la simple voluntad o intención del propietario de la finca colindante, por la que transitaban los actores, sino que la posesión se constituye como tal, se hace objetiva, independientemente de que los dueños del predio del que se sirve el poseedor de la servidumbre considerasen que se trataba de una mera tolerancia, o relación de buena vecindad. La tolerancia consiste en el beneplácito del poseedor ante la realización de ciertos actos sobre el objeto poseído, y generalmente deriva de unas relaciones de buena vecindad, de amistad o de parentesco. En este caso no consta especial relación entre los actores y los sucesivos titulares del predio por el que aquellos pasaban, y únicamente en la buena vecindad podría fundarse la consideración de que disiento.

B) La tolerancia suele contraerse a situaciones transitorias, y difícilmente habrá de considerarse como de mera tolerancia el frecuente paso por la finca propia durante largo tiempo, como pone de relieve la doctrina interpretadora del artículo

1942 que analizamos, y no deben ser considerados como actos de carácter posesorio meramente tolerados los que suponen un poder de hecho sobre la finca mediante la construcción de edificaciones estables, como es en este caso la apertura de la puerta, abierta y mantenida a ciencia y paciencia de los sucesivos titulares del predio sirviente. Como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2002, “Los referidos actos han de encuadrarse entre aquellos excesos e intromisiones soportables que a veces se producen en las relaciones de vecindad o de comunidad y que, por no causar perjuicios sustanciales, son tolerados por los demás interesados en dichas relaciones”, lo que, en sentido contrario, impide considerar que estos actos, reiterados en el tiempo, hechos públicos mediante la apertura de una puerta y claramente perjudiciales, sean encuadrables en esa mera tolerancia.

C) La Sentencia de la Audiencia estima como hechos relevantes para llegar a la estimación del recurso de apelación, con la consiguiente desestimación de la demanda, los aportados por la actora conforme a los cuales “pretendió comprar el terreno que integraba el paso, y que ambos propietarios intermedios rechazaron tal petición” –fundamento de derecho segundo-. Creo que de ese hecho no puede extraerse la consecuencia jurídica de que existía mera tolerancia, pues el frustrado intento de contrato se refiere a la compra del terreno, no de la adquisición onerosa del derecho de servidumbre.

D) La norma aragonesa, artículo 147 de la Compilación, permite la usucapión de las servidumbres, aun las no aparentes, aunque no haya buena fe, ni justo título. Basta la posesión; posesión que, desde luego, habrá de reunir los requisitos que el Código Civil exige para serlo *ad usucapionem*, no bastando la que sea oculta, no pacífica, o interrumpida. *Nec vi, nec clam, nec precario*.

En el caso de autos, la existencia de la posesión pública, pacífica y no interrumpida es hecho indubitado. También lo es, en mi opinión, que se

ejercitase en concepto de titular del derecho de servidumbre de paso, y no por mera tolerancia.

CUARTO.- Por todo ello procedería, a mi criterio, la estimación del primer y único motivo de recurso, la casación de la sentencia recurrida y la íntegra confirmación del fallo dictado en primera instancia.

Con las consecuencias prevenidas en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto de las costas.

Debería, en consecuencia, dictarse el siguiente

FALLO

Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación interpuesto por el Procurador D.E. P. C. en la representación que ostenta en estos autos, contra la sentencia dictada en apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha 16 de julio de 2003, que casamos y anulamos; confirmando íntegramente la sentencia dictada en primera instancia en fecha 26 de noviembre de 2002 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 11 de Zaragoza.

Procediendo la imposición de las costas de 1ª Instancia a la parte demandada; y sin hacer expresa declaración sobre las causadas en la apelación y en el recurso de casación.

Voto particular que firmo en Zaragoza, a 22 de julio de 2004.