

# **“EL RECURSO DE CASACIÓN CIVIL EN MATERIA DE DERECHO PRIVATIVO”**

**ILMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER MUÑOZ JIMÉNEZ**

Magistrado del Tribunal Superior de Justicia

## **SUMARIO**

1. Introducción
2. La disposición final decimosexta de la LEC 2000
3. La delimitación objetiva entre casación y recurso por infracción procesal
4. La competencia para conocer del recurso de casación civil en materia de derecho privativo
5. La denuncia de infracción de precepto constitucional como factor que altera la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia
6. El motivo único de casación
7. Resoluciones recurribles en casación
8. Los supuestos de recurribilidad en casación
9. Los supuestos de recurribilidad en la casación civil autonómica
10. La preparación del recurso de casación
11. Interposición del recurso
12. Remisión de las actuaciones
13. La fase de admisión
14. Decisión sobre la competencia en trámite de admisión

15. Oposición de los recurridos

16. Votación y fallo. Vista

17. Sentencia

## **Introducción**

La regulación de los recursos extraordinarios se cuenta entre las novedades más importantes, originales y llamativas de la LEC de 2000 y constituye, junto al robustecimiento decidido del principio de inmediación judicial, el proceso monitorio y la ejecución provisional de las sentencias sin necesidad de fianza, una de las de enjundia mayor. La Ley, en efecto, distribuye el contenido propio del anterior recurso de casación en dos instrumentos de impugnación distintos: el de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal. El cometido del primero, –y empleo deliberadamente en la descripción los términos más neutros y descomprometidos–, consiste en controlar las normas aplicadas por los tribunales de instancia para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477.1). Al segundo se le reserva el papel de remediar la vulneración de las normas a que se refiere el art. 469.1.

En su versión genuina la ordenación de estos recursos incluía dos peculiaridades notables. De un lado, que el conocimiento de cada uno se confiaba a órganos judiciales diferentes: el de infracción procesal a los Tribunales Superiores de Justicia (art. 468). El de casación, al Tribunal Supremo y, en su caso, a los Tribunales Superiores de las Comunidades Autónomas dotadas de competencia normativa en materia civil (art. 478.1). Y, de otro, la polémica medida de que se forzaba al recurrente a elegir entre utilizar uno u otro recurso, con el peligro de que, de escoger el recurso por infracción procesal y fracasar, perdía definitivamente la oportunidad de promover la revisión de la decisión judicial de fondo (arts. 466 y 476.4).

Cuando se difundió en su día el proyecto legislativo, esta configuración legal de los recursos extraordinarios civiles hizo pensar que conllevaría un sensible incremento en el volumen de asuntos que llegan a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Baleares. No sólo gracias a la

atribución del nuevo recurso por infracción procesal. También en lo relativo a los recursos de casación. Los entablados antes de la entrada en vigor de la nueva LEC fueron muy escasos. La culpa ha de buscarse, con certeza, en que el acceso a la casación autonómica se encontraba sometida a los sumamente restringidos criterios de recurribilidad que el art. 1.687 de la LEC de 1881 fijaba con carácter general, sí, aunque con el pensamiento puesto realmente en la casación común con el confesado designio de aliviar la carga laboral que asume el tribunal de casación por antonomasia, el Tribunal Supremo; criterios que, empero, resultaban inadecuados y un verdadero obstáculo para la creación de jurisprudencia en el campo de los ordenamientos civiles privativos, de objeto siempre parcial en mayor o menor grado y de eficacia geográfica limitada a territorios con un número de órganos judiciales reducido.

El escollo lo sorteó Galicia por medio de la Ley 11/1993, de 15 de julio, de dicha Comunidad Autónoma, cuyo art. 1 a) permite interponer el recurso de casación cualquiera que sea la cuantía litigiosa; Ley, por cierto, cuyos aspectos capitales han sido declarados acordes con la Constitución por la STC 47/2004, de 25 de marzo. Y parece que también debería haber desaparecido en Baleares con la redacción del art. 477.3 de la LEC de 2000, el cual instituye para la casación competencia de los Tribunales Superiores unos supuestos de recurribilidad específicos y mucho más abiertos que los de la casación común. La realidad, sin embargo, ha desmentido estas expectativas, y los recursos que han tenido entrada en el Tribunal a cuatro años vista de la entrada en vigor de la LEC siguen siendo contados. Puede que, en parte, porque aún se desconocen las diferencias de regulación entre uno y otro recurso, el ordinario y el autonómico. Sin duda, también, por la influencia negativa que ejerce la interpretación, marcadamente restrictiva y, para algunos, hasta “contra legem”, que la Sala 1ª del Tribunal Supremo viene haciendo de las normas sobre admisión del recurso de casación común, desarrollando las pautas marcadas en la harto conocida junta general celebrada por los magistrados de dicho órgano el 12 de diciembre de 2000. Conviene adelantar, no obstante, que las líneas interpretativas adoptadas por el Tribunal Supremo en este punto no vinculan a los Tribunales Superiores de Justicia. Así lo destaca la sentencia del de Baleares de 20 de diciembre de 2001. Cuando actúa como tribunal de casación el Tribunal Superior goza de soberanía plena en orden a determinar el sentido y recto alcance de los preceptos que disciplinan la viabilidad procesal y tramitación de los recursos que se le plantean. Esto mismo aprecian y mantienen los Tribunales Superiores de Navarra (SS. 6 de junio, 23 de octubre y 2 de

noviembre de 2002 y 2 de marzo de 2004) y Cataluña (S. 1 de diciembre de 2003). En su sentencia de 2 de marzo de 2004 el primero de ellos advierte con toda razón que *“aun sin desconocer el valor de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en la interpretación de las normas sustantivas comunes y procesales, (esta Sala) no puede dejar de afirmar la plenitud de su soberanía y competencia no sólo en la exégesis de las disposiciones del Derecho civil propio de su Comunidad, de que es último intérprete, sino también en la de las normas reguladoras del recurso de casación civil foral de que conoce con exclusión de cualquier instancia jurisdiccional superior o ulterior”*.

### **La disposición final decimosexta de la LEC 2000**

El plan primitivo de la LEC, sin embargo, no se llevó a la práctica. La causa es sabida: el rechazo por el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del 23 de septiembre de 1999, del proyecto de reforma del art. 73 de la LOPJ, que acompañaba al proyecto de la LEC y cuya aprobación resultaba imprescindible para hacer efectiva la asignación del recurso por infracción procesal a los Tribunales Superiores de Justicia.

La explicación técnica del fracaso no ofrece dificultad. El art. 122.1 de la Constitución impone la forma de orgánica para la ley que regule “la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera... y del personal al servicio de la Administración de Justicia”. Por tanto, determinar la competencia objetiva y funcional de los distintos órganos jurisdiccionales es tarea que pertenece al núcleo de cuestiones que forzosamente han de ser contempladas por la Ley Orgánica a que alude dicho precepto constitucional. La finalidad característica de la LOPJ radica en diseñar la organización de los órganos del Estado dotados de potestad jurisdiccional; y esta organización de los tribunales, como dice SERRANO ALBERCA citando a CALAMANDREI, encierra dos apartados: el interno, relativo a la composición de cada órgano judicial, y el externo, que comprende sus atribuciones y competencias respectivas. La creación o establecimiento de los órganos judiciales quedaría incompleta si no se precisara, al tiempo, el cuerpo de asuntos del que tendrán que conocer y los cometidos que habrán de desempeñar dentro del organigrama de la Administración de Justicia. La asignación de competencias es, pues, aspecto inherente e inseparable de la organización judicial. Por ello, y como afirma MONTERO AROCA, es función

lógica de la LOPJ la de fijar la competencia de todos los órganos judiciales que crea.

La ley ordinaria, –y tal es el rango de la LEC–, no puede, pues, sin invadir la reserva de ley orgánica ni, por ende, incurrir en inconstitucionalidad, conferir el conocimiento de un determinado recurso a una concreta categoría de órganos jurisdiccionales sin la previa existencia de una disposición legal orgánica que la habilite. La mayoría parlamentaria simple carece de facultades para conceder lo que la mayoría absoluta no autoriza. Como salas de lo civil, los Tribunales Superiores sólo pueden conocer de los asuntos expresamente enunciados en los apartados 1 y 2 del art. 73 de la LOPJ. En ese elenco no figura el recurso por infracción procesal, y el precepto tampoco deja abierta la posibilidad, –que, en cambio, el art. 56.1 sí previene en favor del Tribunal Supremo–, de que aquéllos conozcan de otros futuros recursos extraordinarios en materia civil distintos de los de casación y revisión, en su caso. La entrada en vigor del art. 468, por consiguiente, hoy por hoy resulta jurídicamente inviable.

A dar salida a esa situación de bloqueo vino la actual disposición final decimosexta de la LEC, que se improvisó y se introdujo en el proyecto legislativo durante su paso por el Senado. La mala factura de la disposición comienza por su epígrafe, donde califica de “transitorio” el régimen en materia de recursos extraordinarios que implanta, cuando en puridad debería denominarlo “provisional”. El apelativo de “transitorio”, en efecto, caracteriza –y debería limitarse a– las normas que disciplinan los problemas que ocasiona la sucesión de normas positivas en el tiempo. La provisionalidad, de otra parte, es de temer que se torne en duración indefinida; prolongación “sine die” de lo pensado como fugaz de la que nuestro ordenamiento ofrece ejemplos históricos prestigiosos. Recuérdese entre ellos, sin salir de esta misma parcela, que el proclamado carácter provisional de la LOPJ de 15 de septiembre de 1870 no fue obstáculo para que dicha Ley haya sido durante más de un siglo el cuerpo regulador de la organización judicial hasta la aprobación de la actual LOPJ, el 1 de julio de 1985. El interés en adaptar el art. 73 de la LOPJ al diseño de la LEC que mostraron los rectores del área de política jurídica del anterior Gobierno, pese a la mayoría absoluta en las cámaras legislativas de que gozó el Partido Popular en la última legislatura, fue nulo, en contraste con las múltiples modificaciones que propiciaron en otras parcelas del citado Texto Legal. Así las cosas, y si se pone atención en la hostilidad que la LEC levanta en sectores doctrinales de peso y en la resistencia que opone el Tribunal

Supremo, organismo de influencia palpable, frente a cualquier medida que signifique recorte o disminución de sus competencias clásicas, no parece aventurado pronosticarle a la versión originaria del sistema de recursos extraordinarios instaurado por la LEC 2000 un futuro reducido al pobre papel de mera curiosidad científica o simple anécdota.

Los rasgos maestros del régimen provisional de estos recursos que establece la disposición final decimosexta pueden sintetizarse del siguiente modo:

- a) la competencia para conocer del recurso por infracción procesal se confiere, en principio, a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo;
- b) sólo cabe interponer dicho recurso contra sentencias, no contra autos;
- c) el recurso por infracción procesal cabe únicamente contra sentencias susceptibles de recurso de casación;
- d) si se ejercitan los dos recursos, la tramitación de ambos es conjunta y se resuelven en la misma sentencia, aunque el de por infracción procesal es de examen preferente.

La disposición final decimosexta solventa mal, en cambio, el problema de la denuncia de infracciones procesales en los litigios cuyo control en casación corresponde a los Tribunales Superiores de Justicia por versar sobre cuestiones pertenecientes a la esfera del derecho civil privativo de la respectiva Comunidad Autónoma.

Interpretada a la luz de los criterios gramatical y lógico, la mentada disposición final parece dar por sentado que el vehículo para denunciar el quebranto de forma en estos casos consiste en interponer el recurso por infracción procesal ante los dichos Tribunales Superiores. Tal conclusión se infiere, por de pronto, de que alude a la intervención de estos Tribunales en la regla primera de las que dicta respecto de “la preparación, interposición y resolución del recurso extraordinario por infracción procesal”. El apartado segundo de la disposición final, de su lado, comienza su párrafo primero refiriéndose a la situación de falta de competencia de los Tribunales Superiores para conocer del recurso extraordinario “con carácter general”, dando a entender con ello que hay tribunales singulares de esa clase que sí la tienen. En cuanto al párrafo segundo, prevé que se remitan los autos para resolver el recurso por infracción procesal a la “Sala que sea competente para conocer del recurso de casación”, que, como se sabe, puede

pertenecer al Tribunal Supremo o a determinados Tribunales Superiores de Justicia.

La presuposición de competencia se manifiesta con más claridad todavía en el inciso que cierra el primer párrafo de este mismo apartado. Dicho inciso reitera la regla que excluye la aplicación del art. 476.2 de la LEC “en los casos en que se estime el recurso extraordinario por infracción procesal fundado en el motivo 2º del apartado primero del art. 469 o en vulneraciones del art. 24 de la Constitución que únicamente afectaren a la sentencia recurrida”. La norma ya la dicta la regla séptima del apartado primero de la disposición final a propósito de los recursos que corresponden al Tribunal Supremo. Que el apartado segundo sienta la necesidad de repetirla sólo puede obedecer a que el legislador estima que hay otros tribunales también capacitados funcionalmente para conocer de este recurso extraordinario: obviamente, las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores con atribuciones en materia de casación.

Ahora bien, en las previsiones del art. 73.1 de la LOPJ los Tribunales Superiores de Justicia no tienen reconocida potestad para resolver otros recursos extraordinarios en materia civil que los de casación y revisión, y sólo éstos. Si la LEC de 2000 ha optado por desgajar del contenido del recurso de casación precedente toda la parte relativa al control de la normativa de naturaleza procesal a fin de convertirla en objeto de un recurso extraordinario separado y distinto, no es factible estimar que algunos Tribunales Superiores se encuentran orgánicamente capacitados para conocer de este nuevo recurso, de manera automática, por el simple hecho de que decidían la casación en su antigua configuración omnicompreensiva: quebrantamientos de forma e infracción de ley. Sin embargo y como se ha visto, la disposición final decimosexta piensa que el conocimiento del recurso por infracción procesal incumbe también a los Tribunales Superiores de casación, a pesar de que no existe norma legal de rango orgánico que lo establezca. La constitucionalidad de la citada disposición final levanta, pues, en este concreto aspecto, fundada incertidumbre y no han dejado de resaltarlo autores como ALMAGRO NOSETE.

Cabe no obstante orillar la dificultad, seria y trascendente dificultad, buscando una interpretación alternativa de la disposición final que se comenta. Una que, ciertamente, no se ajusta al sentido natural de la literalidad con que está redactada pero que debe intentarse ya que, como indica doctrina del Tribunal Constitucional de la que es exponente su sentencia de 29 de julio de 1986, la validez de la ley ha de ser siempre

preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución. La conveniencia de hallar ese otro camino se agudiza, además, en razón de que, dejadas eventualmente sin efecto por inconstitucionales las reglas extralimitadas de la disposición final que en la práctica conceden competencia para resolver el recurso por infracción procesal a ciertos Tribunales Superiores, resultaría que, por respeto estricto a la actual normativa de la LOPJ, o bien el Tribunal Supremo habría de desempeñar la función de depurar la infracción de normas procesales en los pleitos respecto de los cuales no es competente para resolver en casación, hipótesis perturbadora a todas luces, si no absurda, o, lo que sería aún peor, habría que concluir que frente a las sentencias dictadas en materias regidas por el Derecho Civil privativo de las Comunidades Autónomas, el litigante tendría la posibilidad de promover el control de la decisión de fondo mediante el recurso de casación mas no, en cambio, el de la validez de la resolución judicial.

La solución alternativa se halla en entender que, cuando el conocimiento del recurso de casación corresponde a las Salas Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, la denuncia de la infracción de preceptos procesales se convierte en motivo de casación. Se trata, además, de propuesta que, antes que violentar la dicción de la disposición final decimosexta, encuentra apoyo gramatical en uno de sus pasajes: la regla primera del apartado primero, la cual indica que, en los casos en que la casación compete a los Tribunales Superiores, “las resoluciones recurridas podrán también impugnarse por los motivos previstos en el artículo 469 de la presente Ley”. El legislador ordinario no se atreve a decir con franqueza que en tales supuestos cabe interponer recurso por infracción procesal ante los Tribunales Superiores. De esta ambigüedad puede hacerse virtud y sortear gracias a ella el gravísimo desajuste normativo que causa la falta de modificación de la LOPJ. Si así se concluye, se remodelaría el contenido del recurso de casación a los efectos de ensanchar su fundamento genuino –la infracción de las normas legales aplicables para resolver el objeto litigioso– con los motivos específicos del recurso por infracción procesal que prevé el art. 469.1. Se llegaría entonces al resultado de que, con el nombre de casación, habría en realidad dos recursos de ámbito distinto: el que se ajusta al diseño normal de la LEC y del cual conoce el Tribunal Supremo, y el de competencia de ciertos Tribunales Superiores de Justicia en función de la normativa rectora de la controversia, el cual vendría a ser producto de una a modo de fusión de los dos recursos extraordinarios y a desempeñar los cometidos de controlar la regularidad de la actividad procesal y el

enjuiciamiento del tema de fondo propios del uno y del otro.

Conviene señalar, no obstante, que, en cuanto atañe al mero plano procedimental, son escasas con todo las repercusiones prácticas de optar por que ante los Tribunales Superiores son viables los dos recursos extraordinarios o bien únicamente una casación ampliada. Según la disposición final repetida, y como ya se ha hecho notar, la resolución recurrible ha de ser siempre una sentencia susceptible de casación; los recursos por infracción procesal y de casación se preparan e interponen en un mismo escrito; los dos se tramitan de manera conjunta y es la misma sentencia la que los resuelve, aunque, como es natural, pronunciándose antes sobre el recurso por infracción procesal que sobre el de casación. Ahora bien, la naturaleza de medio de impugnación extraordinario caracterizadora de estos recursos impone que su formulación esté sometida a requerimientos formalistas rigurosos y ahí es donde la cuestión adquiere trascendencia. Pues, dependiendo del criterio interpretativo que se adopte, podría darse el caso de que no superen la barrera de la admisión motivos por infracción procesal no articulados bajo ese nombre separadamente de los de casación o, a la inversa, se inadmitan por el Tribunal Superior los motivos de denuncia procesal agrupados bajo la denominación de un recurso extraordinario para el que ese órgano jurisdiccional carece de competencia o, cuando menos, los remita al conocimiento del Tribunal Supremo, previo cumplimiento de lo que dispone el art. 62.1 de la LEC.

### **La delimitación objetiva entre casación y recurso por infracción procesal**

El funcionamiento eficiente del sistema dual de recursos extraordinarios que dibuja la LEC descansa en la distribución clara y cierta de las cuestiones que corresponde dirimir a través de uno y otro de estos nuevos mecanismos. Determinar con nitidez qué constituye materia propia del recurso por infracción procesal y cuáles son los motivos reservados a la casación entraña exigencia elemental de seguridad jurídica. Antes, bajo el régimen de la LEC derogada, de casación única, el Tribunal Supremo había suavizado sobremanera las consecuencias derivadas del planteamiento del motivo casacional por un cauce erróneo hasta acabar en la última época por restarle relevancia práctica, a impulsos, eso sí, de la doctrina del Tribunal Constitucional contraria a los formalismos enervantes; doctrina que inspira el art. 11.3 de la LOPJ. Ahora, en cambio, al existir dos recursos distintos,

la elección por el recurrente de una vía impugnativa inadecuada, a juicio del órgano judicial, puede acarrear el nefasto resultado de que el motivo se inadmita, por muy fundado que esté.

No parece discutible que la idea matriz de la diferenciación legal reside en que las cuestiones procesales formen el objeto del recurso por infracción procesal y las sustantivas, esfera del recurso de casación. El deslinde de lo procesal puro respecto de lo sustantivo, sin embargo, no resulta siempre fácil de verificar en concreto ni es del todo pacífico en el terreno doctrinal. Hay zonas fronterizas de catalogación dudosa y no unánime. La LEC, a mi modo de ver, hubiera debido esforzarse algo más por eliminar incertidumbres.

Los arts. 469.1 y 477.1 son las normas positivas que delimitan los ámbitos respectivos de los recursos por infracción procesal y de casación.

El primero de estos preceptos convierte en motivos del recurso por infracción procesal los siguientes:

- “1º. Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional.
- 2º. Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.
- 3º. Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión.
- 4º. Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución”.

Para la casación, en cambio, se contempla un solo motivo, cuyo contenido ha de consistir en denunciar “la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”. Con esta dicción literal lo define el art. 447.1.

El Tribunal Supremo, como era de esperar, tuvo que pronunciarse en seguida sobre tema tan clave. El auto de 27 de noviembre de 2001 constituye cumplido exponente de las ideas que aplica el Alto Tribunal en punto a la delimitación de los campos propios de cada recurso. Señala el auto que “*parece claro que tanto la «voluntas legislatoris», exteriorizada en la Exposición de Motivos de la Ley, como la «voluntas legis», son también aquí coincidentes cuando reservan la función nomofiláctica propia del recurso de casación a las cuestiones de índole material, «manteniéndose en sustancia la finalidad y los efectos que le son propios, pero con un ámbito*

*objetivo coherente con la necesidad de nutrir un cuerpo de doctrina jurisprudencial especialmente autorizada», por lo que el objeto del proceso al que se hace mención en el art. 477.1 LECiv 2000 ha de entenderse referido a las pretensiones materiales deducidas por las partes, relativas al «crédito civil o mercantil y a las situaciones personales y familiares», estando el recurso de casación limitado a la «revisión de infracciones de Derecho sustantivo», señalándose expresamente en el preámbulo legal que «las infracciones de leyes procesales» quedan fuera de la casación. Esta casación circunscrita a lo sustantivo determina el desplazamiento de las cuestiones de índole procesal hacia la esfera del recurso extraordinario por infracción procesal, el cual se articula como un remedio que permite una amplia e intensa tutela judicial ordinaria de los derechos fundamentales de esta índole, que encuentran en el Tribunal Constitucional la última y suprema instancia de interpretación normativa”.*

*El auto continúa afirmando que las materias 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 ordenen la actuación del titular del órgano jurisdiccional encaminada a permitir el juicio jurídico sobre la cuestión que se le somete, así como la orientada a resolver todas las cuestiones que tengan su origen o su causa en el proceso. De este modo, las «cuestiones procesales» excluidas del ámbito objetivo del recurso de casación, han de considerarse en un sentido amplio, que no se circunscribe 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 y las que determinan el resarcimiento de los costes y gastos que el proceso comporta, 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 diferentes medios de prueba y de ésta en su conjunto, o la condena en costas causadas en las sucesivas instancias se encuadran dentro de la actividad procesal, cuya corrección debe examinarse en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal, dejando el de casación depurado en la estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados, es decir a la aplicación al supuesto de hecho*

*previsto en la norma de las resultas de aquel juicio fáctico, y en la aplicación al caso enjuiciado de la norma jurídica sustantiva en sí misma, en donde se resume el alcance de la infracción normativa que habrá de fundarlo, y en donde se concretan las cuestiones que constituyen el objeto del proceso a que ha de referirse la infracción normativa (art. 477.1 LECiv)”.*

Las razones que ofrece el Tribunal Supremo para llegar a las conclusiones antedichas son que *“esta delimitación del contenido de los recursos responde, por demás, a las previsiones del legislador, que caracteriza tales cuestiones como procesales, como lo demuestra su preocupación porque en las sentencias aparezcan detallados los hechos resultantes de la apreciación de los medios de prueba de los que se ha dispuesto (art. 209-2ª de la LECiv 2000) –lo que desde otra perspectiva satisface el deber de motivación de las sentencias proyectado hacia el componente fáctico de la resolución–, y se desprende tanto de su reglamentación y tratamiento sistemático en la LECiv, como del patente deseo del legislador de que la fijación de los hechos, mediante la correcta aplicación de la regla de valoración o de distribución de la carga de la prueba sea llevada a cabo por el órgano de instancia como paso previo para la debida aplicación del derecho, a cuyo fin se le habrá de devolver el conocimiento del asunto una vez estimado el recurso por infracción procesal, del mismo modo que habrán de reponerse las actuaciones al momento preciso para subsanar la falta o el defecto procesal que se hubiese apreciado; todo ello, claro está, sin perjuicio de los distintos efectos de la eventual sentencia estimatoria del recurso derivados del régimen provisional establecido en la disposición final 16ª, apartado 1, regla 7ª, de la LECiv 1/2000”.*

Desde este enfoque, así pues, el recurso por infracción procesal y la nueva casación no reproducen el contenido de las dos modalidades tradicionales del antiguo recurso de casación: casación por quebrantamiento de forma y casación por infracción de ley. En el sentir del Tribunal Supremo el recurso por infracción procesal tiene un ámbito objetivo más amplio, pues su función consiste en el control de dos grandes bloques de problemas: a) la regularidad de la actividad procedimental, la comprobación de que se han respetado en el proceso las condiciones legalmente precisas para emitir una decisión justa; y, b) el juicio sobre la cuestión de hecho. De manera correlativa, el papel de la casación se reduce ahora a la revisión del juicio de derecho, esto es, de la operación de subsumir el supuesto de hecho procesalmente perfilado en las normas

sustantivas que le son aplicables.

No dudo, en cuanto a mí respecta, de que tales criterios interpretativos del Tribunal Supremo reflejen con exactitud la intención del legislador. Menos me convence que la norma positiva haya plasmado esa “mens legislatoris” con fidelidad. La exclusión del juicio de hecho de la esfera de aspectos revisables en casación no se deduce, en efecto, del precepto que deslinda el ámbito de dicho recurso, el art. 477.1 de la LEC. A tenor de este artículo, el contenido del único motivo de casación estriba en denunciar “la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”. Pues bien, el objeto del proceso es la pretensión; y toda pretensión tiene necesariamente un componente fáctico: los hechos que la parte alega como fundamento de lo que pide. La controversia sobre la realidad o incerteza de esos hechos y de los que opone la parte contraria en su defensa también constituyen, por ello, “cuestiones objeto del proceso”. ¿Qué otra cosa son, si no?. Todo jurista que actúa ante los tribunales lo sabe, como sabe que, en no pocas ocasiones, la discusión acerca de la prueba y de sus resultados se convierte en el extremo capital del debate de fondo, el decisivo, el factor que concede el éxito en el pleito o conduce al fracaso. El objeto del proceso presenta una primera vertiente de hecho y otra segunda de derecho, cada una regidas por sus normas jurídicas peculiares. La denuncia de haberse vulnerado cualesquiera de ellas por el órgano judicial de instancia es, así, y con arreglo al sentido textual del precepto, materia específica del recurso de casación. Otra sería la lectura si la redacción del art. 477.1 hubiera adjetivado el tipo de cuestiones a las que se refiere, calificándolas de “sustantivas”, “de derecho”, o empleado expresión equivalente. No lo hace, empero. La interpretación que efectúa el Tribunal Supremo, por tanto, no se ajusta a la literalidad del precepto sino que lo restringe; y aunque tenga apoyo en la Exposición de Motivos, la fuerza normativa no emana de ésta sino de la prescripción legal.

Puede argüirse en contra la circunstancia de que, en paralelo al art. 477.1, el número segundo del art. 469.1 de la LEC enumera la “infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia” entre los motivos invocables para fundar el recurso por infracción procesal; y de que la LEC incluye las normas sobre carga de la prueba (art. 217) en la sección del Capítulo VIII del Libro I donde regula los requisitos internos de la sentencia y sus efectos.

Obsérvese, no obstante, que, desde la perspectiva sistemática, las normas que fijan el valor de los medios de prueba se encuentran insertas en

lugar diferente de aquella sección: en los Capítulos III, V y VI del Libro II. La eficacia de las normas sobre valoración de la prueba trasciende, además, el proceso. Se aplican en los expedientes administrativos y en más ámbitos, como las actividades notarial y registral. El reconocimiento de esta realidad patente es el único factor que explica la situación insólita de que las reglas relativas a la fuerza probatoria de los documentos públicos y privados aparezcan hoy duplicadas, en sus aspectos esenciales, en dos textos legales: LEC (arts. 317 a 327), de un lado, Código Civil (arts. 1.216 a 1.230, a excepción del 1.226, que ha sido derogado) y Código de Comercio (art. 31), de otro. ¿La infracción del art. 1.218 del CC, sobre el valor probatorio de los documentos públicos, es motivo de casación y la del paralelo art. 319.1 de la LEC motivo de recurso por infracción procesal?. El eventual desconocimiento de la norma del art. 1.227 del CC reguladora de la eficacia frente a terceros de la fecha de los documentos privados, ¿a través de qué recurso ha de denunciarse?.

El dato confirma que esas reglas son normas procesales, mas no sólo procesales. Son procesales en la única medida en que dirigen y marcan las pautas de ejecución de una operación intelectual que, principalmente, se lleva a cabo en el instrumento de solución de conflictos de intereses en que consiste el proceso. Sin embargo, no pueden calificarse en puridad de “normas reguladoras de la sentencia”, a no ser que por “sentencia” se entienda, no la resolución judicial que da forma y expresa la decisión de la controversia, estimatoria, absolutoria, sino la decisión misma. Pero, si fuera de este modo, el apelativo deberían recibirlo por igual absolutamente todas las normas que el juzgador aplica en el acto de enjuiciamiento del problema de fondo, sean probatorias como sustantivas, rectoras de la cuestión de hecho como de la de derecho. No hay que confundir los requisitos internos de la sentencia, aquellos que determinan la estructura y límites de una respuesta judicial válida, –congruencia, exhaustividad, motivación, condena líquida–, y cuya inobservancia provoca la nulidad de la resolución, con la normativa aplicada por el contenido de la respuesta que el tribunal proporciona a las pretensiones de los litigantes, acogiénolas o rechazándolas.

Es necesario advertir, también, las veces que el reparto de la carga de la prueba forma parte expresa de las disposiciones sustantivas. Valgan como ejemplos dos notorios: el art. 1.183 del Código Civil, que sienta la presunción, salvo prueba en contrario, de que la cosa se pierde por culpa del deudor y no por caso fortuito, y el art. 1.1 de la Ley sobre Responsabilidad

Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, el cual impone al conductor causante de daños personales la carga de probar que los daños fueron debidos únicamente a la conducta o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo. Las reglas del art. 217 de la LEC atribuyen al actor, por lo general, la carga de probar los hechos constitutivos y al demandado los obstativos. Cuáles son unos u otros en cada supuesto concreto, son, sin embargo, normas sustantivas las que lo establecen. El art. 217 no puede sustraerse a remitir el particular a lo que dispongan las normas aplicables a los hechos debatidos. Éstas últimas complementan e integran las reglas del mencionado artículo, las cuales de alguna manera poseen el cuerpo propio de normas “en blanco” por emplear un símil tomado del Derecho Penal. Por consiguiente, cuando el juzgador no respeta la distribución del “onus probandi” prevista para un caso concreto, la norma que en puridad transgrede es la sustantiva y sólo de modo vehicular el art. 217 de la LEC. La carga de la prueba es un fenómeno procesal gobernado por leyes materiales. El examen de los errores de enjuiciamiento que conlleva la inobservancia de dichas leyes, por lo tanto, debería pertenecer al recurso de casación.

Marginar, además, la normativa de la carga probatoria del campo de la casación para situarla en el campo del recurso por infracción procesal tiene consecuencias prácticas graves: la imposibilidad futura de formar doctrina casacional sobre este género de importantes cuestiones. Baste con recordar que en el terreno de la responsabilidad extracontractual, donde tan fecunda se ha mostrado la jurisprudencia, la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo ha pivotado sobre el eje de la carga de la prueba, trasladando sobre el agente causante del daño la que en origen pesaba sobre la víctima o damnificado. Bien es cierto que el hecho de que el mismo tribunal de casación conozca de los dos recursos extraordinarios palía algo el obstáculo. Pero el inconveniente subsiste en cuanto que, despojada la infracción de las normas concernientes a la carga de la prueba de interés casacional, las únicas vías hábiles de que la cuestión llegue al Tribunal Supremo se reducen a las dos primeras del art. 477.2 de la LEC por ser aquéllas en las que, de acuerdo con la disposición final decimosexta, la sentencia de la Audiencia Provincial puede recurrirse por infracción procesal con independencia y no subordinadamente al recurso de casación.

Confieso, para finalizar, mi personal desconfianza hacia esa radical separación entre juicio de hecho y juicio de derecho que postula el Alto

Tribunal, y mi escepticismo por que el sistema se respete sin falla hasta sus extremos últimos. La experiencia de años en órganos colegiados enseña qué difícil resulta disociar los aspectos de hecho y de derecho, y cuantas perturbaciones plantean a veces, a la hora de dictar un pronunciamiento correcto, premisas factuales insuficientes o insatisfactoriamente perfiladas en la instancia. ¿Prescindirá el Tribunal Supremo en adelante de su autoarrogada facultad de completar las declaraciones fácticas inexactamente definidas o superficiales, no obstante la proclamada intangibilidad en casación de lo hechos declarados probados, –SSTS, 8 mayo 1989, 3 enero y 19 noviembre 1990, 8 febrero 1991, 3 febrero 1992, 31 mayo 1993, 27 junio 1994, 10 junio 1995, etc.–?

### **La competencia para conocer del recurso de casación civil en materia de derecho privativo**

La competencia para conocer del recurso de casación civil se reparte hoy entre la Sala 1ª del Tribunal Supremo y las Salas de lo Civil y Penal de ciertos Tribunales Superiores de Justicia. Así lo preceptúa el art. 478.1 de la LEC en concordancia con la LOPJ.

La competencia del Tribunal Supremo presenta carácter general y residual. Dicho de otra manera: el Tribunal Supremo es el órgano competente para resolver todos los recursos de casación en materia civil, salvo aquellos que por especial disposición de la Ley corresponden a los Tribunales Superiores de Justicia. La esfera competencial natural del Tribunal Supremo se proyecta sobre los recursos fundados en la infracción de normas de ámbito estatal. Excepcionalmente, esa competencia se extiende a dos hipótesis más, las dos fuentes de problemas específicos: los recursos que acusan infracción de normas civiles privativas de las Comunidades Autónomas cuando el litigio se ha desarrollado ante órganos judiciales situados fuera del territorio de las mismas, y los motivos que denuncian infracción de precepto constitucional en pleito que versa sobre derecho privativo.

La residencia propia de los recursos de casación civil en materia de derecho autonómico se halla en las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores. La efectividad de dicha competencia exige, sin embargo, la reunión de tres requisitos cumulativos: a) que los Estatutos de Autonomía de la Comunidad Autónoma respectiva hayan previsto esa atribución; b) que la resolución recurrible provenga de órgano judicial con

sede en el territorio de la Comunidad Autónoma; y, c) que el recurso se funde, exclusivamente o junto con otros motivos, en infracción de normas del Derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad. Lo establece de este modo el art. 478.1 en su párrafo segundo, acomodándose a las disposiciones del art. 73.1 a) de la LOPJ y reiterando lo que ya señalaban al respecto los arts. 1.686 y 1.730 de la LEC derogada.

Los Estatutos de Autonomía que en la actualidad conceden competencia en casación civil a los Tribunales Superiores de Justicia respectivos son los de las Comunidades Autónomas del País Vasco, Cataluña, Galicia, Islas Baleares, Navarra, Comunidad Valenciana, Murcia y Extremadura. El Estatuto de Aragón, en su versión primitiva de 10 de agosto de 1982, también llamaba a los órganos judiciales ubicados en dicha Comunidad a conocer de los recursos de casación y revisión en materia de derecho foral aragonés, según establecía su art. 29.1 a). Este precepto, sin embargo, desapareció en la reforma del Estatuto que llevó a cabo la LO 5/1996, de 30 de diciembre. Pese a ello, la Sala 1ª del Tribunal Supremo entiende, de modo plausible, que la supresión de ese artículo fue fruto de un defecto de técnica legislativa, tan patente como subsanable por vía interpretativa, y no producto de una voluntad consciente del legislador; y ha venido declarando que el Tribunal Superior aragonés conserva la competencia para resolver los recursos de casación relativos al derecho civil privativo de esa Comunidad.

En el caso de las Islas Baleares la previsión competencial la formula el art. 49.1 a) del Estatuto de Autonomía. La importancia de este extremo no debe minimizarse. Significa que las facultades competenciales del Tribunal Superior para conocer de los recursos de casación en materia de Derecho civil especial de las Islas no nacen de la ley ordinaria y ni tan sólo de la Orgánica del Poder Judicial. Tienen asiento más alto. Una norma perteneciente al llamado “bloque constitucional”, correlativa y coherente con la potestad legislativa que la Comunidad Autónoma posee en orden a la conservación, modificación y desarrollo de su derecho civil propio (art. 10.22 del Estatuto en conexión con el art. 149.1.8º de la Constitución). Pues, así como esa potestad legislativa es patrimonio exclusivo de la Comunidad Autónoma, resulta lógico que, en simetría, la formación de jurisprudencia en lo tocante al derecho civil privativo corresponda al órgano jurisdiccional en el que culmina la organización judicial del territorio. Cualquier excepción a esa competencia, cualquier salvedad en favor de tribunales de fuera de la Comunidad Autónoma, debe, por ello, interpretarse con fuerte carácter restrictivo.

El segundo elemento condicionante de la competencia casacional del Tribunal Superior estriba en que la sentencia recurrida haya sido dictada por Audiencia Provincial radicada en el territorio de la misma Comunidad Autónoma. La exigencia parece obvia, si se acepta el postulado, hasta hace no mucho indiscutido, de que ningún órgano judicial está investido de capacidad para revisar resoluciones de órganos que no le estén jerárquicamente subordinados. En otro caso, esto es, si se trata de sentencia pronunciada por Audiencias con sede en otra Comunidad Autónoma, la competencia para resolver el recurso se defiende a la Sala 1ª del Tribunal Supremo. No es insólito que el supuesto ocurra, aunque sí infrecuente, merced al juego combinado de las normas sobre vecindad civil y las reglas procesales que conciernen a la competencia territorial. El Alto Tribunal ya tuvo ocasión, en auto de 21 de marzo de 1995, de afirmar su competencia para resolver un recurso de casación entablado contra sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en el que se alegaba infracción de normas propias del Derecho de Aragón. Y alguna ha habido también en que ha conocido en casación de controversia sometida al Derecho navarro pero resuelta en la instancia por órganos judiciales aragoneses.

La concurrencia del tercer y último requisito la produce el planteamiento del propio recurso. La competencia del Tribunal Superior, en efecto, no deriva de la fundamentación jurídica aducida por las partes en sus escritos delimitadores del objeto del proceso y ni tan siquiera del carácter autonómico de las normas aplicadas efectivamente por las decisiones de instancia. Deriva sólo de la naturaleza de la concreta norma en cuya infracción el recurso se funda, y que ha de tener la condición de “normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad”, en palabras del art. 478.1.

Basta, por lo demás, con que el recurrente denuncie la infracción de una sola norma de derecho foral o especial. Este mero dato formal atrae la competencia del Tribunal Superior para conocer de la totalidad del recurso aunque los demás motivos que éste articule se basen en normas de carácter común. La LEC opta con sensatez por respetar la unidad del recurso y remite la resolución de los que poseen contenido mixto al Tribunal Superior; y ello al margen de la mayor o menor incidencia de aquel motivo dentro del conjunto de la impugnación, de que sólo afecte a una cuestión colateral o marginal, de que la norma privativa invocada no resulte al cabo aplicable en el supuesto litigioso e, inclusive, aunque se trate de motivo formulado con carácter subsidiario para caso de desestimación de los principales. Se sigue

de aquí que un Tribunal Superior puede acabar fallando en casación sobre la base exclusiva de normas y disposiciones extrañas del todo al cuerpo jurídico del Derecho Civil que justifica su competencia. La sentencia de 23 de junio de 2000 de la Sala Civil y Penal de Baleares ofrece una muestra diáfana de este absurdo: recayó en un litigio promovido por unos cónyuges casados en régimen de sociedad de gananciales a cuenta de la liquidación del patrimonio común, litigio que acabó en casación ante el Tribunal Superior remitido por el Tribunal Supremo en razón de que el recurrente mencionaba de pasada, en el último de los motivos de recurso, planteado con carácter subsidiario, y al lado de la cita de otras normas heterogéneas, el art. 3.3 de la Compilación Balear.

La imperfección del sistema y su inseguridad saltan a la vista. Como ha observado FERNÁNDEZ URZAINQUI, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, el criterio legal en buena medida viene a dejar al arbitrio de la parte la determinación del tribunal competente para el conocimiento de la casación. Da pie a que se formalicen ante el Tribunal Superior recursos donde se debaten cuestiones sometidas al derecho estatal, pero también a la inversa: que se desvíen hacia el Tribunal Supremo litigios cuya sede natural de resolución se halla en el Tribunal Superior. Los ordenamientos civiles autonómicos son incompletos en el sentido de que no abarcan todas las instituciones del correspondiente sector jurídico y, además, no siempre norman la totalidad de aspectos posibles de las instituciones que sí regulan. De ahí la función supletoria que desempeña el derecho estatal al objeto de llenar los silencios o vacíos de que adolece la normativa autonómica. Entonces, cuando se ventila la entrada en el derecho autonómico de una norma estatal resulta factible que, si el recurrente se limita a denunciar en casación la inaplicación de esta última, sea el Tribunal Supremo y no el Tribunal Superior el que decida sobre la existencia de lagunas en el derecho positivo, primero, y sobre la posibilidad o no de integrarlas con las fuentes propias del ordenamiento autonómico, después. Aunque por fortuna no llegó a suceder, el formalista y superficial criterio de asignación de competencias que el actual art. 487.1 toma de la LEC derogada habría permitido perfectamente que, en el caso resuelto por la célebre sentencia del Tribunal Superior de Baleares de 3 de septiembre de 1998, hubiera sido el Tribunal Supremo el que zanjara al fin la cuestión relativa a la propugnada sumisión de quienes ostentan la vecindad civil de Mallorca al art. 1.320 del Código Civil, el cual exige el consentimiento del cónyuge no propietario para disponer de la vivienda conyugal.

“De lege ferenda”, gran parte de estos trastornos se solucionarían con el expediente de convertir el contenido de la pretensión material deducida en el juicio, el objeto del proceso, en suma, en el factor determinante de la distribución de competencias entre los tribunales de casación. Si el litigio se suscita en relación con una institución o figura jurídica prevista en el derecho privativo, el ejercicio de la función casacional debería reconocerse siempre al Tribunal Superior, de modo que sea éste el que siente doctrina jurisprudencial acerca de si, llegado el caso, la regulación de esa institución precisa de completarse con normas de derecho estatal y en qué sentido han de interpretarse éstas últimas para que encajen en el marco del ordenamiento privativo. Esta técnica de distribución competencial evitaría las arbitrariedades que el régimen actual propicia. Y, desde luego, sería más respetuosa con la caracterización de los ordenamientos privados autonómicos como conjunto unitario de normas organizadas en torno a unos principios peculiares y dotado de herramientas propias de producción e integración normativas, no como una simple yuxtaposición de disposiciones desarticuladas.

Ocurre, además, que la ley ya hace uso del criterio de organizar la competencia intrajudicial en función de la naturaleza, estatal o autonómica, del derecho material aplicado en el proceso. Es el que adopta el art. 73.1 b) de la LOPJ en conexión con el art. 509 de la LEC a fin de determinar el órgano jurisdiccional al que corresponde enjuiciar la demanda de revisión de sentencias firmes. La vigente regulación procesal de este instituto se separa de los precedentes históricos, en los que el juez competente para decretar la rescisión era el mismo que había dictado la primera sentencia, y confía el conocimiento de este tipo de pretensiones, –sin justificación dogmática alguna, todo hay que decirlo–, al Tribunal Supremo y a los Tribunales Superiores con competencia en casación. Mas comoquiera que el ámbito del juicio de revisión se contrae al examen de la realidad de ciertos hechos, taxativamente prefijados (art. 510), acaecidos fuera del pleito y no alegados ni discutidos en él, con plena abstracción de la normativa aplicable a la decisión del objeto litigioso, aquí no resulta viable discriminar la competencia de uno y otros tribunales atendiendo a los fundamentos de la demanda de revisión. El elemento de diferenciación al que por ello acude la ley es la índole del ordenamiento civil en que se incardina la controversia: si estatal, el conocimiento de la pretensión rescisoria se confiere al Tribunal Supremo; si autonómica, al Tribunal Superior de Justicia correspondiente. La aplicación de esta pauta distributiva no ha suscitado, que yo sepa, problemas de calificación destacados. Luego, si su utilidad está comprobada,

¿qué impediría acogerla para que cumpla papel parecido respecto del recurso de casación?.

El art. 478.2 de la LEC regla, en fin, el supuesto de que un mismo litigante prepare a la vez sendos recursos de casación contra la misma sentencia: uno dirigido al Tribunal Supremo y otro dirigido al Tribunal Superior de Justicia. Y ordena que, en tal caso, se dicte providencia teniendo por no presentado el primero de ellos, es decir, el que se formula para ante el Tribunal Supremo, en cuanto se acredite la duplicidad. Tener por no presentado el recurso ante el Tribunal Supremo equivale a la inexistencia del mismo, de manera que éste no renace ni puede prepararse de nuevo aunque el formulado para ante el Tribunal Superior luego se inadmita o fracase por cualquier otra circunstancia.

Contempla la Ley esta situación, ciertamente anómala, y se olvida, por el contrario, de otra más probable, cual es que varias partes preparen otros tantos recursos de casación dirigidos a Tribunales distintos. La solución, entonces, no puede ser más que acumular el conocimiento de todos ellos ante el Tribunal Superior a fin de no romper la unidad del asunto y por similitud con lo que la LEC establece para los recursos de casación de contenido mixto. El verdadero problema competencial puede surgir más tarde, en relación con el recurso fundado exclusivamente en el derecho común, caso de que se aprecie que el recurso que invoca la infracción de norma de derecho foral o especial adolece de causas que obstan a que se tramite, cuestión a la que me referiré más adelante.

### **La denuncia de infracción de precepto constitucional como factor que altera la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia**

El art. 5.4 de la LOPJ dispone que cuando el recurso de casación se fundamente en la infracción de precepto constitucional, la competencia para decidirlo “corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional”. A la luz de su sentido gramatical estricto, este precepto autorizaría a concluir que la ley llama en tales casos al Tribunal Supremo a resolver sobre la totalidad del recurso, es decir, no sólo sobre aquellos motivos de sustancia constitucional sino también sobre los que plantean cuestiones de mera legalidad ordinaria. Claro que, entonces, la norma supondría una excepción a la regla que

otorga a los Tribunales Superiores la competencia para conocer de los recursos de casación que giran sobre cuestiones de derecho civil privativo y que, como se destacó más arriba, tiene su apoyo en los Estatutos de Autonomía. Interpretada de esa suerte, la disposición orgánica suscitara dificultades de encaje con previsiones investidas del superior rango jerárquico inherente a las normas que forman parte del “bloque constitucional”. La Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, sin embargo, complementó el mandato de la LOPJ y solucionó con acierto el problema. Esta Ley puso en marcha los Tribunales Superiores de Justicia, con lo que cobró efectividad la atribución competencial de estos últimos en punto a la casación civil. Al regularla, el art. 54.1 de la Ley estableció que si el recurso se fundamentaba en precepto constitucional, la competencia correspondería al Tribunal Supremo, respetando así el mandato de la LOPJ, como no podía ser de otra manera. Mas dispuso también que la competencia del Alto Tribunal quedaría limitada al conocimiento del motivo de alcance constitucional y que, si éste tribunal lo desestimaba, remitiría las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia oportuno a fin de que éste último conociera del resto de motivos de recurso. Tales disposiciones pasaron luego a integrarse en los arts. 1.730 y 1.732 de la anterior LEC por obra de la Ley 10/1992, de 30 de abril, y han permanecido vigentes hasta la entrada en vigor de la LEC de 2000.

La citada prescripción de la LOPJ en absoluto merece opinión positiva. Todo lo contrario. El Tribunal Constitucional la avaló en su día –STC 56/1990, de 29 de marzo– arguyendo la necesidad de una interpretación y aplicación unitaria de los preceptos constitucionales que, consideraba, sólo podría lograrse a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En la práctica forense, sin embargo, el precepto apenas si ha servido que de mecanismo utilizado por las partes con el solo objetivo desviado de dilatar la pendencia de pleitos que, ante el Tribunal Superior, habrían llegado a su fin en un tiempo escaso. Y, objeción de entidad y calado mucho mayores, ofreció ocasión en cierto momento al Tribunal Supremo para arrogarse el cometido de controlar la doctrina jurisprudencial sentada en casación por los Tribunales Superiores de Justicia so pretexto de comprobar la “adecuación constitucional” de la misma.

Por auto de 22 de septiembre de 2000, el Tribunal Supremo, en efecto, se declaró competente para conocer de un recurso de casación en que se tachaba de contraria a la Constitución la interpretación de la Ley de Arrendamientos Históricos Valencianos que venía efectuando el Tribunal

Superior de la Comunidad Valenciana. Los razonamientos esenciales del auto fueron que *“el Tribunal Supremo, que tiene jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, con arreglo a los arts. 123.1 y 152.1 de la Constitución. Y no hay base legal, estatutaria o constitucional que excluya la competencia de la Sala 1ª para conocer del tema planteado, con exclusión de la clara previsión orgánica y procesal, previsión, por lo demás, que responde, entre otras razones, a la necesidad de una interpretación unitaria de los preceptos constitucionales en relación con la limitación objetiva del recurso de amparo”, así como que “la Constitución configura el Poder Judicial como único, y no cabe, por ende, someter al Tribunal Supremo, que constituye el órgano jurisdiccional superior (sin perjuicio de la competencia del Tribunal Constitucional en materia de constitucionalidad y garantías constitucionales), en la interpretación y aplicación del Derecho del Estado (que comprende, como es obvio, tanto el general como el privativo –foral o especial en la dicción legal– de las Comunidades Autónomas), a la interpretación jurisprudencial de un Tribunal Superior de Justicia (sin merma de la competencia y función que le es propia según las normas estatutarias y procesales). No cabe desconocer que la Sala 1ª de lo Civil puede incluso encontrarse en la tesitura de tener que aplicar de oficio un Derecho Privado Autonómico, o resolver recursos de casación contra Sentencias de Tribunales que interpretan y aplican el Derecho de Comunidad Autónoma distinta a la que pertenecen, y no tiene sentido entender que el TS queda sujeto a la interpretación jurisprudencial del Tribunal Superior correspondiente, con independencia del valor e importancia que la misma puede tener”.*

El auto, como se ve, pone el acento en la posición de primacía institucional que ocupa el Tribunal Supremo sobre todos los órganos que conforman el Poder Judicial, consideración jerárquica que, inclusive, conduce al auto a proclamar de manera paladina, fuera ya del discurso centrado en la defensa de la supuesta potestad de vigilar el acomodo de esa doctrina a la Constitución, que el Tribunal Supremo no queda vinculado por la doctrina casacional que establezca un Tribunal Superior en la esfera competencial que este último tiene reservada. Sobra advertir del gravísimo peligro que para la autoridad de los Tribunales Superiores de Justicia y para la integridad de sus competencias jurisdiccionales propias en materia de casación hubiera supuesto la consolidación del transcrito criterio. No ocurrió así, por fortuna, y el posterior auto del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2001, al que reitera otro de 3 de mayo de 2001, rectifica línea tan preocupante.

Cargado de sensatez y de respeto por la armonía del sistema, argumenta ese segundo auto que *“el orden de competencias establecido en los arts. 5.4 y 73.1a) LOPJ, 40 EACV y 1686 y 1730 LECiv de 1881 se vería sensiblemente alterado si, ante una determinada interpretación de la norma civil autonómica por el Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma al conocer de recursos de casación a él atribuidos, se pudiera acudir a esta Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por el subterfugio de alegar infracción de precepto constitucional, para en realidad someter al juicio de esta Sala la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la interpretación de ese otro órgano de casación. En otras palabras, se estaría burlando la regla competencial al sustraer al Tribunal Superior el conocimiento del recurso de casación por infracción de norma civil autonómica para buscar en el Tribunal Supremo una interpretación distinta de la misma norma”*. El auto recuerda también que la STC 236/2000, de 16 de octubre ha admitido que *«entre los diferentes Derechos civiles coexistentes en España puedan surgir conflictos o contradicciones normativas respecto a una misma materia»*, declarando que no se puede aceptar, como término de comparación entre la norma civil común y la autonómica, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la primera. Y concluye afirmando que *“por lo tanto la única vía impugnatoria para el litigante que considere inconstitucional la doctrina de un Tribunal Superior de Justicia sobre una norma civil autonómica cuya interpretación le corresponda por atribuirle el Estatuto de Autonomía competencia para conocer del recurso de casación, no puede ser otra que el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, tal y como demuestra la sentencia más arriba citada en cuanto resolvió un recurso de amparo contra sentencia civil de un Tribunal Superior de Justicia, en materia de filiación, a la que el recurrente reprochaba una interpretación de la norma autonómica más restrictiva que la del Código Civil por esta Sala en orden a la legitimación. Y es que entre las competencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo no está la de corregir la doctrina de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia sobre Derecho civil foral o especial de su respectiva Comunidad Autónoma”*.

La LEC 2000 se propuso acabar con esta salvedad competencial a favor del Tribunal Supremo, de repercusiones tan espinosas, y no la recoge en su articulado. Era iniciativa digna de aplauso. Existe ya una doctrina constitucional suficientemente sólida acerca de la práctica totalidad de los preceptos de la Constitución con proyección en la normativa del derecho privado apta para garantizar una aplicación uniforme de los mismos; se

elimina una fuente de roces entre tribunales de casación; se dignifica la labor de los órganos jurisdiccionales de casación autonómica y se priva al litigante inescrupuloso de una herramienta de dilación injustificada del proceso.

La efectividad de la supresión, no obstante, estaba condicionada a la derogación del art. 5.4 de la LOPJ, en virtud de la incapacidad de la ley ordinaria para modificar el contenido de otra de naturaleza orgánica. La reforma de la LOPJ imprescindible para el pleno desarrollo de la nueva LEC fracasó, empero, como se ha dicho. He aquí, pues, que el precepto de nivel orgánico subsiste a fecha de hoy, con el agravante añadido de que ahora no le acompaña la norma del art. 1.732 de la LEC antigua que ceñía la función del Tribunal Supremo en estas situaciones al examen de los motivos de casación que acusaban infracción de precepto constitucional. Se desconoce de momento, –la STS de 10 de mayo de 2004 resuelve recurso planteado con arreglo a la legislación anterior–, si el Tribunal Supremo va a seguir limitando su intervención a resolver los motivos de esta índole o si, por el contrario, se inclinará por asumir la competencia respecto de la totalidad de motivos que formalice el recurso. Parece justificado esperar que adopte la alternativa primera, y a ello alienta la concepción de las relaciones entre Supremo y Tribunales Superiores de Justicia que inspira los autos de 6 de marzo y 3 de mayo de 2001 citados. Tomar otro camino entrañaría un ataque indirecto a la potestad normativa de las Comunidades Autónomas con derecho civil privativo, de la que es reflejo la competencia casacional de sus Tribunales Superiores respectivos y, en otro plano, implicaría ignorar que la falta actual de previsión normativa pareja a la del desaparecido art. 1.732 no es resultado del deseo del legislador de ampliar las facultades del Tribunal Supremo sino, justamente al revés, de reducirlas. Ello aparte de los complejidades técnicas y conceptuales con que tropezaría el Tribunal Supremo a la hora de apreciar la existencia de interés casacional, si tal es el cauce de impugnación escogido, en un recurso en el que la concurrencia de ese singular presupuesto de recurribilidad depende de exigencias distintas según que se entable ante uno u otro tribunal de casación; pues en los recursos que abordan cuestiones de derecho privativo la referencia que determina el interés casacional no es la jurisprudencia del Tribunal Supremo sino la del Tribunal Superior de Justicia.

Han de añadirse algunas puntualizaciones: a) la cita del art. 24 de la Constitución no dirigirá hacia el Tribunal Supremo el conocimiento del motivo que lo invoque como infringido si se acepta que puede interponerse

recurso por infracción procesal ante los Tribunales Superiores de Justicia, toda vez que el art. 469.1 4º de la LEC configura como motivo propio de ese recurso la vulneración de los derechos fundamentales que dicho artículo reconoce. Pero si se mantiene la opinión contraria, esto es, que dichos Tribunales sólo están habilitados para conocer del recurso de casación, el criterio habría de ser por fuerza distinto, y entonces también entraría en juego la prevención del repetido art. 5.4 de la LOPJ.

b) La mera mención tangencial de preceptos constitucionales en la formalización de los motivos del recurso de casación no basta para atribuir competencia funcional al Tribunal Supremo. El propio Alto Tribunal lo entiende de este modo en su sentencia de 22 de marzo de 1995 y en autos de 3 de octubre de 1995 y 23 de enero y 9 de octubre de 2001. Como indica el auto de 13 de febrero de 2003 del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, “la invocación retórica de preceptos de la Constitución con la patente y sola finalidad de robustecer la denuncia de supuesta vulneración de normas de legalidad ordinaria, –inspiradas como todas en los principios y valores constitucionales, claro es–, no justifica en absoluto una desviación de competencia en menoscabo de la que ley confiere a un determinado órgano jurisdiccional como regla”. Del mismo modo, tampoco es lícito citar como infringida una norma constitucional para eludir la exigencia de concreción de la infracción legal y de la propia acreditación del interés casacional, cuando existe desarrollo legislativo delimitador del contenido y efectos del derecho litigioso, según advierte el Tribunal Supremo en auto de 27 de noviembre de 2001. El marcado carácter excepcional del art. 5.4 de la LOPJ no se compadece con una aplicación de la norma que no se reduzca de manera estricta a aquellos supuestos en que la vertiente constitucional de la controversia se ha planteado y ha sido claramente tema central de debate en el litigio. Criterio más laxo daría carta de naturaleza al fraude en aspectos pertenecientes al orden público procesal. Y,

c) La desestimación por el Supremo del motivo por infracción constitucional devuelve al tribunal de casación competente en origen el conocimiento del resto de motivos de recurso. Esto, claro es, dando por sentado que se siga considerando vigente la regla del antiguo art. 1.732 de la LEC de 1881. Puede ocurrir, no obstante, que un proceso tenga una pluralidad de objetos, y que la denuncia de infracción constitucional afecte de manera exclusiva al pronunciamiento que decide una de las pretensiones, propuesta con separación e independiente de las demás. En tal caso, la estimación del motivo no tendría por qué obstar, en principio, a la

recuperación por el Tribunal Superior de su competencia genuina para examinar los motivos que plantean cuestiones de legalidad ordinaria. Sin embargo, en pureza procesal, la declaración de haber lugar al recurso conlleva la anulación de toda la sentencia y el subsiguiente deber del órgano de casación de resolver lo que corresponda sobre el fondo del asunto (art. 487.2 y 3 LEC). Ello supondría que el Tribunal Supremo asumiría en estos casos, por mor del repetido art. 5.4 de la LOPJ, la función casacional que la ley confía a los Tribunales Superiores en relación con el derecho civil autonómico respectivo y que, de no interferir aquel precepto, éstos desempeñarían con normalidad. No habría entonces otro medio de evitar este indeseable resultado que admitir la casación parcial, limitada al pronunciamiento que el motivo estimado combate, posibilidad, empero, de ortodoxia teórica dudosa, aunque es de reconocer que el art. 487.2 la permite. Una razón más que aboga por la eliminación pronta y definitiva de precepto orgánico tan inútil y distorsionante.

### **El motivo único de casación**

El único motivo de casación que ahora establece la LEC lo describe el art. 477.1 en los siguientes términos: “la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”. La enunciación del motivo coincide, en esencia, con la del número cuarto del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento anterior, del que difiere, no obstante, en un aspecto de calado. Este último precepto contemplaba dos causas de impugnación separadas: la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y la infracción de la jurisprudencia. El art. 477.1, sin embargo, omite mencionar la jurisprudencia. El cambio de texto implica que la vulneración de doctrina jurisprudencial ya no es susceptible de ser invocada directamente como fundamento autónomo del recurso. Así lo confirma el art. 479 cuando, en punto a los requisitos del escrito de preparación del recurso, exige que se indique “la infracción legal que se considere cometida”, indicación que el Tribunal Supremo considera también ineludible (AA. 18 y 28 de diciembre de 2001 y 29 de enero de 2002). En adelante, pues, la violación de doctrina jurisprudencial necesitará alegarse en casación en compañía de la del precepto que interpreta y complementa, so pena de inadmisión del motivo. De esta suerte la nueva LEC proporciona argumentos a quienes, en la polémica sobre el valor normativo de la jurisprudencia, le niegan carácter de fuente de producción del derecho.

El concepto de infracción abarca todas las modalidades posibles de error en la aplicación de la norma: sea el que atañe a la existencia misma de la norma o a su vigencia, sea el que recae sobre la interpretación de la misma, sea, en fin, el que consiste en subsumir el supuesto de hecho concreto en una norma que no le corresponde. Ha de tratarse, en todo caso, de error que trascienda a la parte dispositiva de la sentencia, con repercusión en el signo, estimatorio o desestimatorio, de los pronunciamientos. El fallo es el verdadero objeto del recurso de casación, lo que se impugna, no los razonamientos de la sentencia, fuera de la medida en que constituyan el antecedente lógico, la premisa sustentadora de la decisión judicial.

En cuanto respecta a la tipología de normas jurídicas cuyo desconocimiento puede denunciarse en casación, se sitúan dentro de ellas, en primer lugar, los preceptos constitucionales, sin perjuicio de la alteración de la competencia funcional que su invocación acarrea, como se ha visto. Los alegados han de ser, en principio, preceptos con incidencia en la decisión de la cuestión litigiosa de fondo. La protección de los derechos fundamentales que deben respetarse en el curso del proceso está pensado que se desenvuelva a través del cauce específico del recurso por infracción procesal, de acuerdo con lo que previene el art. 469.1, apartado cuarto, de la LEC. Ello, claro está, y en cuanto atañe a la casación civil autonómica, siempre que no prospere la interpretación de la Disposición Final Decimosexta que se propone en el sentido de que los motivos del recurso por infracción procesal se transformen en motivos de casación.

La infracción de ley integra el supuesto más genuino e importante de los que pueden basar el recurso de casación. Por ley se entiende cualesquiera normas positivas investidas de ese rango formal: orgánicas, ordinarias, Decretos-Leyes y las disposiciones de la legislación delegada. Por el contrario, no cabe sustentar la casación en normas de rango reglamentario, a no ser que consistan en disposiciones dictadas para desarrollar una ley sustantiva, o sean complementarias o estén íntimamente relacionadas con ella, en cuyo caso han de citarse en unión de la norma legal que les sirve de cobertura. Tampoco pueden invocarse las Exposiciones de Motivos dado que no crean normativa de aplicación y sólo tienen carácter explicativo o justificativo.

Las normas legales sustantivas en que se apoya el motivo han de poseer, además, naturaleza civil o mercantil. No es cometido del tribunal de casación civil sentar la interpretación correcta de normativa de orden jurídico distinto. El recurso, así pues, no cabe fundarlo en la vulneración de

normas penales, administrativas, fiscales o laborales. La posibilidad de alegar disposiciones de esta otra índole queda reducida a aquellos casos en que tales normas tengan una civil como cobertura, o estén íntimamente relacionadas con la misma.

Aun dentro de las clases de normas legales citadas, algunas carecen de idoneidad por razón de sus características, no obstante, para prestar soporte al motivo de casación. En tal ineptitud incurren los preceptos genéricos, los cuales, con arreglo a doctrina jurisprudencial inveterada, no pueden servir, aislados, para sustentar un recurso de casación sino que han de ponerse en relación con otros de los que resulta la infracción denunciada. Preceptos genéricos son a estos efectos, según el Tribunal Supremo, los arts. 1.1, 3.1, 6.4, 1.091, 1.101, 1.254, 1.255, 1.258, 1.544, 1.961 y varios más del Código Civil, el art. 57 del Código de Comercio, o los arts. 1 y 2 de la Ley de Contrato de Seguro. Tampoco son adecuados para promover la casación los preceptos definitorios, como los arts. 392, 667, 1.216 y 1.445 del CC y 1 y 2 de la Ley de Marcas, los clasificatorios, caso del art. 658 del CC, y los meramente enumerativos, como es el art. 1.089 del CC.

Son hábiles, igualmente, para servir de apoyo al recurso las disposiciones de los tratados internacionales que han pasado a formar parte del ordenamiento español (art. 1.5 CC), las normas integrantes del Derecho de la Unión Europea, y las disposiciones del derecho extranjero que resulten aplicables para la decisión del litigio, siempre que, eso sí, consten en el proceso su contenido y vigencia (arts. 12.6 CC y 281.2 LEC), ya que, en definitiva, cumplen en el enjuiciamiento de la controversia idéntico papel que la norma nacional. Lo son, asimismo, en su calidad de fuentes normativas aunque de grado subsidiario (art. 1.3 y 4 CC), la costumbre y de los principios generales del derecho, aun cuando para invocar estos últimos se precisa la cita de la ley o de la jurisprudencia que los reconoce como tales.

## **Resoluciones recurribles en casación**

En la actualidad, el recurso de casación se concede, exclusivamente, contra las sentencias que dicten las Audiencias Provinciales en segunda instancia. Así lo dispone de manera taxativa el art. 477.2 de la LEC.

Por consiguiente, quedan excluidas del acceso a la casación las sentencias que pronuncien los Juzgados de 1ª Instancia. La LEC ha prescindido con acierto de la figura de la casación directa o *Aper saltum* que introdujo en la Ley de Enjuiciamiento anterior la reforma que llevó a cabo

la Ley 34/1984, de 6 de agosto, –con escaso éxito, pues apenas se utilizó–, con la mente puesta en aquellos supuestos en que ambas partes contendientes consideraran que la cuestión a resolver era estrictamente jurídica (art. 1.688).

De otra parte, el recurso de casación sólo cabe ejercitarlo ahora, sin excepción, contra resoluciones en forma de sentencia. La LEC no previene la posibilidad de que se entable contra auto alguno. Queda así suprimida, en particular, la añeja modalidad de la casación contra los autos de apelación que, en ejecución de sentencia, resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito o no decididos por la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado (art. 1.687.2 de la LEC de 1881) y cuya finalidad era, no la característica de la verdadera casación, que consiste en la salvaguarda de la ley y la uniformidad de la jurisprudencia, sino defender la integridad del fallo frente a eventuales extralimitaciones del juez ejecutor.

Hay asimismo algunas sentencias de las que dictan las Audiencias Provinciales que no son recurribles en casación en cuanto que no se pronuncian en segunda instancia. Esto ocurre con la sentencia que resuelve sobre la pretensión del demandado rebelde de que se rescinda una sentencia firme; tanto porque no se pronuncia en segunda instancia, como porque el art. 505.1 dispone que contra ella no se da recurso alguno. También con la que decide el incidente de impugnación de la tasación de costas por el concepto de indebidas (art. 246.4).

Fuera de ahí, por lo demás, comoquiera que todas las sentencias que pronuncian los Juzgados de 1ª Instancia son apelables (art. 455.2.2º), con las solas excepciones de las que prevén los arts. 505.1 y 508, sucede, en definitiva, que la casación queda abierta, –si concurre el resto de requisitos necesarios para ello, desde luego–, a numerosas materias antes marginadas de este recurso, como son las muchas de las que hoy constituyen objeto del juicio verbal, las cuestiones matrimoniales, la oposición en el juicio cambiario etc.. La esfera objetiva del recurso resulta así diseñada con una amplitud desconocida en épocas recientes. Al menos esa era la ambición del legislador. A un resultado práctico muy distinto conduce, sin embargo, el desmoche practicado por el Tribunal Supremo por vía interpretativa de las disposiciones legales que configuran las distintas hipótesis en que las sentencias de las Audiencias Provinciales devienen impugnables en casación.

## **Los supuestos de recurribilidad en casación**

El art. 477.2 de la LEC regula la cuestión empleando las siguientes palabras: “Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda

instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos:

- 1º. Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución.
- 2º. Cuando la cuantía del asunto excediere de veinticinco millones de pesetas.
- 3º. Cuando la resolución del recurso presente interés casacional”.

Respecto de la casación en materia de derecho común el concepto de “interés casacional” lo delimita el párrafo primero del apartado tercero del artículo de esta forma: “Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.”

Es difícil imaginar una lectura de este precepto más restrictiva que la concebida por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su célebre Junta General de 12 de diciembre de 2000. Cierta o no, da la impresión que pesó en ella sobremanera, sin perjuicio de eventuales consideraciones de otro género, la razón práctica de evitar el definitivo colapso de la capacidad enjuiciadora del Alto Tribunal que ocasionaría la previsible avalancha de asuntos subsiguiente a una inteligencia de la norma acorde con el sentido natural, lógico y finalista que emana de su texto. Las pautas aplicativas fijadas en dicha reunión, –de naturaleza no jurisdiccional, dicho sea–, por los componentes de la Sala se han venido respetando luego sin falla por numerosísimas resoluciones cuando se han manifestado sobre las condiciones de admisibilidad del recurso. Las líneas maestras adoptadas las sintetiza el antes citado auto de 27 de noviembre de 2001 del siguiente modo: “*a) los supuestos de recurribilidad contemplados en los tres ordinales del art. 477.2 de la LECiv constituyen supuestos distintos y excluyentes, por lo que sólo cabrá solicitar la preparación del recurso al amparo de uno de ellos; b) el ordinal segundo del art. 477.2 LECiv debe enlazarse con los arts. 249.2 y 250.2 LECiv, por lo que serán recurribles las sentencias recaídas en juicio ordinario, en relación con demandas cuya cuantía exceda de veinticinco millones de pesetas, quedando excluidas las dictadas en juicio ordinario de cuantía inferior o indeterminada, así como en el verbal; c) el*

*núm. 3º del art. 477.2 LECiv, por su parte, ha de concordarse con los arts. 249.1 (excepto su núm. 2º) y 250.1 LECiv, de manera que las sentencias recaídas en juicio ordinario, por razón de la materia, excepto los de tutela civil de los derechos fundamentales, y en juicio verbal, igualmente en atención a la materia, así como las sentencias dictadas en los procesos especiales regulados en el Libro IV LECiv, en otros procedimientos especiales de la propia LECiv y en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, al amparo de los Convenios de Bruselas y Lugano y del Reglamento CE núm. 1347/2000 habrán de ser recurridas por la vía de este ordinal tercero, lo que hace preciso que la resolución del recurso de casación presente interés casacional, bien por oponerse la sentencia recurrida a la jurisprudencia de esta Sala, bien por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, bien en fin, por haberse aplicado normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido”.*

A su vez, en cuanto atañe a la existencia de “interés casacional”, el Tribunal Supremo exige para la viabilidad de este particular y novedoso cauce impugnativo el cumplimiento de estos requisitos: a) cuando se invoca oposición de la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo “*es preciso citar dos o más sentencias de la Sala Primera, razonándose cómo, cuando y en qué sentido ha sido vulnerada la doctrina de cada una de ellas*” (auto de 29 de enero de 2002);

b) el “interés casacional” fundado en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre puntos y cuestiones jurídicas resueltas por la sentencia que se pretende recurrir en casación, debe evidenciarse con la mención de “*sentencias firmes de las Audiencias Provinciales, que deberán ser dos de un mismo órgano jurisdiccional y otras dos de otro órgano diferente, siendo rechazable la enumeración masiva de resoluciones, que habrán de limitarse a cuatro por cada punto de cuestión o contradicción (dos en cada sentido) y, en el caso de citarse más, se estará a las de fecha más reciente; asimismo será necesario recoger el contenido de las sentencias, su ratio decidendi, con expresión de la específica materia en que se suscita la contraposición jurisprudencial y de qué modo se produce, siendo preciso razonar sobre la identidad de supuestos entre la sentencia recurrida y las que se invoquen como contradictorias entre sí*” (auto 29 de enero de 2002); y,

c) si la presencia de “interés casacional” radica en haberse aplicado al

caso norma con vigencia no superior a cinco años, el cómputo de ésta ha de efectuarse “*tomando como «dies a quo» la fecha de su entrada en vigor, mientras que el «dies ad quem» será la fecha en la que se dicte la sentencia recurrida*” (auto 12 de febrero de 2002).

Nada hay que objetar a que la oposición a doctrina jurisprudencial tenga que acreditarse mediante la reseña de, al menos, dos sentencias de casación que resuelvan de manera coincidente asuntos similares al debatido. Fuera de ahí, sin embargo, apenas comparto nada de la concepción del art. 477 que propugna el Tribunal Supremo.

A propósito del carácter mutuamente excluyente entre sí de los distintos supuestos contemplados por el art. 477.2 que el Alto Tribunal aprecia, el auto de 5 de febrero de 2002 –y otros muchos– sienta que “*el ordinal segundo está exclusivamente referido a los asuntos tramitados «por razón de la cuantía», mientras que el tercero es cauce para los sustanciados en atención «a la materia»*”. El Tribunal Supremo razona que ello se desprende “*del régimen general de los recursos extraordinarios, que determina la necesidad de relacionar este art. 477.2, 2º y 3º con los arts. 248, 249 y 250 de la misma Ley de Enjuiciamiento, que distinguen entre los juicios «por razón de la cuantía» y «de la materia», resultando significativo al respecto que el art. 255 supedita la impugnación prevista en el mismo a que el procedimiento sea otro o cuando de la determinación correcta de la cuantía resulte procedente el recurso de casación, siendo asimismo diferente el alcance de efectos que el art. 487 LECiv atribuye a la sentencia, según el supuesto de recurribilidad de que se trate, lo que patentiza que los cauces contemplados en el art. 477.2 son distintos e incompatibles, sin que por ello puedan los litigantes o el tribunal reconducir el escogido en el escrito preparatorio a otro diferente ordinal, siendo importante insistir y resaltar que la vía del «interés casacional» está reservada a los asuntos seguidos en atención a la materia que constituye el objeto del litigio, como por otra parte se explica en la Exposición de Motivos de la LECiv/2000, en su apartado XIV, al señalar que dicho interés casacional se objetiva «no sólo mediante el parámetro de una cuantía elevada, sino con la exigencia de que los asuntos sustanciados en atención de la materia aparezcan resueltos con infracción de la ley sustantiva, desde luego, pero, además, contra doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o sobre asuntos o cuestiones en las que no exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales...»; y también el apartado XX del preámbulo, en relación con la disposición adicional segunda, se refiere a la cuantía, relacionándola con la «posibilidad de acceso a algunos recursos»,*

*de ahí que esta Sala al diferenciar los supuestos de recurribilidad, y configurarlos con el reiterado carácter excluyente, en absoluto contradice la Ley 1/2000, de 7 de enero, ni fija pautas ilógicas ni arbitrarias, sino que ha establecido un criterio para la aplicación de la norma rectora del acceso al recurso de casación que es plenamente acorde con el que el propio Legislador plasmó en la Exposición de Motivos, por lo que bien puede afirmarse que la «mens legis», que es la verdaderamente relevante para aplicar la norma, coincide en este caso con la «mens legislatoris»”.*

Pues bien, la redacción del art. 477.2 nada dice acerca de que las tres hipótesis de recurribilidad que diseña resulten mutuamente incompatibles. La redacción de la norma positiva ningún apoyo gramatical ofrece a la tesis de que los campos de operatividad propios de cada uno de esos cauces de impugnación están perfectamente deslindados y separados, sin zonas donde su respectiva aplicabilidad confluya y se superponga. Es imaginable una sentencia de Audiencia Provincial que decida una reclamación indemnizatoria de cuantía superior a 150.000 € por vulneración de derechos fundamentales utilizando criterios opuestos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o a los seguidos por otros tribunales provinciales. Con la vista puesta en la sola dicción legal, el intérprete debe concluir que, en situaciones de este estilo, la ley no pone obstáculos a que el recurrente escoja la vía de recurso que mejor se acomode a su conveniencia.

La cuestión sobre la posible alternatividad o, por el contrario, carácter excluyente de los distintos cauces de recurso que establece el art. 477.2 es, con todo, de trascendencia más bien teórica. Al litigante le bastará, normalmente, con que exista uno que le permita recurrir en casación. El problema grave, el de verdadera repercusión práctica, lo origina el reducido ámbito objetivo que el Tribunal Supremo atribuye al número tres del precepto, esto es, al supuesto de recurribilidad fundado en la existencia de “interés casacional” y que el Alto Tribunal limita a las sentencias dictadas en procesos sustanciados por razón de la materia. La idea conlleva el corolario de negar el acceso a la casación a los pleitos de cuantía indeterminada o de cuantía que no supere el listón mínimo de los 150.000 €, grupo numérico estadísticamente importante, si no el que más.

Los argumentos en que el Tribunal Supremo basa su postura no convencen. A falta de cualquier remisión explícita, la ligazón entre los arts. 249 y 250 y el art. 477.2.3 se halla en la mente del Supremo, no en la LEC. Nótese, de otro lado, que la interposición del recurso al amparo del número segundo del artículo es tarea fácil y exenta de complicaciones, pues depende

del mero dato de que el valor litigioso alcance la cuantía mínima legalmente determinada, sin cortapisas adicionales. La admisibilidad del cauce de “interés casacional”, por el contrario, queda sujeta a requisitos y condiciones de formalización exigentes y rigurosas, aquéllos no siempre concurrentes ni éstas sencillas de cumplir. Aquí, en esta diferencia, cobra sentido la prevención del art. 255.1, que faculta al demandado para impugnar la cuantía cuando entienda que, de ser otra que la fijada por el actor, “resultaría procedente el recurso de casación”. La importante y tajante inferencia que el Tribunal Supremo extrae de esta frase excede a las claras del modesto objetivo que persigue ese precepto. La lectura neutral de la Exposición de Motivos de la LEC, en fin, evidencia, en cuanto concierne a este capítulo, dos cosas: que el legislador desechó por irrealizable y utópica la posibilidad de abrir la casación a todas, absolutamente todas, las sentencias de segunda instancia, y su diáfana intención, empero, de “*no excluir de ella* –(sic) la casación– *ninguna materia civil o mercantil*”; de que el propósito de la LEC consiste en “*no excluir de la casación ninguna materia civil*”. La Ley aspira a robustecer la función nomofiláctica y uniformadora de la jurisprudencia, a cuyo efecto quiere que cualquier controversia jurídica de las que se dirimen ante el orden jurisdiccional civil pueda llegar a casación siempre que, por descontado, presente un “interés casacional” que lo justifique. Y este “interés” lo presenta cuando la controversia está recibiendo respuestas judiciales dispares o el conflicto debe solucionarse aplicando una norma de interpretación aún no consolidada por llevar poco tiempo vigente, situación de necesidad que puede manifestarse en cualquier clase de litigio, se sustancie por razón de la materia o por la cuantía y cualquiera que sea esta última, determinada o no.

Muy restrictiva me parece también la exigencia de invocar dos sentencias de un mismo órgano judicial de apelación y otras dos de órgano distinto que se pronuncien en sentido opuesto al objeto de acreditar que sobre un punto o cuestión concretos existe “jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales”. La LEC merece aquí una censura terminológica. Designar con la voz “jurisprudencia” a las decisiones de las Audiencias Provinciales, no sólo rompe con una tradición secular que reserva el uso de esta última expresión para la doctrina del Tribunal Supremo, sino que, peor aún, entra en colisión franca –y gratuita– con el art. 1.6 del Código Civil, a cuyo tenor es jurisprudencia “la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”. Las Audiencias jamás han creado verdadera

jurisprudencia, y siempre se ha considerado corruptela semántica predicar dicha denominación de las resoluciones de estos órganos judiciales de instancia. El significado de la palabra en el art. 477.2 resulta, por ello, oscuro. Parece apuntar, con todo, a la necesidad de una cierta continuidad resolutoria en el enfoque con que se aplica una norma concreta, lo que privaría de interés casacional a la discordancia entre una sentencia aislada y el sentir mayoritario, del que se aparta. Pero si el cometido de la función casacional estriba en unificar la interpretación de la norma por razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, el hecho de que haya dos líneas aplicativas contrapuestas seguidas cada una por, al menos, dos sentencias, ya evidencia la existencia de unos criterios judiciales estables y dispares sobre un misma cuestión jurídica que reclama la intervención unificadora del tribunal de casación para terminar con la incertidumbre, aunque tales sentencias procedan de órganos provinciales diversos. La sentencia susceptible de recurso ya lo sería entonces la cuarta en dictarse, si ésta es la segunda que ratifica la dirección interpretativa discrepante encabezada por otra sentencia anterior.

No está de más indicar que el Tribunal Supremo acepta también la hipótesis de que la sentencia recurrible sea la cuarta, aunque siempre manteniendo la imposición de que las sentencias en contraste provengan de los mismos órganos jurisdiccionales. El auto de 18 de septiembre de 2001 señala así que *“es preciso mencionar dos sentencias de una misma Audiencia o Sección de una Audiencia Provincial y otras dos de diferente Audiencia o Sección que hayan resuelto la misma cuestión en sentido contrario, siendo posible, eso sí, que la discrepancia exista entre la misma Audiencia o Sección que dictó la sentencia recurrida y otro órgano jurisdiccional de igual grado, en cuyo caso bastará con citar otra sentencia coincidente con la recurrida, de la misma Audiencia o Sección y otras dos discordantes de una Audiencia o Sección distinta”*.

Finalmente, en relación con el último supuesto constitutivo de interés casacional, la aplicación de norma que no lleve en vigor cinco años, el cómputo de este plazo no plantea dificultad ninguna: el día inicial es aquél en que la norma cobró vigencia, y el final coincidirá con la misma fecha del quinto año siguiente (art. 133.3). El problema surge al determinar qué ha de entenderse por momento en que se aplica la nueva norma; extremo que sólo si acaece dentro del lapso temporal de los cinco años abre paso al recurso de casación. Las opciones teóricas imaginables son varias: la fecha en que se produjeron los hechos que conforman el supuesto normativo; la de

presentación de la demanda; la fecha en que se dictó la sentencia de primera instancia; la fecha de la sentencia de apelación e, inclusive, la de preparación del recurso.

La literalidad del artículo proporciona, hay que reconocerlo, argumento a favor de la fecha de la sentencia de apelación, ya que dice que existe interés casacional “cuando la sentencia recurrida (...) aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor”. Este es el punto de vista acogido por el Tribunal Supremo. Ha de observarse, empero, que el precepto no añade de manera expresa que esos cinco años no deben llevarse en el instante preciso en que la sentencia de segunda instancia se dicta. La solución del Tribunal Supremo tropieza, además, con la objeción poderosa de que hace depender la recurribilidad de la sentencia en casación y, acaso, la misma suerte final de la situación jurídica en litigio, de variables aleatorias, ajenas algunas al actuar de los litigantes, y hasta manipulables, como son la mayor o menor rapidez con que el proceso se tramita y se resuelve en las dos instancias y la datación misma de la sentencia de la Audiencia. Los recelos y agravios a que esto puede dar lugar son evidentes. Por ello, el único criterio firme y razonable de apreciar la concurrencia del requisito consiste en atender a la fecha de interposición de la demanda, directa o reconventional. Es entonces cuando el actor solicita del órgano judicial que le preste tutela haciendo efectiva la norma de que se trate, y es entonces cuando la litispendencia produce su efecto de perpetuación de los presupuestos del proceso y cuando deberían quedar asimismo fijadas las condiciones de recurribilidad de la resolución judicial definitiva. ¿Qué razón explica que la discusión sobre la cuantía litigiosa deba solventarse al inicio de la primera instancia con la mira puesta en un futuro y eventual recurso de casación, según dispone el art. 255, y haya que aguardar en cambio a que recaiga sentencia en la segunda para establecer si la casación deviene o no factible en función de un rasgo específico de la norma que rige la controversia?. Retrasando tanto el momento relevante de aplicación de la norma la efectividad de esta singular vía de acceso a la casación quedará, además, muy menguada. Nada raro será, en efecto, que cuando la sentencia de apelación se dicte hayan transcurrido más de cinco años desde la entrada en vigor de la nueva norma, entre el tiempo que medie desde que adquiere vigencia hasta que la situación conflictiva entre los interesados se produzca, el que se tarde en promover el litigio y el que consuma la tramitación y resolución sucesiva del pleito por Juzgado y Audiencia. Otra innovación, pues, de la LEC que corre serio riesgo de devenir inútil.

Concluyo: a mi parecer, los diversos cauces de impugnación que contempla la LEC no se excluyen entre sí y la parte puede escoger entre ellos el que prefiera. Todas las sentencias de apelación son recurribles en casación por el cauce del art. 477.2.3º, sea cual sea el tipo de pleito en que recaigan y la cuantía del mismo, con tal de que la resolución del recurso presente interés casacional. Cuando para acreditar la concurrencia de este requisito se invoca la existencia de resoluciones de Audiencias Provinciales contradictorias, basta con alegar dos en una dirección y otra, más la recurrida, de dirección distinta, siendo indiferente que sean distintos los órganos jurisdiccionales autores respectivos de cada una de ellas. La fecha clave, a su vez, que determina cuando se aplica la norma nueva y, por tanto, la recurribilidad en casación o no de la sentencia de segunda instancia es aquella en que la demanda se presenta.

Para finalizar, una observación acompañada de una pregunta: si resulta que la temática relativa a la carga de la prueba pertenece a la esfera del recurso extraordinario por infracción procesal y no a la casación; si queda marginada de este último recurso la masa enorme de pleitos que se ventilan como de cuantía indeterminada o por cuantía determinada inferior a la cifra de 150.000 º; y si en los pleitos que se sustancian por razón de la materia la acreditación de que revisten interés casacional tiene que satisfacer las estrictas y severas exigencias que establece el Tribunal Supremo, ocurrirá que el ámbito objetivo del recurso de casación en la nueva LEC acabará siendo, al cabo, mucho más reducido que el que tenía en LEC derogada. ¿Tan mal y torpemente ha traducido el legislador en normas positivas su confesado y paladino propósito de no excluir de dicho recurso ninguna materia civil o mercantil?.

### **Los supuestos de recurribilidad en la casación civil autonómica**

Los tres distintos cauces de recurribilidad en casación que propone el art. 477.2 rigen también, en principio, para interponer los recursos competencia de los Tribunales Superiores de Justicia. Cuanto se ha comentado hasta ahora acerca de las disposiciones del referido precepto también es predicable, por tanto, respecto de estos otros recursos. Claro que el supuesto primero, –“id est”, las sentencias que resuelvan pretensiones de tutela judicial civil de derechos fundamentales–, difícilmente cobrará efectividad ante los tribunales de casación autonómica. La casación fundada

en infracción de precepto constitucional es atribución exclusiva del Tribunal Supremo por mandato expreso del art. 5.4 de la LOPJ. Alguna duda competencial podría plantear, con todo, la hipótesis, rara sin duda, de que el recurso acompañe la denuncia de vulneración del derecho fundamental con algún motivo que alegue infracción de norma de derecho civil privativo. Si se considera aún vigente la regla del art. 1.732 de la LEC derogada, el Tribunal Supremo, caso de desestimar el motivo por infracción de precepto constitucional, debería remitir entonces las actuaciones al Tribunal Superior oportuno para que éste se pronuncie sobre el motivo de contenido autonómico. Mas lo evidente es que, en cualquier caso y mientras la norma de la LOPJ sobreviva, el conocimiento de esta clase de recursos corresponde siempre, en primer término, al Tribunal Supremo.

El recurso de casación, en definitiva, puede llegar a los Tribunales Superiores por dos vías impugnativas: por hallarse determinada la cuantía litigiosa y exceder de 150.000 € y por revestir el recurso “interés casacional”. La particularidad que presenta la regulación del acceso a la casación civil autonómica reside en la configuración singular que la LEC proporciona aquí al elemento del “interés casacional”. El párrafo segundo del art. 477.3 determina, en efecto, que “Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente”.

Así pues, en este orden de recursos el “interés casacional” que justifica la admisibilidad de los mismos aparece en una doble situación: cuando la sentencia recurrida contradiga doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior o cuando no haya doctrina jurisprudencial de este último.

Importa resaltar el dato de que la doctrina a la que se refiere el precepto es, en ambos casos, única y precisamente la forjada por el propio Tribunal Superior sobre las normas de Derecho especial de la correspondiente Comunidad Autónoma. De aquí se derivan dos consecuencias de relevancia. De una parte, que para fundamentar el recurso no resulta factible alegar como vulnerada la doctrina que, eventualmente, emane de las sentencias en que el Tribunal Supremo haya aplicado tales normas. Y, de otra, que la existencia de doctrina de este último Tribunal no desvirtúa la circunstancia de que el Tribunal Superior no la tenga; sólo factor que éste debe controlar en punto a decidir sobre la viabilidad procesal del recurso. Y

aún cabría añadir una tercera, de no menor significado: que en el ejercicio de su función casacional específica el Tribunal Superior de Justicia no se halla vinculado ni condicionado por la jurisprudencia que el Tribunal Supremo pueda haber establecido con anterioridad.

La LEC reafirma de esta suerte que en materia de Derecho Civil privativo de las Comunidades Autónomas no hay más doctrina jurisprudencial auténtica que la que sienta en casación el Tribunal Superior de Justicia respectivo. Se trata de conclusión obligada que se infiere de las previsiones de los Estatutos de Autonomía que asignan el conocimiento del recurso de casación a los Tribunales Superiores y del art. 73.1 a) de la LOPJ, correlatas a su vez de la competencia legislativa exclusiva que la Constitución reconoce a determinadas Comunidades Autónomas para conservar, modificar y desarrollar sus derechos civiles propios. Por ende, desde una perspectiva donde se integren, respeten y armonicen las distintas instituciones en que se organiza el poder del Estado, parece lógico y exigencia inexcusable de lealtad mutua que a esa doctrina acomoden sus decisiones los órganos jurisdiccionales de fuera de la Comunidad Autónoma, cualquiera que sea su rango, si les llega la necesidad de aplicar normativa particular de esta última.

El deber alcanza también al Tribunal Supremo. El fenómeno es infrecuente, mas hay situaciones en que, por virtud del juego de las reglas del art. 478.1, recae sobre dicho Tribunal la competencia para resolver recursos de casación sustentados en la infracción de normas de Derecho Civil privativo de una Comunidad Autónoma; lo cual acaece cuando el litigio se tramita ante órganos judiciales no radicados en esa Comunidad. En los anteriormente citados autos de 22 de septiembre de 2000 y 6 de marzo y 3 de mayo de 2001 el Alto Tribunal reivindica para sí en tales supuestos la posibilidad de formar jurisprudencia que complemente los ordenamientos civiles privativos. A mi entender, empero, la cuestión de si el Tribunal Supremo conserva en la actualidad capacidad para crear jurisprudencia en relación con los derechos civiles autonómicos sólo admite respuesta negativa. La postura contraria implica aceptar la simultaneidad de dos fuentes creadoras de doctrina jurisprudencial, acaso divergentes, auténtica anomalía que contradice de lleno la finalidad unificadora de la aplicación de la norma consustancial al instituto del recurso de casación. Los Estatutos de Autonomía y la LOPJ, —conviene insistir una vez más—, sitúan la sede natural de la casación autonómica en el respectivo Tribunal Superior de la Comunidad Autónoma correspondiente, y ante dicho tribunal la única

doctrina invocable por ley es la suya propia. La competencia del Tribunal Supremo, en cambio, se presenta en este campo como de naturaleza excepcional y esporádica. La única jurisprudencia en materia de derecho civil privativo que debe subsistir y, en todo caso, prevalecer si se produce conflicto de doctrinas, es la que establece el Tribunal Superior de Justicia.

Así, en la hipótesis de que el recurso se entable ante el Tribunal Supremo por vía de los cauces que contemplan los ordinales primero y segundo del art. 477.2, puede ocurrir que sobre la cuestión planteada todavía falte jurisprudencia propia del Tribunal Superior. En tal hipótesis, lo que acuerde el Tribunal Supremo no liga al Tribunal Superior cuando en el futuro se le suscite el problema. De hecho, el criterio decisorio de aquél ni siquiera sirve para fundar el motivo de casación ante éste, conforme se desprende del tenor literal del párrafo segundo del art. 477.3. Pero si la jurisprudencia del Tribunal Superior ya existe, el motivo que se formalice ante el Tribunal Supremo debe invocar la infracción de dicha doctrina casacional y el Supremo, contrastar con ella la decisión del órgano judicial de instancia. Actuando de otro modo se desconoce la unidad del Estado y se causa la grave distorsión de que la misma norma se interprete y aplique de diferente manera en el territorio de la Comunidad Autónoma a cuyo ordenamiento peculiar pertenece y fuera del mismo.

En cuanto a los recursos que pretendan interponerse ante el Tribunal Supremo al amparo del tercer supuesto de recurribilidad, esto es, por presentar “interés casacional”, la duda estriba, no tanto en si cabe que el recurrente lo fundamente en vulneración de la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Superior de Justicia oportuno, sino en si se trata de una hipótesis en que, simplemente, no se da recurso de casación. Esta última opción parece preferible. La función de la casación consiste en formar jurisprudencia y, respecto de las normas de Derecho Civil privativo, ese cometido ya no le incumbe al Tribunal Supremo. Aún más; con arreglo al párrafo primero del art. 477.3, el “interés casacional” invocable en los recursos que corresponden al Tribunal Supremo se manifiesta en la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial de dicho Tribunal. Mas entonces, y por las razones expuestas, carece de sentido que el recurrente alegue el desconocimiento de la jurisprudencia fijada por el Tribunal Supremo cuando era el único órgano competente para resolver el recurso de casación basado en la infracción de esas normas civiles privativas, ya que ahora no compete al citado Tribunal ratificar su anterior doctrina relativa a esas normas ni rectificarla.

Por lo demás, es clara la explicación del porqué en esta categoría de recursos basta para acceder a casación con el mero hecho de que no exista doctrina jurisprudencial previa. Los ordenamientos civiles autonómicos se encuentran en pleno desarrollo y evolución y están por ello más necesitados que cualquier otro de pronunciamientos jurisdiccionales que armonicen y clarifiquen la interpretación de sus disposiciones.

Debe advertirse, en fin, que la admisión de estos recursos por los Tribunales Superiores de Justicia puede obtenerse también con apoyo en los otros criterios legales indicativos de presencia de interés casacional: la contradicción entre sentencias de Audiencias Provinciales y que la norma supuestamente infringida no lleve todavía más de cinco años en vigor. Sin embargo, la utilidad práctica de ambos será escasa por ahora, al menos en lo que atañe a ordenamientos civiles como el balear, donde la labor casacional del Tribunal Superior de Justicia todavía es parca, desde el momento en que la inexistencia de doctrina jurisprudencial constituye “per se” factor con virtualidad suficiente para habilitar el planteamiento del recurso.

La conclusión que se obtiene de todo lo dicho hasta ahora es diáfana: el ámbito de la casación civil autonómica es mucho más amplio y abierto que el de la común. Si, además, frente a la opinión que sustenta el Tribunal Supremo, se acepta el criterio de que el cauce del interés casacional no queda limitado a los procesos que presentan especialidades por razón de su objeto, sino que puede utilizarse cualquiera que sea el tipo de pleito en el que se dicta la sentencia de segunda instancia, resulta entonces que la gran mayoría de litigios donde entren en juego normas civiles privativas son susceptibles de llegar al grado de casación sin más que el recurrente alegue una de tales normas como infringidas. Al menos por ahora, en tanto el Tribunal Superior no vaya formando su propio cuerpo de jurisprudencia, posibilidad que, de momento, se vislumbra lejana.

### **La preparación del recurso de casación**

La preparación es el acto por el que la parte disconforme con la sentencia dictada por la Audiencia Provincial manifiesta su voluntad de recurrirla en casación. Se lleva a cabo por medio de un escrito que, si se presenta en plazo, –dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia (art. 479.1)–, y satisface los requisitos de forma que la Ley establece, impide la producción del efecto de cosa juzgada formal (art. 207.4)

y da inicio a la sustanciación del recurso. El escrito se presenta ante la Audiencia Provincial que pronunció la resolución de que se trate. Aunque la LEC nada diga, dicho escrito se dirigirá a la Audiencia, declarará la intención de la parte de recurrir y, además, de que lo hace en casación, toda vez que, en ese instante, existe la alternativa de acudir al recurso extraordinario por infracción procesal. El escrito, asimismo, habrá de mencionar el tribunal que la parte considera competente para resolver el recurso.

En la LEC anterior la finalidad del trámite apenas si era otra que poner de relieve el propósito de recurrir. Ciertamente que el antiguo art. 1.694 ordenaba que el escrito de preparación, además de expresar dicha voluntad impugnativa, expusiera de manera sucinta la concurrencia de los requisitos exigidos para la viabilidad del recurso. Era criterio unánime, con todo, que tal exposición constituía una mera formalidad irrelevante que no comportaba obligación alguna de adelantar la fundamentación del recurso, tarea que quedaba reservada para el escrito de interposición. Esta opinión, sin embargo, no puede mantenerse ya respecto del nuevo art. 479. El precepto, a diferencia de su predecesor, fija en términos imperativos un contenido mínimo de alegaciones que debe llenar el escrito de preparación en consonancia con cada uno de los distintos supuestos legales de recurribilidad; contenido que, siquiera en el supuesto de que se recurra invocando la existencia de interés casacional, implica la carga de anticipar en este momento la esencia de la impugnación futura. Esto es así porque en esta última variante de casación recurribilidad y motivo de recurso van unidos, y de ahí la interrelación que por fuerza media entre los actos de preparación y de interposición.

¿Tienen justificación las exigencias del art. 479?. Veamos. Frente a la sentencia de la Audiencia se les ofrece a las partes la posibilidad de ejercitar, en efecto, dos recursos extraordinarios y hasta tres, cuando, además de los de por infracción procesal y de casación ante el Tribunal Supremo, cabe casación ante un Tribunal Superior de Justicia. En una situación de concurrencia de pluralidad de instrumentos impugnativos, obligar al recurrente a que en el acto de preparación avance el motivo de su recurso contribuye a aclarar el signo de la opción que toma. Ahora bien, la cautela legal resulta comprensible si, como concebía el Anteproyecto de la LEC, la fase de interposición del recurso se desarrolla ante el tribunal “ad quem”, dado que, en tal hipótesis, la Audiencia ha de determinar el tribunal competente al que remitir las actuaciones y ante quien emplazar a los

litigantes sobre la sola base del escrito de preparación. Gran parte de esta utilidad desaparece, empero, cuando el acto de interposición se efectúa también ante la propia Audiencia, sistema que al final acoge la LEC, pues este otro escrito proporciona de suyo al órgano judicial todos los elementos de juicio indispensables para despejar cualquier eventual duda que pudiera abrigan sobre aquel extremo. De ahí que, si bien resulta claro el mandato de que en la preparación se apunten las razones de la impugnación futura, el cumplimiento de los requisitos previstos en los apartados segundo y tercero del art. 479 deba, no obstante, valorarse con flexibilidad so pena de convertirlos en obstáculos enervantes contrarios al derecho a la tutela judicial efectiva. En cambio, los requisitos para la preparación del recurso fundado en la existencia de interés casacional han de respetarse de manera estricta y su presencia efectiva vigilarse con rigor. Se trata de consecuencia obligada del dato de que el interés casacional aparece en función directa y necesaria del fundamento del recurso; de que dicho interés constituye presupuesto de la viabilidad procesal del recurso de modo que ha de existir en el momento en que éste se entabla; y de que la concurrencia, aun indiciaria, de ese interés, como la de los demás presupuestos de que depende la recurribilidad de la sentencia, ha de poderse apreciar en la fase de preparación a fin de denegarla, caso negativo.

La preparación del recurso en el supuesto del apartado segundo del art. 479.2 –procesos de tutela de derechos fundamentales– es aspecto carente de relevancia en el estudio de la casación civil autonómica, ya que el conocimiento de estas impugnaciones corresponde en toda circunstancia el Tribunal Supremo.

Sí la reviste, por el contrario, el apartado tercero, es decir, el de los recursos que se entablen contra sentencia recaída en pleito de cuantía determinada y superior a 150.000 €. En tal caso, el referido apartado tercero del art. 479.2 prescribe que el escrito de preparación indique la infracción legal que se considere cometida. La ley lo quiere expresamente, pero el propósito que persigue con ello no se capta con facilidad: ni, a falta de una disposición legal tajante que lo imponga, es dable sostener que la cita de la infracción legal vincula al recurrente a la hora de formalizar el recurso, ni la mayor o menor potencialidad de la denuncia cara al éxito final de la impugnación influye en que el recurso se deba tener o no por preparado. El deber de la Audiencia de decidir acerca de la preparación del recurso no conlleva, desde luego, facultad alguna que le autorice a evaluar la solidez y prosperabilidad de sus fundamentos.

Cuando el recurso se encauza por la vía del interés casacional, el art. 479.4 ordena que el escrito de preparación contenga dos extremos: la infracción legal que se estima producida, y las sentencias que ponen de manifiesto la doctrina jurisprudencial o la jurisprudencia contradictoria en que dicho interés se funda. La insuficiencia de esta regulación positiva salta a la vista. El artículo se olvida de regular el contenido que debe poseer dicho escrito en la doble hipótesis de que el interés casacional lo determine la aplicación en la instancia de una norma de no más de cinco años de vigencia o bien la inexistencia de doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia competente. Tampoco especifica nada acerca de las condiciones que confieren a las sentencias idoneidad para ser invocadas en este trámite como opuestas a la que se recurre. Este silencio obliga al intérprete a intervenir para llenarlo, a cuyo efecto es preciso diferenciar las distintas situaciones posibles, aunque recalcando, eso sí, que en todas y cada una de ellas resulta inexcusable que el escrito de preparación explicita la norma legal que el recurrente reputa infringida.

Si –hablando siempre, claro está, de la casación civil autonómica–, el interés casacional reside en la oposición de la sentencia recurrida con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia, el escrito de preparación deberá citar dos sentencias de este último, cuando menos, que sienten y apliquen la doctrina que el recurrente valora como desatendida, así como expresar el punto o puntos concretos donde se produce la contradicción. La mera reseña de unas sentencias no basta para evidenciar –“poner de manifiesto”, en las palabras que emplea el art. 479.4– que divergen de la recurrida, ni incumbe a la Audiencia indagar cuál es la sustancia de la contradicción que se afirma existente y sí sólo constatar su realidad.

En cambio, caso de alegarse inexistencia en la materia litigiosa de doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior, será suficiente con exponer esta circunstancia. Nótese que esa inexistencia se da aun cuando la cuestión ya haya sido abordada, analizada y decidida por una sentencia del órgano de casación. Una sola sentencia no forma jurisprudencia, al igual que tampoco la forman los razonamientos “obiter dicta”, esto es, los que no constituyen fundamento del fallo o “ratio decidendi”.

En cuanto a las sentencias de las Audiencias Provinciales hábiles para poner de relieve la discrepancia con la recurrida, si tal es la modalidad de “interés casacional” que escoge el recurrente, el escrito de preparación ha de citar sólo sentencias firmes. La cualidad de firmeza es de lógica, –la decisión

de un pleito sólo produce efectos “inter partes”–, y su necesidad se infiere, por otro lado, del art. 487.3, a cuyo tenor “los pronunciamientos de la sentencia que se dicte en casación en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias, distintas de la impugnada, que se hubieren invocado”. Sólo las sentencias firmes producen cosa juzgada y, por tanto, sólo respecto de ellas adquiere sentido la advertencia legal.

Es también requerimiento del escrito que describa de manera sucinta donde radica la discrepancia judicial que aduce. Como señala el ATS de 29 de enero de 2002 *“será necesario recoger el contenido de las sentencias, su ratio decidendi, con expresión de la específica materia en que se suscita la contraposición jurisprudencial y de qué modo se produce, siendo preciso razonar sobre la identidad de supuestos entre la sentencia recurrida y las que se invoquen como contradictorias entre sí”*.

Por último, si el recurso se prepara al amparo del inciso final del párrafo primero del art. 477.3, el mutismo del art. 479.4 no impide concluir que el escrito de preparación, como mínimo y por analogía con los otros casos que éste sí contempla, deberá indicar la infracción legal que se considera cometida y alegar que existe interés casacional en la resolución del recurso porque la norma en cuestión aún no ha cumplido cinco años de vigencia y no existe doctrina jurisprudencial establecida que se refiera a norma anterior o de similar contenido. Pero ni en ésta, ni en ninguna de las otras modalidades de recurso por interés casacional, será menester que, al margen de ahí, el escrito desarrolle razonamiento complementario alguno.

A la Audiencia corresponde controlar que el recurso de casación ha sido preparado eficazmente: contra resolución que lo permita, dentro de tiempo hábil y mediante escrito formalizado con sujeción a las prevenciones que la LEC determina para el trámite. Si estima que el acto reúne todos los requisitos exigidos, incluido, desde luego y en su caso, que se desprenda del escrito la existencia de efectiva oposición entre decisiones judiciales, dictará providencia teniendo por preparado el recurso. El art. 480.2 declara el carácter irrecurrible de esta providencia. Se trata de precaución legal laudable. Los órganos judiciales de instancia carecen de facultades para revisar y dejar sin efecto la admisión a trámite de los recursos devolutivos que se formulan contra sus propias resoluciones, no obstante lo cual, estaba bastante generalizada la corruptela de que lo hicieran. Será al comparecer ante el tribunal de casación cuando la parte recurrida tenga ocasión de alegar cuanto considere oportuno en contra de la admisión del recurso.

Si, por el contrario, la Audiencia Provincial aprecia la ausencia de los requisitos de los que depende la válida preparación del recurso, dictará auto rechazándolo, conforme dispone el art. 480.1. Ahora bien, la nueva LEC consagra en su art. 231 el principio de subsanación de los defectos en que incurran los actos procesales de parte, en línea con el art. 11.3 de la LOPJ. Las deficiencias en la preparación del recurso suscitan así el problema de determinar cuáles son subsanables y cuáles no. No resulta acorde con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva rechazar el recurso por causa de faltas del primer tipo sin antes haber concedido al recurrente oportunidad de remediarlas.

Hay defectos de la preparación insubsanables de raíz, como son impugnar una resolución intrínsecamente irrecurrible, –un auto o la sentencia a que se refiere el art. 505– o presentar el escrito fuera de plazo (art. 136). Otros, en cambio, admiten subsanación; unas veces, porque la Ley expresamente la consiente, caso del art. 449.6 respecto de la falta de acreditación documental de haberse llenado los requisitos que el mismo art. 449 estatuye; otras, porque, en función de su escasa monta o de que su presumible origen está en un mero descuido o un error material, la permite su particular índole, como sucede con la omisión de firma de letrado o de procurador. La duda se suscita, principalmente, en relación con la inobservancia en el escrito de preparación de las prescripciones que para su confección detalla el art. 479.

El desconocimiento de los diversos requisitos que establece este artículo no puede recibir idéntico tratamiento a efectos de subsanabilidad. Es necesario diferenciar entre el incumplimiento de los requisitos previstos en los apartados 2 y 3 del artículo y los que afectan a los requisitos de preparación del recurso que aduce existencia de interés casacional.

Los primeros, esto es, los defectos que consisten en la inobservancia de las exigencias específicas de forma requeridas para preparar el recurso contra sentencias de las enunciadas en los números 1 y 2 del art. 477.2, deben calificarse de subsanables. En ambos supuestos, los elementos determinantes del carácter recurrible en casación de la sentencia son ajenos, tanto a la sentencia misma como al fundamento de la impugnación, y se anudan, en el caso del art. 479.2, al objeto singular del proceso, y en el caso del número 3 de este artículo, a una concreta cuantía litigiosa. La importancia de pormenorizar en el escrito de preparación la vulneración del derecho fundamental o la infracción legal que se consideran cometidas queda, por eso, muy relativizada en este preciso trámite ni, consiguiente-

mente, hay razón para sostener que esas alegaciones delimitan de algún modo las bases sobre las que más tarde, en el escrito de interposición, se estructurará el recurso. La ausencia de tales exposiciones o su mención defectuosa escasamente entorpecen que el acto de preparación alcance su fin: manifestar en tiempo hábil la voluntad de la parte de recurrir en casación una resolución judicial susceptible de este recurso. La interpretación y aplicación de cualquier norma jurídica ha de guiarse, de manera primordial, por su “ratio”, por la finalidad que la inspira. También las normas procesales, por lo que la infracción de su dictado no se puede enjuiciar ni sancionar desde una óptica distinta. Otro criterio supone retroceder al puro y vacuo formulismo proscrito por la Constitución. La LEC, con todo, obliga con claridad a que las referidas exposición o indicación se realicen. Por tanto, si el escrito de preparación las silencia, habrá de concederse a la parte plazo para que corrija la deficiencia en aplicación del art. 231; y sólo si ni siquiera entonces las cumple, podrá acordarse el rechazo del recurso.

Cosa muy distinta se da con los recursos de los que se predica la existencia de interés casacional. En ellos la recurribilidad de la sentencia –debe insistirse de nuevo– se supedita a unos concretos motivos de impugnación. Otros distintos pueden hacer inviable el recurso. En otras palabras: la sentencia sólo accede a la casación en la medida en que la cuestión objeto del recurso presenta interés casacional, bien por haber sido judicialmente resuelta de manera contradictoria, bien por el carácter novedoso de la norma que la rige. Este interés, por lo tanto, forma parte del conjunto de presupuestos que condicionan la sustanciación del recurso, e incumbe al recurrente la carga de afirmarlo y acreditarlo en el momento en que el recurso se ejercita. De ahí que resulte imprescindible que el escrito de preparación identifique, aun de manera somera, qué propone la parte como materia del recurso. Y de ahí también que esta alegación prefigure la pretensión impugnativa la cual, si bien no cobrará forma definitiva hasta el escrito de interposición, ya no podrá desvincularse de aquélla ni variar de fundamento. En consecuencia, la falta de expresión, al preparar el recurso, de indicaciones y datos valorables como interés casacional constituye un defecto tan insubsanable como lo son la presentación del escrito fuera de plazo o que el recurso se entable contra una resolución judicial distinta de una sentencia; y otorgar ocasión de subsanarlo, equivaldría a prorrogar un plazo para recurrir que de suyo no lo es. Por lo que, en suma, el incumplimiento de lo que dispone el art. 479.4 en orden a acreditar la existencia efectiva de interés casacional o la denuncia de haberse infringido una norma que lleva más de cinco años de vigencia, son circunstancias que

conlleven que se repela el recurso sin más.

El auto que deniega tener preparado el recurso de casación es susceptible de recurso de queja, el cual se interpondrá y tramitará conforme prescribe el art. 495 de la LEC. En el supuesto de que diversas partes hayan preparado otros tantos recursos de casación y la Audiencia Provincial entienda que procede tener por preparados unos pero no otros, resolverá sobre todos ellos por medio de auto, el cual será recurrible en queja en cuanto a la denegación atañe e irrecurrible en lo demás.

### **Interposición del recurso**

La interposición del recurso se caracteriza por ser el acto mediante el cual el recurrente fija, de manera definitiva e inmutable, el contenido de la pretensión casacional que deduce contra la sentencia de la Audiencia Provincial. Su papel, desde esta perspectiva, es parangonable al que despliega la demanda; y si se efectúa en tiempo, impone al tribunal de casación el deber de pronunciarse, primero sobre la admisibilidad procesal de la pretensión impugnativa, y luego, caso afirmativo, sobre el fondo de la misma.

El trámite lo disciplina en la actualidad el art. 481. En la normativa de este precepto, comparada con la regulación de la LEC derogada, hay tres aspectos resaltables. Primeramente, que la interposición se lleva a cabo ante la propia Audiencia y no ante el tribunal de casación, con lo cual se favorece indudablemente y se simplifica el ejercicio del recurso. En segundo término, la acertada medida de eliminar el depósito que el antiguo art. 1.703 obligaba a constituir cuando las sentencias recaídas en ambas instancias eran conformes de toda conformidad y que había devenido en requisito carente de cualquier eficacia disuasoria del recurrente temerario. Y, por último, el acentuado aformalismo con que la LEC configura el acto, continuando de este modo la tendencia emprendida por las modificaciones más recientes que se practicaron en la LEC de 1881. Así lo muestra que, mientras el art. 1.707 anterior todavía requería, tras la reforma introducida por la Ley 10/1992, de 30 de abril, que el escrito expresara el motivo o motivos en que se amparaba el recurso, citara las normas o la jurisprudencia infringidas y razonara la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con cada motivo, el art. 481 se contenta con exigir, como regla general, que exponga los fundamentos del recurso con la extensión necesaria.

El contenido del escrito de interposición suscita, sobre todo, la cuestión relativa al grado en que lo condicionan las alegaciones que la parte hizo al preparar el recurso. De nuevo hay que distinguir entre las distintas hipótesis de recurribilidad.

En las que contemplan los apartados primero y segundo del art. 477.2 las manifestaciones del escrito de preparación no vinculan al acto de interposición. Éste último puede apoyar la petición revocatoria en la infracción legal que el recurrente adujo entonces, sola o junto con otras nuevas, o, inclusive, sólo en otras distintas. Ningún precepto positivo prescribe la correspondencia estricta entre la motivación efectiva del recurso y la que se expuso al prepararlo, ni la mención de los fundamentos del recurso cumple en la preparación papel significativo alguno en la producción de los efectos propios del referido trámite. Si la doctrina constitucional ha calificado de contrario al art. 24 de la Constitución el principio de unidad de alegaciones entre preparación e interposición en la casación penal (SSTC 98/1991, 240/1991, 181/1993.), nada justifica apartarse de ese criterio en cuanto concierne a aquellos dos concretos supuestos de la casación civil.

En cambio, cuando el recurso se ampara en la existencia de interés casacional (art. 477.3) la solución forzosamente tiene que ser distinta. En todos esos casos, en efecto, los elementos constitutivos de la pretensión impugnativa quedan prefijados en el escrito de preparación y no toleran modificación ulterior. El recurso, aquí, no puede versar sino sobre un objeto que, por presentar interés casacional, lo haga merecedor de recibir un pronunciamiento unificador, clarificador, del tribunal de casación. Y la esencia de ese objeto preciso ha de exponerse en el momento de preparar el recurso, pues, en su defecto, no habría modo de valorar en tal instante el carácter, recurrible o no, de la sentencia de la Audiencia. Sustituirlo más tarde por otro, o ampliar la primitiva base impugnatoria introduciendo fundamentos nuevos, implicaría tanto como plantear un nuevo recurso al que se le ha hurtado el preceptivo tamiz previo de la preparación. Entre preparación e interposición media, pues, en estas situaciones específicas, una continuidad fundamentadora que no es lícito romper. De esta suerte lo ha estimado también la jurisprudencia del orden laboral, sentado el criterio de que, en la casación para unificación de doctrina, la parte no puede alterar en el escrito de interposición los datos exigidos en la identificación de la contradicción producida en la sentencia dictada, a exponer de modo sucinto en la preparación y a desarrollar después en la formalización del recurso.

Por lo demás, los “fundamentos” o razones jurídicas a que alude el art. 481.1 equivalen a los antiguos “motivos” de recurso, que se exponían y desarrollaban separadamente. En todo caso, debe hacerse hincapié una vez más en que, cualquiera que sea la modalidad del instituto de la nueva casación civil que se utilice, el escrito de interposición por fuerza ha de expresar qué norma o normas legales el recurrente considera infringidas. El requisito se infiere de los arts. 477 y 479 y su inobservancia dejaría al alegato casacional vacío de la sustancia específica de este recurso: depurar las normas aplicadas para resolver las cuestiones objeto del litigio.

Si la viabilidad del recurso se acoge a la existencia de interés casacional en sus clases de oposición a doctrina jurisprudencial o a decisiones precedentes de Audiencias, resulta obligado que el escrito reseñe las sentencias que pongan de relieve la existencia de la contradicción. En la casación para unificación de doctrina propia del ámbito laboral la Sala 4ª del Tribunal Supremo sigue en este particular un criterio muy estricto, exigiendo que las sentencias citadas como contradictorias en el escrito de preparación sean, justamente, las que se utilicen en el posterior escrito de formalización, con la consecuencia, pues, de no reconocer operatividad a estos efectos a aquellas sentencias mencionadas en el escrito de formalización que no lo hubieran sido en el de preparación. Sin embargo, mientras la cuestión que propone el recurso no varíe, parece en exceso riguroso impedir que el escrito de interposición se apoye en sentencias distintas de las mencionadas en la preparación si resultan más expresivas y convincentes en la defensa de su postura que éstas.

Junto a la necesaria cita de la norma vulnerada y de las sentencias de contraste, el repetido escrito debe exponer, con la amplitud que el recurrente desee, los argumentos y razones que juzgue útiles para demostrar que la infracción legal se cometió, y también, en los supuestos de recurso por interés casacional, que dicho interés concurre. El art. 481.3 requiere directamente esto último cuando el acceso a la casación se intenta alegando que la norma infringida no lleva más de cinco años en vigor, pero es obvio que la argumentación del tema no puede eludirse en los demás casos.

Sobre la forma de la exposición el art. 481 nada prevé. La estructura del escrito, así pues, es libre, aunque siempre habrá de respetar un nivel mínimo de claridad y precisión en el planteamiento de las cuestiones, imprescindibles para poder proporcionar a la pretensión del recurrente una respuesta judicial correlativa y no ocasionar indefensión a la parte adversa. La casación es un recurso de naturaleza extraordinaria, más patente si

cabe en la variante de interés casacional, en el cual la impugnación tiene que recaer sobre temas o problemas jurídicos singulares, concretos y suficientemente individualizados. Por ello, sigue conservando plena validez la inveterada doctrina jurisprudencial que niega la admisibilidad de los motivos de recurso en que se acumula la cita de preceptos legales heterogéneos, o en que se entremezclan de modo indiscriminado cuestiones de índole diversa que deben proponerse en motivos separados por corresponderle a cada una razonamientos diferentes sobre su pertinencia y fundamentación. Ahora bien, estas deficiencias formales sólo obstan a la admisión del motivo en la sola y exclusiva medida en que enturbian su inteligibilidad en tal grado que no puede saberse con exactitud cuál es el objeto de la denuncia, Si, pese a ellas, el contenido del motivo se capta con suficiente seguridad, la irregularidad carece de mayor trascendencia.

En la configuración definitiva de la pretensión casacional deben tenerse en cuenta, además, otras declaraciones jurisprudenciales que, en la actual LEC, mantienen su virtualidad en tanto que son consecuencia inherente de los límites de alegación que impone el propio recurso. Pueden recordarse entre ellas las siguientes:

- a) No cabe alzarse en casación contra aquellos extremos que fueron consentidos al apelar y que, por ello, ganaron firmeza.
- b) Al recurrir hay que respetar la base fáctica establecida en la instancia. No es lícito hacer supuesto de la cuestión, dando por acreditados hechos distintos de los fijados o tenidos en cuenta por la sentencia recurrida.
- c) En el recurso de casación no se pueden plantear cuestiones nuevas, ya que alteran el objeto de la controversia, atentan a los principios de preclusión e igualdad de partes y producen indefensión al litigante adverso.
- d) No pueden denunciarse como infringidos preceptos no invocados por las partes en sus escritos de alegaciones ni aplicados en las sentencias de instancia. He aquí un sólido obstáculo frente al eventual intento del recurrente de desviar hacia el Tribunal Superior de Justicia la competencia para conocer del recurso mediante la invocación “ex novo” de una norma de derecho privativo.
- e) Tampoco resulta admisible la cita indiscriminada de una ley para fundar el recurso, sino que han de citarse los concretos preceptos de

la misma que se consideran conculcados. No es función del tribunal de casación examinar cuál sea la norma infringida por la sentencia recurrida entre las varias que integran un texto legal.

f) El recurso, en todo caso, se da contra la sentencia de la Audiencia Provincial, no contra la del Juzgado.

El escrito de interposición finalizará con la solicitud de que se tenga por interpuesto el recurso, de que se estime, se case la sentencia recurrida y de que, en lugar del fallo que ésta contiene, se dicte en su lugar otro acorde con los fundamentos de la impugnación. El recurrente también puede solicitar en este momento que se celebre vista, si le conviene informar oralmente en defensa de sus pretensiones antes de que el recurso se resuelva.

El art. 481.2 dispone, como regla general aplicable a todos los recursos de casación, que al escrito de interposición se acompañe certificación de la sentencia impugnada. Se trata de una exigencia difícil de explicar y desafortunada. Pues no se ve para qué se somete al recurrente a la carga de adjuntar al escrito dicha certificación cuando ocurre que al tribunal de casación se le remiten, para resolver el recurso, los autos originales (art. 482.1), en los cuales ha de obrar, obligatoriamente, certificación literal de la sentencia que dictó la Audiencia (art. 212.2). Una imposición inútil y absurda, en suma, llamada a su pronta desaparición por fuerza de desuso.

En los supuestos de casación para unidad de doctrina, el art. 481.2 requiere que se acompañe además “texto de las sentencias que se aduzcan como fundamento del interés casacional”. El uso del vocablo “texto” podría interpretarse en el sentido de que cualquier forma es apta para acreditar el contenido literal de tales sentencias, sean copias simples, fotocopias u otro modo cualquiera que permita conocerlo, incluida su publicación en revistas jurídicas especializadas. Sería un error entenderlo así. Esas sentencias tienen que presentarse, según se infiere del art. 482, precisa y exclusivamente por medio de certificación comprensiva de la integridad de su redacción, en la que, además, habrá de constar su condición de firmes y la fecha en que la adquirieron. Otra cosa es que el recurrente no haya logrado obtener tales certificaciones a tiempo de unir las al escrito de interposición. Bastará entonces con presentar el texto en cualquier forma y aun con no presentarlo. Pero el recurrente deberá en tal caso pedir del tribunal de casación que reclame la pertinente certificación de los tribunales que deben expedirla, aunque acreditando por cualquier procedimiento que la solicitó infructuosamente dentro de plazo.

Podría pensarse, en fin, que no será menester aportar certificación de las sentencias dictadas por el propio tribunal competente para decidir el recurso, dado que todo órgano judicial debe conocer sus propias resoluciones y, en todo caso, tiene a su disposición el texto de todas ellas. Mas con todo, dicha certificación será necesaria o, cuando menos, que se acompañe una copia fiable de esas sentencias, pues de otro modo podría causarse menoscabo al derecho de defensa de la parte recurrida, a la que no se puede gravar con la carga de averiguar por sus medios el tenor de tales resoluciones para articular con eficacia su oposición al recurso.

El escrito de interposición y documentos adjuntos debe presentarse ante la Audiencia que dictó la sentencia recurrida dentro de los veinte días siguientes a aquél en que se notificó al recurrente la providencia que tuvo por preparado el recurso. Si no se hace, la Audiencia dictará auto (art. 206.2.2º, párrafo segundo), declarando desierto el recurso e imponiendo al recurrente las costas causadas, si las hubiere, devengo que será poco habitual, habida cuenta de la nula intervención que se concede al recurrido en las fases de preparación e interposición del recurso. Contra dicho auto cabe recurso de reposición y, de fracasar éste, el de queja (arts. 494 y 495.1).

### **Remisión de las actuaciones**

El único cometido que la LEC encarga a la Audiencia Provincial en relación con el escrito de interposición es comprobar que el recurrente lo ha presentado dentro de plazo. No le confiere facultad alguna de vigilar que la redacción del mismo satisfaga los requisitos que establece el art. 481 ni que se adjuntan las certificaciones de sentencias a que alude este precepto. De ahí que, evacuado el trámite en plazo, el órgano de instancia debe proceder sin más, de acuerdo con el art. 482.1, a remitir los autos originales al tribunal al que compete resolver el recurso. Este tribunal –Supremo o Superior de Justicia– será el que el propio recurrente haya designado en el mencionado escrito. No obstante, si se han interpuesto varios recursos de casación por otras tantas partes litigantes, unos fundados en la infracción de normas de derecho común y otros en la de normas de derecho civil privativo de una Comunidad Autónoma, deben enviarse todos al Tribunal Superior de Justicia.

La remisión se efectúa aunque el recurrente no haya aportado las certificaciones de sentencia necesarias, en su correspondiente supuesto, al objeto de acreditar la contradicción en que el recurso se basa. Si no pudo

obtenerlas por sí dentro del plazo de interposición, incumbe al tribunal de casación reclamarlas de quienes deban expedirlas. El art. 482 no lo indica. Mas se entiende que, para que el tribunal lo haga, la parte debe pedírselo, acreditando a la vez que intentó sin éxito obtener la certificación o certificaciones oportunas dentro del tiempo hábil para presentarlas.

La novedad más destacada de este trámite consistía, primitivamente, en que el art. 482 prescindía del emplazamiento de las partes a fin de que comparecieran ante el tribunal llamado a conocer de la casación. La medida —en sí razonable—, estaba provocando en la práctica no pocas vacilaciones e inconvenientes. Posiblemente por ello la disposición final tercera de la L. 22/2003, de 9 de julio, Concursal, ha reformado el artículo en el sentido de imponer ahora que se emplace a las partes ante el tribunal de casación por término de 30 días. Del precepto no cabe extraer, empero, la idea de que la incomparecencia en plazo del recurrente provoca que el recurso deba declararse desierto. La ley no lo previene ni tendría justificación que lo hiciera. La pretensión impugnativa queda definitivamente deducida en el escrito de interposición, el cual se presenta ante la Audiencia. De ahí que la personación del recurrente ante el tribunal *Aad quemæ* no resulte imprescindible y que su falta no empañe la operatividad del recurso ni conlleve el perecimiento del mismo. La comparecencia, pese a todo, constituye una carga cuya inobservancia genera consecuencias adversas para los litigantes. De no personarse pierden todos, en efecto, la oportunidad de ser oídos sobre la competencia del tribunal (art. 484) y acerca de las causas de inadmisión que éste considere existentes (art.483.3). Los recurridos, por su lado, pierden, además, la de formular al comparecer alegaciones en contra de la admisión del recurso (art. 480) y, sobre todo, la de formalizar en su momento el escrito de oposición (art. 485).

Eso sí; la introducción del trámite de emplazamiento posee la virtualidad de detener el curso de los autos. En tanto no haya transcurrido su plazo por completo o hayan comparecido todos los litigantes ante el Tribunal Superior, éste no puede pasar a la fase de admisión del recurso, con lo que se preserva el derecho de los interesados a intervenir en ella. Aquí radica la mayor utilidad de la medida.

### **La fase de admisión**

A partir de la recepción de los autos originales, la sustanciación del recurso prosigue y se culmina ante el tribunal de casación. Esta segunda y

última etapa principia con la fase de admisión, cuyo objetivo radica en permitir que tribunal Aad quemæ efectúe un examen preliminar de la pretensión casacional destinado a constatar que se ha formulado válidamente y sin obstáculos que impidan la emisión de un pronunciamiento sobre su fondo. La comprobación se centra en dos aspectos, ambos básicamente procedimentales: que la preparación está libre de defectos que hayan pasado desapercibidos para la Audiencia Provincial, y que la interposición del recurso se ajusta a los requerimientos dispuestos por la ley. En cambio, más dificultoso va a resultar ahora proyectar ese examen sobre la valía y entidad de la fundamentación en que se asienta el recurso. El art. 483, en efecto, no recoge entre las causas de inadmisión la falta manifiesta de fundamento ni la circunstancia de que ya se hayan desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales, circunstancias que sí estaban previstas en el antiguo art. 1.710.3. El tribunal, por lo demás, goza de soberanía para decidir en punto a la admisión del recurso sin vinculación alguna a la previa resolución de la Audiencia. Como declara jurisprudencia constante, las normas que regulan el acceso a la casación tienen el carácter de imperativas, de Aius cogensæ o de derecho necesario, sin que puedan ser modificadas por el principio dispositivo ni por la voluntad concurrente de las partes, obligando a los propios tribunales, que han de acusar su infracción incluso de oficio.

La nueva LEC se aparta también de la regulación anterior en que suprime en este trámite la intervención del Ministerio Fiscal que antaño se le atribuía a fin de que dictaminara sobre la admisibilidad o no del recurso o de alguno de sus motivos (art. 1.709 de la LEC de 1881) y, en su caso, acerca del tribunal competente para conocer de la casación cuando podía ser otro distinto de aquél al que se había dirigido el recurrente (art. 1.731); actuación del Ministerio Público sin justificación verdadera en un campo donde se ventilan de ordinario conflictos privados y que no gozaba del favor de la doctrina.

Las causas de inadmisión del recurso las enumera el art. 483.2. El precepto las distribuye en tres números distintos, cuando en realidad habría bastado con agruparlas en dos: defectos en la preparación y defectos en la interposición. El ordinal tercero es superfluo y, además, incompleto. Superfluo, porque si el número uno del apartado ya consigna como causa de improcedencia del recurso que la sentencia no sea recurrible, claro está que tal proposición engloba la falta de encaje de la resolución judicial en cualquiera de los supuestos de recurribilidad en casación que estatuye el

art. 477.2. Sobra por ello dedicar luego un número tercero a repetir esos supuestos como si de causas de inadmisión diferentes de aquélla se trataran. Y es además incompleto, porque olvida que hay sentencias que, sin haber recaído en asuntos valorados en cuantía superior al mínimo que fija el art. 477.2.2. y carentes de interés casacional, tienen también acceso a la casación, como son las que fallan procesos en materia de tutela civil de derechos fundamentales.

Respecto de los vicios de la preparación del recurso, el art. 483.2.1 menciona el carácter no recurrible de la sentencia y la existencia de cualquier defecto de forma no subsanable en que se hubiese podido incurrir al cumplimentar dicho trámite. En el primer concepto entran las resoluciones judiciales de las que están ausentes los requisitos que establece el art. 477.2 y que las hace susceptibles de casación en sus casos respectivos: bien por no resolver sobre protección de derechos fundamentales o controversias de cuantía económica suficiente, bien, en fin, porque no existen las alegadas oposición a doctrina jurisprudencial o la contradicción con otras sentencias, o porque aplican una norma de vigencia superior a cinco años o sobre la que ya se ha formado doctrina al aplicar esa misma norma u otra anterior de contenido igual o similar; esto es y en otras palabras, porque la resolución del recurso no presenta el interés casacional que se invocó a la hora de promoverlo.

En el concepto segundo se comprenden los defectos insubsanables que padezca el acto de preparación. Merecen esta consideración la presentación del escrito fuera de plazo y la inobservancia de las exigencias relativas a la alegación de existencia de interés casacional en los recursos acogidos a este especial cauce de impugnación. Entrañan esa inobservancia omitir en el escrito la expresión de la infracción legal cometida o la cita de sentencias contradictorias, carecer las citadas de la cualidad de firmes, no identificar el núcleo básico de la contradicción o, en su caso, no mencionar cuál es la nueva norma que se estima mal aplicada. Pueden producir el efecto de inadmisión del recurso, asimismo, la falta en el escrito de preparación de los requisitos generales de validez de los actos de parte y el incumplimiento de los requisitos especiales a los que el art. 449 subordina el ejercicio de los recursos en determinados procesos. Pero, en la medida en que sean defectos subsanables, sólo darán lugar al rechazo si no son efectivamente subsanados.

El otro bloque de causas de inadmisión proviene del incumplimiento de la normativa rectora del acto de interposición del recurso (art. 483.2.2º). Con arreglo a la literalidad del art. 481, son constitutivos de este tipo de

defectos la presentación tardía del pertinente escrito, o que éste se encuentre desprovisto de toda fundamentación o, en su caso particular, de todo razonamiento relativo al tiempo de vigencia de la norma infringida o conducente a demostrar la inexistencia de doctrina jurisprudencial que la concierna; a los que hay que sumar de nuevo el incumplimiento de los requisitos exigibles con carácter general a todo acto procesal de parte. La formalización del recurso debe inexcusablemente satisfacer además otras exigencias capitales de validez que, si el escrito las desatiende, justifican también una decisión inadmisoria total o parcial. Esto ocurre si el escrito –o algún motivo– no cita las normas erróneamente interpretadas o aplicadas en la instancia, o las que cita no son aptas para fundar la casación, o si adolece de falta radical de claridad y precisión en el planteamiento de las cuestiones objeto del recurso.

Igualmente, en la figura de recursos por interés casacional, es causa de inadmisión específica el cambio de fundamentación respecto de la que se adujo al prepararlos; que no se citen ahora sentencias tendentes a evidenciar la oposición de la recurrida a la doctrina jurisprudencial o su discrepancia con otras resoluciones; o que, por causa achacable al recurrente, no se aporten las preceptivas certificaciones de tales sentencias.

A las descritas causas de inadmisión del recurso han de sumarse dos más: que el recurrente no se halle legitimado para recurrir por no afectarle desfavorablemente la sentencia impugnada (art. 448) y que se planteen como motivos de casación cuestiones propias del recurso extraordinario por infracción procesal. Esta última, por supuesto, siempre que no se acepte la tesis, correcta a mi juicio, de que la casación civil autonómica abarca en su seno las materias a que se refiere el art. 469 de la LEC.

El art. 483.2, frente a lo que preveía el art. 1.710.3 de la LEC antigua tras la reforma que llevó a cabo la Ley 10/1992, de 30 de abril, no considera causas para inadmitir el recurso su falta manifiesta de fundamento ni que ya se hayan desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales. La operatividad de esta última causa no fue grande en la práctica, puede que por el esfuerzo que comporta acotar elementos reveladores de igualdad sustancial en el campo de los litigios que generan los multiformes conflictos privados. Dicha causa se suple ahora con ventaja, gracias al requisito del interés casacional, en los recursos que se formulan a través de este cauce, aunque podría conservar alguna utilidad para cegar impugnaciones estériles en los recursos que se amparan en los apartados 1 y 2 del art. 477.2. Menos convincente parece la supresión de la carencia manifiesta de

fundamento en el elenco de supuestos que facultan para no admitir el recurso. El legislador calibra posiblemente que la casación para unidad de doctrina atraerá el mayor número de recursos y piensa que, en esta modalidad, la exigencia del interés casacional actuará de freno contra las pretensiones claramente insostenibles. Sin embargo, no cabe pasar por alto que las modalidades de oposición a doctrina jurisprudencial y de la llamada jurisprudencia contradictoria dejan un margen amplísimo de oportunidades al litigante habilidoso para formular el recurso, más aún cuando el ámbito objetivo de la casación abarca la casi totalidad de la actividad procesal declarativa de las Audiencias Provinciales en una esfera jurídica de por sí tan extensa como es la que comprende el orden jurisdiccional civil. Habría sido prudente, por ello, conservar dicho supuesto de inadmisión y de este modo prestar cobertura al tribunal *Aad quemæ* para que evalúe la consistencia de la pretensión impugnativa y poder rechazar *Ain limineæ* las que, de forma patente, no ofrecen posibilidad alguna de éxito, como pueden ser las que despliegan una argumentación contradictoria o contravienen las exigencias de la buena fe procesal (art. 247), así como también los motivos que combaten extremos consentidos, o que plantean cuestiones nuevas o hacen supuesto de la cuestión o que denuncian la infracción de normas sin relación alguna con la controversia litigiosa; defectos todos y otros similares afectantes al contenido del recurso que, si no es forzando la letra del art. 483.2, no pueden en principio dar lugar a una decisión de inadmisión en este justo momento.

En la LEC 2000 el trámite de admisión del recurso presenta la notable peculiaridad de que el art.483.3 ordena a la Sala que, antes de resolver, ponga de manifiesto la posible causa de inadmisión a fin de que las partes personadas puedan alegar lo que estimen oportuno. La regla tiene como precedentes los arts. 211 y 223.1 de la LPL y, sobre todo, el art. 93.3 de la LJCA, del que es reproducción sustancial. Con su traslado al proceso civil la LEC pone fin a la situación anterior, justamente censurada por quebrantar los principios de audiencia y de igualdad de partes, en que el tribunal de casación decretaba la inadmisión definitiva de los recursos sin escuchar previamente a los interesados, con la única excepción de que entendiera que ya había resuelto con anterioridad otros recursos sustancialmente iguales, en cuyo caso la Ley preveía la audiencia, pero sólo para el recurrente.

En puridad estricta, la audiencia previa sólo se requiere cuando la Sala estime fundada la posibilidad de que, efectivamente, concorra una causa de inadmisión, sea fruto de su apreciación propia o como consecuencia de las

alegaciones efectuadas al respecto por la parte recurrida al comparecer (art. 480.2), mas no en caso contrario. Ello no obstante, conviene abrir el trámite sobre todas las causas de inadmisión que haya podido oponer el recurrido, al margen de su acierto, ya que de este suerte la Sala puede desestimarlas en esta fase y evitar así tener que pronunciarse sobre ellas en la sentencia, si el recurrido vuelve otra vez a plantearlas al formalizar su escrito de oposición (art. 485).

La audiencia previa procede, tanto si la posible inadmisión afecta a la totalidad del recurso o sólo a motivo o motivos individuales. Únicamente se concede a las partes personadas, recurrente y recurrida, de manera que la inadmisión puede decretarse sin ella cuando para entonces todavía no ha comparecido ante el tribunal litigante alguno. La providencia que acuerda la audiencia debe, de otro lado, indicar con suficiente claridad de qué causas de inadmisión se trata y cuáles son las circunstancias que pueden producirla, así como conceder a las partes un plazo común de diez días para que presenten sus alegaciones por escrito.

La decisión de la Sala sobre la admisión del recurso se toma por resolución en forma de auto y puede ser total o parcial. Es total si consiste en la admisión o inadmisión de la totalidad de motivos articulados por el recurrente. Parcial, si admite algunos motivos pero no el resto. Caso de inadmisión total, el auto declara la firmeza de la sentencia recurrida y ordena que se devuelvan las actuaciones a la Audiencia de su origen. Si las causas de inadmisión, en cambio, afectan sólo a motivos singulares, el auto los declara inadmitidos, admite los demás y ordenará que continúe la tramitación del recurso.

La aplicación del principio de audiencia en la fase de admisión conlleva la consecuencia de que esté vedado acordar la inadmisión del recurso o de algún motivo por razón de causas respecto de cuya concurrencia el tribunal no haya recabado previamente la opinión de las partes. Por consiguiente, no se podrá fundar la inadmisión en causas distintas de aquéllas concretas que la citada providencia puso de manifiesto a la partes para que alegaran sobre la existencia de las mismas lo que estimaran procedente. De manera que, si al efectuar estas alegaciones el recurrido aduce otras nuevas, la Sala no podrá apreciarlas hasta la sentencia, salvo que dé al recurrente un nuevo traslado y plazo para argumentar y poder así dejar la cuestión zanjada.

Ciertos defectos, finalmente, no acarrearán la inadmisión del recurso si antes no ha dispuesto el recurrente de la oportunidad de subsanarlos. Es el

caso de la falta de acreditación documental de que la parte ha satisfecho las cantidades o constituido los depósitos y consignaciones que prescribe el art. 449.6. y en general de aquellos susceptibles de subsanación con arreglo al principio del art. 231 por tratarse de actos donde, pese a todo, se hubiese manifestado la voluntad de cumplir los requisitos legales, pero siempre con el límite de que la subsanación no signifique en realidad realizar tardíamente el acto que no se ejecutó dentro de su plazo. La falta de firmas en los escritos de preparación e interposición es defecto subsanable. También lo es la falta de aportación del texto de las sentencias contradictorias. Así lo viene entendiendo en la casación laboral la Sala 4<sup>a</sup> del TS (A. 1 abril 97, por todos) . El trámite de subsanación sólo será necesario, desde luego, si en el escrito de interposición la parte no ha solicitado ya del tribunal que reclame la certificación pertinente. Ahora bien, lo subsanable es la falta de aportación de la certificación, no que la parte no intentara obtenerla dentro del plazo para interponer el recurso. Por ello, el tribunal de casación no la pedirá de quien deba librarla y el defecto deviene insubsanable si el recurrente no le acredita ahora que procuró conseguir la certificación a tiempo (art. 482).

En cuanto a la falta de exposición del derecho fundamental vulnerado o de la infracción legal cometida en el escrito de preparación de recursos que se amparan en los números 1 y 2, respectivamente, del art. 477.2, y que pasó inadvertida para la Audiencia, el defecto queda subsanado, en mi opinión, merced a la fundamentación del escrito de interposición si éste aparece confeccionado en forma correcta.

El auto que resuelve, en cualquier sentido, sobre la admisión de la casación es irrecurrible, de acuerdo con el art. 483.5; medida que, a diferencia de la LEC anterior, resulta ahora justificada, incluso en lo que atañe a la decisión de inadmisión, en cuanto que ésta se dicta después haber oído a las partes en posición de igualdad sobre la procedencia o no de acordarla.

### **Decisión sobre la competencia en trámite de admisión**

La circunstancia de que la competencia para conocer del recurso de casación se reparta entre varios tribunales, el Supremo y ciertos Tribunales Superiores de Justicia, en función directa de la motivación que el recurrente articule, obliga al tribunal ante el que se deduce cada concreto recurso a analizar si legalmente le corresponde resolverlo.

Este análisis, conforme dispone el art. 484.1 ajustadamente a la naturaleza de presupuesto procesal primario propia del elemento de la competencia funcional, ha de efectuarlo el propio tribunal de oficio, en el trámite de admisión y con carácter previo, antes de pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso. Para el supuesto de que no se considere competente, ordena el precepto que, antes de hacer tal declaración, oiga la opinión de las partes sobre el tema, dándoles al efecto un plazo de diez días. La consulta a las partes no procede, pues, en el caso de que el tribunal no vea razones para dudar de su competencia, ni siquiera en la hipótesis de que el recurrido la haya impugnado al personarse (art. 480.2).

Por coherencia con el art. 483.3, debe interpretarse que esta audiencia se concede sólo a las partes personadas; de manera que no será menester si ante el tribunal todavía no ha comparecido ninguna. Ni aun aquí prevé la LEC la actuación del Ministerio Fiscal, lo que mal se acomoda con la misión que el art. 3.8 del Estatuto Orgánico de éste (Ley 50/1981, de 30 de diciembre) le encomienda de mantener la integridad de la jurisdicción y competencia de los Jueces y Tribunales, promoviendo conflictos de jurisdicción y cuestiones de competencia e interviniendo en las promovidas por otros.

Cumplido el trámite de audiencia, si la Sala persiste en su idea inicial, dictará auto (art. 206.2.2) declarando su falta de competencia para conocer del recurso y ordenando que se remitan las actuaciones al tribunal que reputa competente y que se emplace a las partes para que comparezcan ante el mismo en el plazo de otros diez días.

Dicho auto debe notificarse a todas las partes procesales, incluso a las no personadas ante el tribunal de casación. Éstas últimas tienen derecho a saber que el recurso va a ser resuelto por un órgano judicial distinto de aquél al que la Audiencia les comunicó que había enviado las actuaciones, pues conservan el de comparecer en cualquier momento durante la tramitación del recurso para ejercitar las facultades que previene la Ley. Si desconocen que ese tribunal ha cambiado, la comparecencia ante el mismo puede dificultarse y retrasarse hasta resultar de eficacia baldía. Además, la personación que ante el Tribunal Supremo puede resultarle al litigante gravosa o molesta, cabe que le convenga si la debe efectuar ante un tribunal más cercano, como normalmente lo será el Superior de Justicia.

Con arreglo al apartado segundo del art. 484, la Sala calificada de competente por el primer tribunal continuará la sustanciación del recurso

desde el trámite de admisión, una vez que haya recibido las actuaciones y se hayan personado ante ella las partes. Esta personación, sin embargo, no es condición de que la tramitación del recurso continúe ni, menos, la incomparecencia del recurrente conlleva que el recurso se declare desierto. En la nueva LEC la casación puede tramitarse por el tribunal “ad quem” hasta terminar con sentencia sin intervención alguna de las partes. El precepto ha de interpretarse igualmente en el sentido de que no cabe reanudar la tramitación del recurso en el nuevo tribunal hasta tanto no haya transcurrido el plazo de diez días concedido a las partes para que comparezcan. Se evita con ello el peligro de que dicho tribunal acuerde la inadmisión total o parcial del recurso sin que las partes hayan dispuesto de un tiempo razonable para personarse y, por tanto, sin que se les haya otorgado la audiencia previa que el art. 483.3 prescribe.

Cuando es el Tribunal Supremo el que recibe las actuaciones está facultado para examinar todavía su competencia y, si concluye que, pese a todo, carece de ella, retornar el recurso al Tribunal Superior de Justicia que se lo envió; algo que estos tribunales, por el contrario, no pueden hacer, ya que el art. 484.3 les prohíbe declinar la competencia para conocer de los recursos que el Tribunal Supremo les haya remitido. Distinto tratamiento que es una muestra más de la posición de primacía institucional que ostenta el Supremo sobre el resto de órganos jurisdiccionales ordinarios.

Aun así, la prohibición de este art. 484.3 entiendo que encuentra una salvedad. La competencia de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer de la casación se les atribuye por la Ley en virtud del mero dato formal de que el recurso invoca la infracción de, al menos, un precepto propio del ordenamiento civil privativo de la correspondiente Comunidad Autónoma, aunque a la par aduzca la de otros de derecho común, lo que implica que, de algún modo, el recurrente escoge el órgano que ha de resolver su recurso. Y no sólo el suyo, sino también los que otras partes distintas hayan interpuesto contra la misma sentencia, por más que éstos se funden exclusivamente en la vulneración de normas de ámbito estatal, pues todos deben ventilarse acumulados. En tales casos, la competencia en favor del Tribunal Superior se fija sobre la base de la pretensión impugnativa formalmente deducida y, como se ha visto, antes de decidir acerca de la admisibilidad del recurso. La cuestión surge después, en el supuesto de que el motivo o los motivos que determinan la competencia del Tribunal Superior se inadmitan; situación que plantea el interrogante de si este tribunal continúa siendo competente para conocer del resto de los motivos

y acaso recursos, todos ya fundados en normas de derecho común, o si la competencia corresponde al Tribunal Supremo. De estas dos alternativas, la segunda parece la correcta. Es factible, por consiguiente, una alteración de la competencia funcional sobrevenida por razón de la inadmisión total o parcial del recurso. Las normas rectoras de la competencia funcional pertenecen al orden público procesal, son de derecho necesario, y la primera de esas soluciones significaría facilitar a las partes la posibilidad de manipularlas y de defraudarlas al compás de su particular conveniencia con sólo proponer motivos de recurso ficticios. Mantener el recurso en manos del Tribunal Superior traicionaría además el interés público de crear jurisprudencia que subyace en la casación; pues ni la formará el Tribunal Superior con sus pronunciamientos, ni el Tribunal Supremo podrá aprovechar el asunto para formarla con los suyos. Considero por ello que, en las casaciones de contenido mixto, si los motivos que aducen infracción de ley civil privativa no superan el control de la admisión, el Tribunal Superior debe declinar la competencia a favor del Tribunal Supremo para que se pronuncie sobre los demás motivos que formaliza el mismo recurso o sobre los eventuales recursos de casación que hayan podido entablar otros litigantes.

### **Oposición de los recurridos**

La LEC 2000 inserta el trámite de oposición de las partes recurridas tras la resolución que decide favorablemente la admisión del recurso, sea en la totalidad de sus motivos o sólo parcialmente, repitiendo de esta suerte el modelo de la LEC derogada. El art. 485 no lo especifica, en contraste con su paralelo art. 474, precepto que regula idéntico trámite en el recurso por infracción procesal; pero parece obvio que el ejercicio de la facultad de oponerse queda reservado a los litigantes personados ante el tribunal de casación, no a los incomparecidos. Nótese la desigualdad con que la LEC trata en este aspecto a las partes. Mientras favorece al recurrente consintiendo que formalice su recurso ante la Audiencia Provincial, grava al recurrido con la carga de comparecer ante el tribunal de casación si quiere impugnarlo, con lo que le obliga a realizar unos gastos que, en cambio, ahorra a la parte contraria. Más razonable y, sobre todo, equitativo habría sido, por ello, establecer que el acto de oposición se evacuara también ante el tribunal de instancia, a semejanza de lo que el art. 461 determina en el recurso de apelación.

La oposición se formaliza mediante un escrito para cuya presentación se concede a los recurridos un plazo de veinte días, que empieza a correr para cada uno desde que se les notifica el auto de admisión del recurso. Manda la Ley que previamente se les dé traslado del escrito de interposición y de sus documentos adjuntos. La precaución es reiterativa, ya que, en aplicación de la regla general sobre entrega de copias de escritos y documentos que dicta el art. 273, en su día, esto es, cuando se aportaron a los autos, la parte contraria les debió facilitar copia de todos ellos. Y así lo presupone la propia LEC cuando contempla que los recurridos puedan, antes de que se haya verificado aquel traslado, formular objeciones a la admisión del recurso; algo que, obviamente, no podrán hacer si desconocen su contenido. La LEC reitera aquí en forma mimética la disposición del art. 1.710 de la LEC anterior para la antigua casación, en la que el escrito de interposición se presentaba ante el tribunal Aad quemæ en el término del emplazamiento y no se otorgaba a los recurridos participación alguna hasta después de la admisión del recurso.

El escrito de oposición equivale a una contestación al de interposición del recurso. Su finalidad consiste en que, como exige el principio de contradicción, la parte recurrida puede alegar cuanto considere útil en contra de la pretensión casacional en la medida en que ésta subsista, es decir, en relación con los motivos admitidos, pues como es lógico carece de sentido prestar ahora atención a los que no lo fueron. El recurrido también tiene aquí la ocasión de solicitar que el recurso se falle previa celebración de vista.

En dicho escrito la parte recurrida tiene aún ocasión de aducir las causas de inadmisibilidad que considere existentes y que no han sido ya rechazadas por el tribunal, sean causas nunca alegadas con anterioridad, sean causas ya invocadas pero sobre las cuales el órgano judicial no se pronunció. El tribunal, entonces, habrá de resolver sobre ellas en la misma sentencia. Pero, habida cuenta del principio de audiencia que inspira la ordenación de la LEC en todo lo relativo a la admisión del recurso, antes deberá dar al recurrente oportunidad de refutar las alegaciones del recurrido, para efectuar lo cual no resta ya otra actuación posible que la celebración de vista.

### **Votación y fallo. Vista**

El art. 486.1 prevé que, transcurrido el plazo para oponerse de que disponen los recurridos y hayan presentado o no escrito de oposición, la

Sala señale “día y hora para la celebración de vista o, en su caso, para la votación y fallo del recurso de casación”.

En los tribunales colegiados el informe oral ofrece la ventaja de que, al facilitar a los miembros de la Sala un conocimiento directo y personal de las cuestiones objeto de debate por boca de los propios interesados, estimula la deliberación interna entre los juzgadores y favorece la toma de decisiones realmente compartidas, cualidad particularmente exigible en los pronunciamientos con eficacia creadora de doctrina jurisprudencial, aunque bien es verdad que el acto presenta el inconveniente del tiempo que consume. La LEC, sin embargo, quizá sensible a la carga del trabajo que pesa sobre el Tribunal Supremo, –que no sobre los Tribunales Superiores de Justicia, siquiera por ahora–, concibe la vista con carácter excepcional, ya que sólo la impone cuando todas las partes coinciden en solicitarla. Fuera de este supuesto de voluntad unánime de los litigantes, la celebración de vista queda al criterio de lo que la Sala “considere conveniente para la mejor impartición de la justicia”, según la expresión algo enfática que emplea el art. 486.2. El precepto, así pues, faculta al tribunal para valorar con libertad absoluta, en orden a que haya o no informe oral, cualquier tipo de factores relevantes, como pueden ser la complejidad técnica del asunto, su trascendencia jurídica o su repercusión social.

Existen, no obstante, dos hipótesis en que, habiendo partes personadas, la vista debería acordarse: a) si la Sala aprecia de oficio la posible concurrencia de vicios de los que generan la nulidad radical de las actuaciones procesales; y, b) cuando el recurrido, al formalizar su oposición al recurso, ha alegado causas de inadmisibilidad no rechazadas aún y estime la Sala que, “prima facie”, cuentan con algún fundamento. La vista es necesaria en estos casos, porque, en el primero, la nulidad de actuaciones no puede decretarse de oficio sin previa audiencia de las partes (art. 240.2 LOPJ); y en el segundo, con la finalidad de preservar el principio de audiencia que impera en cuanto concierne a la apreciación de causas de inadmisión.

El art. 486 fija el orden de actuación de las partes en el acto de vista, disponiendo que informe el recurrente en primer lugar y luego el recurrido. Si hay varias partes, la prioridad entre los recurrentes la determina la fecha de interposición de sus recursos respectivos, y entre las partes recurridas la de su comparecencia ante el tribunal. No atiende la Ley, en cambio, a la situación de recursos contradictorios, es decir, cuando una misma parte es a la vez recurrente y recurrida. Lo razonable entonces es que comience el

acto con las alegaciones de defensa e impugnación relativas al primero de los recursos interpuestos y, una vez expuestas todas, se conceda de nuevo la palabra a las partes para que, por el orden que corresponde a la posición procesal que ahora ocupan, informen en relación con el segundo recurso y, en su caso, los sucesivos. Antes de finalizar el acto, además, debe concederse de nuevo la palabra a las partes para que puedan rectificar hechos o conceptos por mandato del art. 185.4.

Los informes, en todo caso, han de ajustarse al objeto del debate según quedó delimitado por el escrito de interposición del recurso y el ulterior auto de admisión de la Sala conjuntamente. En la vista el recurrente no puede introducir motivos nuevos ni defender los inadmitidos, aunque sí exponer argumentos nuevos o desarrollar los ya apuntados y, por supuesto, renunciar a alguno de los motivos de recurso que superaron el control de admisión o bien desistir de alguno de sus pedimentos iniciales.

## **Sentencia**

El recurso de casación se resuelve siempre por medio de sentencia. Para dictarla basta que la Sala se componga de tres magistrados (art. 196 LOPJ). La LEC no exige nunca mayor número de miembros, acabando así con la regla especial del antiguo art. 1.712, que imponía la asistencia de cinco magistrados en los procesos que versaran sobre derechos fundamentales o en materia de filiación, paternidad, maternidad, capacidad y estado civil de las personas.

Ahora bien, la disciplina de la nueva casación se orienta con claridad a convertir este recurso en instrumento seguro y eficiente de creación jurisprudencial antes que en un simple mecanismo de protección de los intereses particulares que se ventilan en el pleito. La consecución de ese logro, de relevancia general, resulta incompatible, sin embargo, con la pervivencia de líneas doctrinales en el seno de un mismo órgano, —el lamentable fenómeno de la “doctrina de ponente”, que tan mal dice de la actuación colegial de ciertos tribunales y tanto desconcierto produce—. Erradicar esta situación donde la haya y evitar ese peligro en el futuro debe ser objetivo prioritario de todo tribunal de casación. Si la falta de respeto a los propios precedentes lesiona el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la ley en cualquier órgano jurisdiccional, salvo que razone satisfactoriamente el cambio de criterio, mucho más grave e inaceptable es que caiga en ese comportamiento errático e incoherente el

tribunal al que se le encomienda la tarea de complementar el ordenamiento jurídico con sus decisiones. La pertenencia a un tribunal de casación reclama de sus integrantes intensificar el esfuerzo de actuar de manera armónica y coordinada, acudiendo, si fuere preciso, a la convocatoria de la Sala general que previene el art. 197 de la LOPJ a fin de discutir y unificar puntos de vista en las cuestiones que provoquen discrepancias entre los magistrados. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ofrece un magnífico ejemplo de ello. A esta misma razón obedece la práctica que ha instaurado el Tribunal Superior de Baleares de formar sala con todos sus componentes cuando de resolver recursos de casación se trata.

Poca atención destina la LEC, por lo demás, a pormenorizar los efectos que la sentencia de casación produce según el diferente sentido de sus pronunciamientos. Con referencia a los recursos previstos en los números 1 y 2 del art. 477.2, el art. 487.2 apenas si alcanza a establecer que la sentencia confirmará o casará, en todo o en parte, la sentencia recurrida sin precisar en qué casos procede lo uno o lo otro. Pese a ello, debe entenderse que, tanto en estos supuestos como en otros cualesquiera –los de recurso por interés casacional–, si el tribunal considera infundada la totalidad de motivos de impugnación, es decir, en el caso de la sentencia desestimatoria, el fallo confirmará la sentencia de apelación, la declarará firme y ordenará que se devuelvan las actuaciones al tribunal de donde provienen. Estos mismos pronunciamientos corresponde dictar, asimismo, cuando se aprecia en este trámite alguna causa de inadmisión del recurso antes inadvertida, de acuerdo con la reiterada doctrina jurisprudencial de que, en sentencia, las causas de inadmisión se convierten en causas de desestimación.

En materia de costas procesales y si perece totalmente el recurso, rige, como regla general, el principio objetivo del vencimiento. La novedad de la LEC 2000 en este aspecto radica en que el juego combinado de los arts. 394.1 y 398.1 facultan ahora al tribunal para dejar de imponerlas al recurrente si aprecia de manera razonada que el asunto presenta serias dudas de hecho o de derecho que lo justifique. Esta flexibilidad, llevada ahora al campo de los recursos extraordinarios, merece aplauso. Guarda coherencia con el concepto legal de la casación que prima el “*ius constitutionis*” sobre el “*ius litigatoris*”. Prudentemente aplicada, puede conjurar el peligro de que el natural temor a soportar el costo económico del recurso disuada de llevar a casación problemas jurídicos de solución incierta y por ello especialmente necesitados de un pronunciamiento con valor jurisprudencial que los clarifique.

Debe observarse, en fin, que la sentencia desestimatoria sirve para crear jurisprudencia al igual que la estimatoria; en el bien entendido, desde luego, de que la desestimación sea fruto del enjuiciamiento de fondo de los motivos de recurso y no consecuencia de la inadmisión de los mismos.

Caso de estimación del recurso la Ley no detalla qué ha de hacerse cuando se casa la sentencia en los supuestos que contemplan los números 1 y 2 del art. 477.2. El silencio legal suscita la duda acerca de cómo se sustituye la sentencia anulada: si por el sistema de reenvío al tribunal de instancia o con arreglo a un sistema mixto, en que resuelve sobre el fondo el propio órgano de casación. La segunda alternativa resulta a buen seguro la correcta, tanto por ser acorde con la tradición histórica como en virtud de una aplicación analógica de lo que establecen el art. 487.3 y la regla séptima del apartado primero de la Disposición Final Decimosexta. El olvido de la norma positiva, con todo, resulta aquí clamoroso y no puede dejarse de llamar la atención sobre el mismo.

Respecto de los recursos por interés casacional, el art. 487.3 sí previene, en cambio, que la sentencia casará la resolución impugnada si considera fundado el recurso, y que acto seguido resolverá sobre el caso, declarando lo que corresponda según los términos en que se hubiere producido la oposición a la doctrina jurisprudencial o la contradicción o divergencia de jurisprudencia. Parece, pues, que la estimación de un motivo es requisito necesario, y a la par suficiente, para casar la sentencia recurrida. La afirmación, sin embargo, debe matizarse.

El tribunal de casación, de entrada y aunque de modo excepcional, puede dejar sin efecto la sentencia de apelación por circunstancias no aducidas por el recurrente. Así habrá de acordarlo de oficio si en este preciso momento se percata de la existencia de deficiencias procesales que comprometan la validez de la decisión de fondo. El art. 240.2 de la LOPJ, en la redacción introducida por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, restringe esa posibilidad a los supuestos de ausencia de los presupuestos procesales relativos a la jurisdicción y a la competencia objetiva o la funcional. Cuesta aceptar, no obstante, que la norma signifique la prohibición tajante de que el tribunal aprecie otro tipo de carencias y obstáculos productores de idénticos efectos anulatorios. La validez del proceso es materia indisponible, que no puede abandonarse a la voluntad y mera conveniencia de los litigantes. No cabe por ello privar de plano al tribunal de casación de la potestad de anular de oficio las actuaciones o parte de ellas si adolecen de alguna causa que lo haga de todo punto inevitable: defectos de capacidad de

alguna de las partes o de legitimación, interferencia negativa de la cosa juzgada, falta de litisconsorcio pasivo necesario o que la sentencia recurrida carezca de los elementos capitales que precisa para ser reconocida como tal resolución judicial.

De otro lado, la acogida de un motivo no conlleva necesariamente la del recurso, si los pronunciamientos de la sentencia impugnada han de confirmarse con base en fundamentación distinta. Lo ha venido declarando de esta suerte jurisprudencia reiteradísima, partiendo de que el recurso se entabla contra el fallo y no contra sus fundamentos y con el fin de evitar el paradójico resultado de anular una sentencia para repetir de inmediato toda su parte dispositiva. Aun así la técnica tiene algo de discutible, ya que la desestimación del recurso de alguna manera oscurece y resta vigor a la declaración por el tribunal de casación del recto sentido de la norma que en la instancia fue mal interpretada y aplicada.

Cuando el tribunal da lugar al recurso, casa la sentencia recurrida y, sin devolver las actuaciones a la Audiencia, entra a resolver el fondo del litigio en posición idéntica a la del tribunal de apelación y, por tanto, sin otras limitaciones para valorar el conjunto del material litis decisorio, fáctico y jurídico, que las que derivan del principio de congruencia y la prohibición de la “*reformatio in peius*” (art. 465.4). Todo lo hace en una sola y misma sentencia, si bien, en puridad, únicamente sirve para crear jurisprudencia la decisión de casación –“*iudicium rescindens*”–, y no la que resuelve en concreto la controversia planteada entre los litigantes –“*iudicium rescisorium*”–.

En la casación unificadora conviene notar también que el tribunal no se encuentra vinculado por las tesis que mantienen las respectivas sentencias confrontadas, sino que puede escoger y declarar como acertada una tercera. Los pronunciamientos de la sentencia de casación en esta modalidad de recurso aclara la LEC, de otra parte, y como antes si hizo notar, que no afectan en ningún caso a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias contrarias a la impugnada que se hubieren invocado. He aquí uno de los peores inconvenientes de esta modalidad del instituto. Resulta ineludible que no merme la eficacia de cosa juzgada material que posee la sentencia de contraste. Pero es natural también que cause sensación de frustración y sentimientos de desigualdad e injusticia en el litigante a quien se confirma, al cabo, que su pleito fue fallado con arreglo a criterios jurídicos que luego son declarados erróneos merced a un recurso de casación interpuesto por otro, pero al que, sin embargo, él no tuvo posibilidad de acceder por falta de suficientes resoluciones demostrativas de la existencia de contradicción.

Una sola sentencia, aun dictada en la modalidad de “interés casacional”, no constituye, en fin, jurisprudencia. No obstante, la primera que se pronuncia, sobre todo si lo es por Sala general, tiene la fuerza de un precedente que es legítimo esperar será ratificado en el futuro sin fisuras por el tribunal que la dictó, por lo que su efecto resulta equivalente, si no mucho más robusto, que el de la jurisprudencia resultante de la casación ordinaria.

En la casación para la unidad de doctrina la sentencia impugnada se anula exclusivamente a causa de que infringió la concreta norma legal que había sido aplicada antes en sentido diferente por otros órganos judiciales. Pero el tribunal de casación, y pese a lo que puede dar a entender la redacción del art. 487.3, no se limita a resolver lo que corresponda dentro los límites en que se mueve la contradicción. Al resolver acto seguido el fondo de la controversia litigiosa ocupa el lugar de un tribunal de apelación, por lo que puede corregir también cualesquiera otros errores de enjuiciamiento que hubiere cometido aquella sentencia, aunque tales errores, por sí solos, fueren inidóneos para fundar el recurso.

La estimación del recurso de casación, en fin, excluye la condena en costas procesales de cualquiera de los litigantes, de conformidad con el art. 398.2.