

EL RECURSO DE CASACIÓN ANTE EL T.S.J. DE GALICIA, TRAS LA L.E.C. 1/2000 (1ª PARTE)

JORGE NIEVA FENOLL

*Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Barcelona*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LAS POSIBILIDADES DE LEGISLACIÓN PROCESAL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. III. LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA Y LA CASACIÓN GALLEGA. 1. Breve relato histórico de la casación civil. 2. Generalidades sobre los Tribunales Superiores de Justicia. a) Antecedentes históricos. Razones de su existencia. b) Adaptación de la casación autonómica al modelo de Estado. c) Órganos Jurisdiccionales con funciones similares en el Derecho Comparado. 3. Naturaleza jurídica de la casación gallega. 4. Fines de la casación gallega. a) Fines aparentes de la casación. b) Fines estrictos de la casación. c) Cumplimiento de estas finalidades por la casación gallega. IV. ÁMBITO DEL RECURSO DE CASACIÓN GALLEGO. 1. Competencia objetiva y funcional. 2. El problema de las resoluciones recurribles. V. LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR. 1. Teoría General del gravamen. 2. El gravamen para recurrir en casación.

I.- INTRODUCCIÓN.

El recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia es uno de los más originales que han concebido los legisladores autonómicos. La existencia de un derecho propio en Galicia provoca además que dicho recurso pueda ser realmente operativo, a diferencia de lo que ocurre en algunas Comunidades Autónomas. Estas podrían ser las dos razones principales que justificarían su estudio en este trabajo.

Sin embargo, existe una tercera de mayor calado. La entrada en vigor de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil modifica sustancialmente tanto el procedimiento de dicho recurso, como su ámbito, tanto en lo que se refiere a la competencia del Tribunal, como a su ámbito cognitivo, delimitado como es sabido por los motivos de casación.

Sin que la siguiente afirmación suponga adelantar ideas, entiendo que el recurso de casación que concibe la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil tiene la voluntad de ampliar en gran medida el ámbito de conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia, aunque con la única intención de descargar de asuntos al Tribunal Supremo, lo que provoca que una finalidad noble, como es aumentar por fin la utilidad de los Tribunales Superiores de Justicia en el orden civil, se vea en cierta medida traicionada por esa intención de fondo del Legislador, y además, con la consecuencia de “federalizar” el sistema jurisdiccional, lo que estimo que, sin entrar a discutir el resultado político, era una intención alejada del pensamiento del Legislador. Pero ya comentaremos más adelante dichos temas.

El recurso que vamos a estudiar en estas líneas, forzosamente breves, hubiera debido merecer una atención más profunda por la doctrina. Como más profunda hubiera debido ser en general la atención doctrinal por el recurso de casación autonómico. Es sorprendente que buena parte de la bibliografía específica existente sobre el particular sea anterior a la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹, o de una época en que el funcionamiento

¹ CANO BARREDO, *Los Tribunales Superiores de Justicia*, en: “Consejo General del Poder Judicial, Jornadas de Estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial”, Madrid 1983, pp. 597 y ss. CARBALLAL PERNAS, Ramón / MOVILLA ÁLVAREZ, Claudio, *La casación y los Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas*, en: “Consejo General del Poder Judicial, Jornadas de Estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial”, Madrid 1983, pp. 615 y ss. CASTRO FERNÁNDEZ, *Los Tribunales Superiores de Justicia*, en: “AAVV, Gestión automatizada en el ámbito de la Justicia, Barcelona 1983, pp. 49 y ss. DE ELIZALDE y AYMERICH, *La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, posibilidad y límites*, en: “AAVV, El Poder Judicial”, vol. II, Dirección General de lo contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1983, pp. 1045 y ss. DE OTTO y PARDO, Ignacio, *Organización del Poder Judicial y Comunidades Autónomas*, Documentación Jurídica, tomo XII, nº 41, 1984 pp. 68 y ss. DÍAZ VALCÁRCCEL, Luis María, *El Consejo General del Poder Judicial y las Comunidades Autónomas*, en: “Consejo General del Poder Judicial, Jornadas de Estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial”, Madrid 1983, pp. 563 y ss. DÍAZ VALCÁRCCEL, Luis María, *Poder Judicial y Comunidades Autónomas*, en: “AAVV, El Poder Judicial”, vol. I, Dirección General de lo contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1983, pp. 85 y ss. DOMÍNGUEZ MARTÍN, Salvador, *El poder judicial y los procesos autonómicos*, en: “Consejo General del Poder Judicial, Jornadas de Estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial”, Madrid 1983, pp. 651-659. ELIZALDE PÉREZ, José María, *El principio de unidad jurisdiccional y los Tribunales Superiores de la Comunidades Autónomas: Una interpretación federalista en perspectiva comparada*, en: “AAVV, El Poder Judicial”, vol. II, Dirección General de lo contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1983, pp. 1095 y ss. GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Aproximación a la problemática de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas*, La Ley, 1985, nº 1225, pp. 1287 y ss. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos / MORENO CATENA, Víctor, *Los Tribunales Superiores de Justicia y sus competencias*, en: “AAVV, El Poder Judicial”, vol. II, Dirección General de lo contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1983, pp. 1647 y ss. LINDE PANIAGUA, Enrique, *Independencia del Poder Judicial y regímenes autonómicos*, en: “AAVV, El Poder Judicial”, vol. II, Dirección General de lo contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1983, pp. 1697 y ss. PÉREZ GORDO, *Problemática pro-*

de los Tribunales Superiores de Justicia en lo civil era aún muy escaso². Es indicativo también que la única monografía sobre la cuestión date de 1982³. Pero estos datos se comprenden si reflexionamos, por una parte, sobre la escasa utilidad que han tenido, en realidad, hasta ahora los distintos recursos de casación autonómicos⁴; y por otra parte, sobre el general desconocimiento del derecho civil propio de las Comunidades Autónomas del que se suele adolecer en general, si bien esta situación últimamente se está viendo solucionada en algunas Comunidades Autónomas, sobre todo a fuerza de configurar en los planes de estudio de las Facultades de Derecho, el aprendizaje del derecho civil propio de la Comunidad Autónoma como asignatura obligatoria.

El Legislador gallego fue muy audaz configurando este recurso en la manera que vamos a examinar. Sin embargo, es posible que una parte de esa audacia vaya a ser minada por la Ley de Enjuiciamiento Civil, que parte de un desconocimiento total de la casación gallega y de sus peculiaridades, algunas de las cuales podría haber aprovechado, o incluso copiado, para configurar el recurso de casación estatal. Vamos a analizar las cuestiones más importantes que plantea el recurso de casación gallego, aunque advirtiendo de entrada que con este trabajo no se pretende ni reabrir una polémica, creo que ya cerrada por fortuna,

cesal y orgánica del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas, en: "AAVV, El Poder Judicial", vol. III, Dirección General de lo contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1983, pp. 2305 y ss. ROBLES GARZÓN, *El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía*, Revista de Estudios Regionales, 1982, nº 10, pp. 45 y ss. RODRÍGUEZ-AGUILERA DE PRAT, Cesáreo, *Tribunales Superiores de Justicia: un problema de articulación de competencias*, en: "Consejo General del Poder Judicial, Jornadas de Estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial", Madrid 1983, pp. 691 y ss. URETA DOMINGO, Juan Carlos, *Unidad del ordenamientos, unidad jurisdiccional y Estado de las Autonomías*, en: "AAVV, El Poder Judicial", vol. III, Dirección General de lo contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1983, pp. 2651 y ss.

² BARONA VILAR, *El Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas; en especial, el de la Comunidad Valenciana*, Revista Valenciana d'Estudis Autònomic, 1987, nº 7, pp.393 y ss. CABAÑAS GARCÍA, *El derecho autonómico como objeto del recurso de casación ante los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas*, Poder Judicial, 1989 (14), pp. 23-45. CORDÓN MORENO, Faustino, *El recurso de casación por infracción de ley foral*, Revista Jurídica de Navarra, nº 6, vol. I, 1988, pp. 23 y ss. DE OTTO y PARDO, Ignacio, *Los Tribunales Superiores de Justicia*, BIMJ, nº 1471, 25-10-1987, pp. 59 y ss. GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Los Tribunales Superiores de Justicia y los recursos de casación y revisión*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, nº 6, 1990, pp. 19-32. MONTERO AROCA, *El Tribunal Superior de Justicia de Galicia*, Justicia 1989, pp. 287 y ss. MONTÓN REDONDO, *Atribuciones de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas*, La Ley, 1986, 2, pp. 1218 y ss. VALLS GOMBAU, José F., *Las competencias civiles de los Tribunales Superiores de Justicia. Especial referencia a la revisión y a los recursos de casación autonómicos*, Justicia 1988, pp. 319 y ss.

³ Salvando la Tesis Doctoral inédita de VALLS GOMBAU, *Los Tribunales Superiores de Justicia: Sus competencias civiles y penales*, de 1987, PÉREZ GORDO, Alfonso, *El Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas*, Barcelona 1982.

⁴ Como muestra, un botón. La primera sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia en materia civil data de 1995. GARRIDO MAYOL, *Leyes estatales, leyes autonómicas, Derecho supletorio (a propósito de la primera sentencia de casación en materia de Derecho Civil Valenciano)*, RGD, 1995, pp. 1567 y ss.

sobre el papel constitucional de los Tribunales Superiores de Justicia, ni realizar un ensalzamiento de las casaciones autonómicas. Al contrario, se tratará de poner todos los datos en la balanza, especialmente los de índole práctica, para analizar una institución que ya cuenta con más de veinte años de historia. En ocasiones, y duele decirlo, de triste historia.

II.- LAS POSIBILIDADES DE LEGISLACIÓN PROCESAL DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

No es posible realizar un estudio profundo de lo que dispone el art. 149.1.6° C.E.⁵. No es el objetivo de este trabajo, pero es imprescindible abordar esta cuestión antes de seguir adelante.

Nos preguntamos en qué medida pueden legislar las Comunidades Autónomas en materia procesal. Y la respuesta es muy compleja, porque el tenor del precepto referido es muy ambiguo. Reproduzcámoslo:

“El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...)

6° Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.”

El preámbulo de la Ley 11/1993 de 15 de julio, que regula el recurso de casación gallego, trata de justificar la legislación en esta materia al hilo de lo que dispone la Constitución, con las siguientes palabras: *“la realidad normativa de nuestro derecho civil hacen inaplazable que el Parlamento de Galicia regule el recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia para hacer posible que el acceso a dicho recurso de casación sea efectivamente viable”*. Nada más.

Desde luego, con tales frases, poca base o ninguna tendría la legislación en esta materia. NOGUEIRA ROMERO⁶, Abogado que al parecer participó en la génesis legislativa de esta norma legal, reproduce en su artículo las conclusiones de una reunión de juristas gallegos que se celebró en A Coruña según parece en la primavera de 1990, y que pueden esclarecer las razones de la Ley 11/1993. De su lectura, lo que parece claro (se repite varias

⁵ Sobre el particular la bibliografía es muy escasa: BUSTO LAGO, José Manuel, *Competencias legislativas de las Comunidades Autónomas sobre las “necesarias especialidades” procesales que se deriven de su derecho sustantivo propio (Comentario a la STC 127/1999, de 1 de julio)*, Derecho Privado y Constitución, nº 13, 1999, pp. 81 y ss. MURILLO GARCÍA-ATANCE, M., *Algunas consideraciones en torno al concepto de “especialidad procesal” del art. 149.1.6 de la Constitución*, RDCA, 1997, III (nº 2).

⁶ NOGUEIRA ROMERO, Santiago, *Reflexiones acerca de la ley sobre el recurso de casación civil de Galicia*, Revista Xurídica Galega, 1993 (4), pp. 324-325.

veces) es que, en tanto en cuanto no legisle el Parlamento de Galicia, el Derecho Civil Gallego es fundamentalmente consuetudinario⁷. Y en la opinión de los juristas reunidos, el recurso de casación regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no tenía en cuenta esta especialidad, por lo que no coordinaba bien con la misma. Por otra parte, cuenta NOGUEIRA ROMERO⁸ que “*la realidad socio-económica gallega, sin entrar en detalles, da lugar a que los procesos tengan cuantías ciertamente pequeñas*”⁹. A falta de otras explicaciones de corte sociológico que desconozco, la razones de la Ley 11/1993 no parecen ser otras que esas. Que el derecho gallego es fundamentalmente consuetudinario –a pesar de existir entonces ya la Compilación de Derecho Civil de Galicia de 1988, que después fue derogada en 1995 por la mucho más completa Ley 4/1995 de 24 de mayo–, y que las cuantías de los procesos gallegos no acostumbran a ser elevadas.

No voy a entrar en la cuestión de si actualmente el derecho civil gallego sigue siendo tan consuetudinario como en 1993¹⁰, o si la realidad económica de los procesos gallegos es la que se dice. Lo que debo analizar, sin descender de momento a las materias en que se establece la diferencia, es si esas dos razones podrían justificar una regulación distinta del recurso de casación, porque de ello depende la constitucionalidad de la regulación¹¹.

La primera es ciertamente aceptable. Estoy convencido de que el Legislador español no hubiera configurado de la misma forma el recurso de casación, sobre todo en lo que al procedimiento se refiere, si nuestro ordenamiento fuera consuetudinario. Creo que en esa

⁷ E incluso aunque legisle, si se lee lo que parece dar a entender el art. 1 de la Ley 4/1995 de Derecho Civil de Galicia, de 24 mayo, que quizás trastoca el sistema de fuentes el Código Civil, al citar en plano de igualdad a la ley y a la costumbre: “*El derecho civil de Galicia está integrado por los usos y costumbres propios y por las normas contenidas en la presente Ley, así como por las demás leyes gallegas que lo conserven, desarrollen o modifiquen*”. Vid. sobre esta cuestión, GARCÍA CARIDAD, José A. *Qüestions que suscita el Dret consuetudinari en la seva relació amb el recurs de cassació civil davant els Tribunals Superiors de Justícia*, en: “Les Sales civils i penals dels Tribunals Superiors de Justícia”, Jornadas celebradas el 11-13 mayo de 1994, Barcelona 1994, pp. 152-153. NÚÑEZ VIDE, José Luis, *Competencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en materia foral*, en: “AAVV, La casación foral y regional, Madrid 1993, p. 26. En la jurisprudencia, también suele afirmarse el carácter consuetudinario del ordenamiento civil gallego: STSJG 8-4-1998, FD 3°.

⁸ NOGUEIRA ROMERO, *Reflexiones*, cit. p. 329.

⁹ De acuerdo con esta conclusión, BUSTO LAGO, *Competencias*, cit. pp. 111 y ss, quien hace referencia incluso al debate parlamentario de aprobación de la ley, en el que se alegó esta circunstancia.

¹⁰ O como lo fue en otra época más pretérita y se pretende que lo siga siendo, tal y como lo afirma GARCÍA CARIDAD, *Qüestions*, cit. p. 148 y ss.

¹¹ Y el asunto es ciertamente peligroso, puesto que hasta el momento, la postura del Tribunal Constitucional ha sido bastante restrictiva en esta materia, tanto cuando ha interpretado la legislación procesal estatal como la autonómica, limitando mucho el ámbito de ésta última. STC 25/1981 de 14 de julio, FJ 6. STC 71/1982 de 30 de noviembre, FJ 20, STC 83/1986 de 26 de junio, FJ 2. STC 62/1991 de 22 de marzo, FJ 5. STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 2. STC 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 4. STC 146/1996 de 19 de septiembre, FJ 6. STC 196/1997, de 13 de noviembre, FJ 12. STC 127/1999 de 1 de julio.

materia procedimental, que es curiosamente la que es omitida casi por completo en la Ley 11/1993, estaría justificado establecer diferencias.

Sin embargo, la realidad socioeconómica de los procesos gallegos no puede ser tenida en cuenta a estos efectos. Dicha realidad no forma parte del “*derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas*”, y aunque en línea de principio pueda parecer justificable que se amplíe la casación por estas razones, desde un Parlamento Autonómico, lo cierto es que la Constitución no lo permite. Asunto diferente es que el derecho debe reflejar la realidad socioeconómica del lugar donde se aplica. Si el caso del derecho civil gallego es ese, obviamente puede modificarse la regulación procesal de la casación para permitir que dicho derecho pueda llegar a ser examinado por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Si la mayor parte de un ordenamiento está pensado para situaciones de baja entidad económica (lo que no empece su enjundia jurídica), existe un tribunal de casación en la Comunidad Autónoma, y resulta que ese Tribunal no puede conocer de demasiadas casaciones porque las cuantías o los procesos en que se plantean no son de la relevancia que exige la Ley de Enjuiciamiento Civil, parece obvio que la regulación de la casación en esta materia debe modificarse. Pero si esto era así, se echa muy de menos una explicación en tal sentido en el preámbulo de la ley 11/1993.

Queda por cuestionarse la virtualidad de una legislación procesal autonómica radicalmente opuesta a la estatal. Obviamente, la cuestión no puede plantearse en términos de qué legislación es preferente, si la estatal o la autonómica, puesto que ambas actúan, desde la Constitución, en ámbitos diversos y no basándose en el principio de jerarquía¹². Sin embargo, es posible, y así se ha producido ya¹³, que existan conflictos de competencia entre Estado y Comunidades Autónomas. En este caso no queda otra solución que la presentación, a cargo del Gobierno central, de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley autonómica (art. 161.2). Pero en tanto en cuanto no se plantee, y el Tribunal Constitucional decida suspender (art. 30 LOTC) la vigencia de la ley autonómica, la regulación que regirá en la Comunidad Autónoma será la establecida por el Parlamento autonómico, puesto que en este caso no tiene ninguna virtualidad la regla de prevalencia de la legislación del Estado que establece el art. 149.3 de la Constitución¹⁴. Me explicaré.

No estamos ante una competencia totalmente exclusiva del Estado, aunque pueda parecerlo¹⁵. Es complicadísima la delimitación en esta materia de la competencia estatal y autonómica, pero puede hablarse ciertamente en esta cuestión, la de las especialidades procesales

¹² En este sentido, DE OTTO y PARDO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona 1988, p. 277.

¹³ Vid. la extensísima STC 61/1997 de 20 de marzo sobre la ley del suelo.

¹⁴ Sobre esta regla, DE OTTO y PARDO, *Derecho Constitucional*, cit. pp. 281-282.

¹⁵ De hecho en un principio así lo pareció. Vid. al respecto DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *La demolición de la Administración de Justicia en la futura Constitución de 1978*, RDPProc, 1978, nº 2-3, p. 429.

derivadas del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas, de una competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, que además ha sido asumida por el Estatuto de Autonomía de Galicia (art. 27.5), y que debe convivir con la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal estatal.

Por consiguiente, en tanto en cuanto pueda demostrarse que la regulación procesal diferenciada llevada a cabo por el Parlamento de Galicia se insiere dentro del ámbito del art. 149.1.6º en la manera que indicamos, dicha legislación será intachable. De todos modos, es necesario decir que es muy pobre la base futura de esta regulación, puesto que depende en el fondo de que persistan unas circunstancias socioeconómicas que queden reflejadas en la legislación sustantiva autonómica, y de que el derecho gallego siga siendo en buena medida consuetudinario. Es una regulación, por así decirlo, *rebus sic stantibus*, por lo que sería planteable arbitrar alguna solución para evitar que esta original regulación, por bien que no pudiera ser anulada por inconstitucionalidad al haberla confirmado, esperamos, el Tribunal Constitucional, quedara desprovista en un futuro de dicha base constitucional, sobre todo teniendo en cuenta que en la actualidad la regulación de la casación gallega es infinitamente superior a la que ofrece la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, como veremos después.

III.- LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA Y LA CASACIÓN GALLEGA.

Antes de iniciar el estudio propiamente dicho sobre la casación gallega, es imprescindible realizar unas consideraciones de carácter general sobre la casación civil, especialmente sobre su historia, tantas veces olvidada, cuando no flagrantemente falseada, pues ello podrá dar un transfondo adecuado al presente trabajo con el que abordar el resto de puntos.

A la vez, es ineludible realizar una reflexión sobre los Tribunales Superiores de Justicia, quince años después de su institución por la Ley Orgánica del Poder Judicial. Una cierta mirada a su historia, antes y después de 1985, fecha de aprobación de dicha Ley Orgánica, así como al modelo de Estado del que gozamos en la actualidad, sentarán también las bases de los epígrafes posteriores.

1.- Breve relato histórico de la casación civil.

No se puede iniciar un estudio histórico de la casación, por breve que este sea, sin consultar las obras de CALAMANDREI¹⁶, HALPERIN¹⁷, y a pesar de su brevedad, de

¹⁶ CALAMANDREI, Piero, *La Cassazione civile*. Vol I. Milano 1920, en: "Piero CALAMANDREI, Opere Giuridiche, Vol. VI. Morano Editore, 1976".

¹⁷ HALPERIN, Jean-Louis, *Le Tribunal de Cassation et ses pouvoirs*, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris 1987.

SATTA¹⁸, que completa con la profundidad de sus conclusiones los dos estudios anteriores¹⁹.

Nace la casación en Francia como consecuencia de la nueva configuración política del Estado, tras la Revolución²⁰. Derrotado el Antiguo Régimen, a fin de hacer realidad la tripartición estatal de Montesquieu²¹, siguiendo sus ideas, aunque también las de otros ilustrados, se imponía una división estricta de las tres principales parcelas de poder. El poder preponderante correspondió lógicamente a la Asamblea legislativa²², haciendo de la ley el producto más perfecto de la Razón expresada por la voluntad popular.

Pero la Ley tenía que ser protegida de alguna forma de los ataques del resto de poderes. No se ocuparon tanto los revolucionarios de los ataques que pudieran venir a la Ley por parte del Poder ejecutivo²³. Pero sí era muy temible, a sus ojos, la labor del Poder judicial en la interpretación y aplicación de la Ley. El problema no era nuevo, puesto que el Rey, en el periodo anterior, había tenido que luchar contra las rebeldías feudalizantes de los jueces del Antiguo Régimen, que en expresión de una voluntad de autonomismo de la nobleza local opuesta al centralismo absolutista, a través de las sentencias habían mostrado tales rebeliones a la norma emanada del Soberano, que ésta acababa, en muchas ocasiones, por no ser aplicada.

Los revolucionarios no quisieron que les ocurriera lo mismo²⁴, y por ello, inspirándose en algunos de los remedios que el Antiguo Régimen había creado para sofocar estas rebeliones, como el *Conseil de parties*²⁵, crearon el *Tribunal de cassation*, cuya misión habría

¹⁸ SATTA, Salvatore, *Passato e avvenire della Cassazione*, Riv. T. Dir. Proc. Civ., 1962, p. 946 y ss.

¹⁹ Por mi parte, me ocupé por dos veces de realizar esa tarea histórica, tanto para la casación civil, en NIEVA FENOLL, *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Barcelona 1998, pp. 19 y ss, como para la casación penal en NIEVA FENOLL, *El hecho y el derecho en la casación penal*, Barcelona 2000, pp. 23 y ss. En dichas obras me he basado en los estudios antes citados, así como en otros muchos que sería farragoso citar en este momento. Para completar la explicación que daré a continuación, me remito por tanto a esas dos obras.

²⁰ CALAMANDREI, Piero, *La Cassazione civile*. Vol I. Milano 1920, en: "Piero CALAMANDREI, Opere Giuridiche", Vol. VI. Morano Editore, 1976, p. 399.

²¹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Libro XI, Cap. VI. 1748.

²² Aunque esta no había sido la voluntad de MONTESQUIEU, quien concibió un equilibrio total entre los tres poderes: "*Ces trois puissances devraient former un repos ou une inaction*", se lee en la cita referida.

²³ Aunque sí que se había teorizado sobre este problema: MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, op. et loc. cit., "*Lorsque, dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté*".

²⁴ CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit. pp. 381-382.

²⁵ Órgano del *Conseil du Roi* que tenía la misión de vigilar y prevenir como órgano ejecutivo (no judicial) estas rebeliones.

de ser simplemente anular (*casser*), sin motivar en absoluto²⁶, las sentencias de los jueces que se desviaran flagrantemente del dictado de la Ley emanada de la Asamblea, reenviando después el caso al juez de instancia para que dictara nueva sentencia, respetando de ese modo la parcela de poder del Judicial. Hasta ese extremo llegó el respeto revolucionario por la división de poderes. Ese órgano, por lo demás, cuya ubicación dentro de los tres poderes del Estado nunca estuvo clara –si bien se dijo finalmente que estaba *auprès du corps législatif*, que de hecho era lo más lógico, visto lo explicado– constituye el antecedente directo de los tribunales supremos europeos, y en su misión se halla el origen de la casación.

Pero como se ve, su misión difiere en un punto de manera sustancial de la actual de los tribunales de casación. En un origen, el *Tribunal de cassation* no elaboraba jurisprudencia, por una parte porque no podía elaborarla ya que no era un órgano jurisdiccional, y por otra porque es muy posterior en el tiempo la idea de que a través de la elaboración de una jurisprudencia uniforme podía orientarse a los tribunales inferiores, que de ese modo respetarían la Ley, no destruyéndola a través de interpretaciones divergentes. De hecho, si se consulta la doctrina actual, esta última idea, a pesar de hallarse en el subconsciente jurídico colectivo, no siempre se expresa con la necesaria claridad, confundándose con frecuencia el medio, la unificación de la jurisprudencia, con el fin, que no es otro que la preservación del ordenamiento jurídico en su conjunto. Más adelante nos ocuparemos de esas cuestiones.

Lo que han sido la casación y los tribunales de casación en los diferentes países europeos después de ese momento histórico, ha dependido sobre todo de dos factores, que pueden situarse en pie de igualdad: la economía procesal y la protección del derecho del litigante.

Lógicamente, el sistema de reenvío al tribunal inferior resultaba antieconómico y de muy poca funcionalidad, puesto que el tribunal de instancia podía discrepar del criterio del tribunal de casación, dictando sentencias con infracciones legales más o menos encubiertas, pero desde luego, separándose del criterio del tribunal de casación, lo que motivaba una nueva casación contra la nueva sentencia, y así sucesivamente. Por ello en España, por ejemplo, la casación, salvo en un momento muy inicial²⁷, nació ya sin reenvío²⁸, o en Francia, muy pronto, se limitó este sistema, que en un principio había sido concebido *ad infinitum*. Por otra parte, la realidad sociológica mostró que el tribunal de casación no podía limitarse a anular sentencias sin más, sino que tenía que explicar las razones de la anulación, fuera por prevenir nuevas casaciones orientando al juez que había emitido la sentencia casada para que dictara nueva sentencia, fuera por darle al recurrente una respuesta

²⁶ Porque como vamos a ver, a pesar de su denominación, no era un órgano jurisdiccional.

²⁷ El recurso de nulidad del Decreto de 4 de noviembre de 1838, sí disponía el reenvío. Pero su existencia fue efímera. Vid. VÁZQUEZ SOTELO, *La casación civil (revisión crítica)*, Barcelona 1981, p. 29.

²⁸ SERRA DOMÍNGUEZ, *Del recurso de casación*, en: “AAVV, Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, Madrid 1985, p. 794.

razonada a su recurso. Ambas cosas protegían en el fondo el derecho de ese recurrente, que en realidad, era el impulsor de los recursos de casación, y el que con su labor posibilitaba que el sistema funcionase. Este punto de vista tuvo en España un peso fundamental en la configuración de la casación, como veremos después.

Así nació la jurisprudencia moderna de los tribunales de casación, y así se ha mantenido durante varios decenios, hasta que tendencias provenientes del mundo anglosajón, que solamente tienen un sentido en un sistema jurídico en el que rige la vinculación al precedente²⁹ –y desde luego no en el nuestro en el que no rige– están acrecentando una tendencia de los legisladores europeos a reducir el número de asuntos pendientes ante los tribunales de casación, tratando de hacer cada vez más posible que sean los propios tribunales de casación los que, de forma más o menos discrecional, escojan los casos de los que quieren conocer, lo que no resulta de recibo, precisamente en un momento de profunda dispersión jurisprudencial como el actual³⁰. Los tribunales de casación deben tener la posibilidad de llegar a todos los recovecos del ordenamiento jurídico, y en la actualidad no es nada fácil que los tribunales de casación se pronuncien sobre multitud de cuestiones relevantes, incluso queriendo pronunciarse sobre ellas, como veremos más adelante³¹.

2.- Generalidades sobre los Tribunales Superiores de Justicia.

No es baladí realizar unas cuantas consideraciones sobre los Tribunales Superiores de Justicia, antes de acometer el estudio de la casación gallega. La historia de su nacimiento es poco menos que sorprendente. Y la razón de su existencia en el estado de las autonomías da mucho que pensar, ante todo observando modelos de derecho comparado, incluso de estados federales. Aunque en cierta medida el análisis de estas cuestiones exceda la materia de este estudio, como decimos, es beneficioso sacar del olvido algunos datos que el tiempo ha ido dejando de lado.

a).- Antecedentes históricos. Razones de su existencia.

Creo que no se exagera si se afirma que los Tribunales Superiores de Justicia deben su existencia al Parlamento. Y no estoy diciendo una redundancia, aunque pueda parecerlo.

²⁹ Nos ocupamos ya de este tema en NIEVA FENOLL, *El hecho*, cit. pp. 281 y ss.

³⁰ En el mismo sentido, RAMOS MÉNDEZ, *Guía para una transición ordenada a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona 2000, p. 489.

³¹ Contraviniendo con ello la profecía que realizaba SATTÀ, *Passato*, cit. p. 965, en 1962: “*come si è perduta l’idea mistica della Legge, così si perderà l’idea della scissione della cassazione dal giudizio che ancora permane, e nei limite in cui permane*”.

Quiero decir que si los Tribunales Superiores de Justicia existen actualmente, no es gracias a un proyecto gubernamental aprobado por una sumisa mayoría parlamentaria que le da cobertura formal, falseando en realidad la división de poderes, que es lo que suele ocurrir. Al contrario, los citados órganos jurisdiccionales deben su existencia directamente al Legislador³².

Fue en los debates parlamentarios constituyentes donde se gestaron los Tribunales Superiores de Justicia³³. De manera bastante sorprendente al parecer³⁴, Miquel ROCA i JUNYENT, en la línea de intentar recuperar, en la medida de lo posible, el *Tribunal de Cassació* catalán de la Segunda República³⁵, –cuya existencia había tolerado la Constitución de 1931³⁶– propuso la participación de las Comunidades Autónomas en el ámbito judicial a través (en lo que ahora nos interesa destacar) de la creación de unos Tribunales Superiores de Justicia, completando de ese modo con respecto al tercer poder, las atribuciones que ya se habían conferido en materia legislativa y ejecutiva. La enmienda fue formulada *in voce*, casi en el último momento, y en el marco de un probablemente calculado desinterés inicial táctico del resto de parlamentarios que ha quedado claramente reflejado en el Diario de Sesiones, como destacó en su día con acierto PÉREZ GORDO³⁷.

Consciente ROCA i JUNYENT de la trascendencia de cuanto estaba diciendo, y sobre todo en el momento histórico en que se estaba diciendo (a una distancia temporal casi

³² La génesis legislativa está muy documentada. Aparte de los autores que se citarán, DÍAZ VALCÁRCEL, *Poder Judicial*, cit. pp. 95 y ss. ELIZALDE PÉREZ, *El principio de unidad*, cit. pp. 1100 y ss. DE ELIZALDE Y AYMERICH, *La jurisprudencia*, cit. p. 1053 y ss. CORDÓN MORENO, *El recurso de casación*, cit. pp. 25 y ss. GARBERÍ LLOBREGAT, *Aproximación*, cit. pp. 1287 y ss. BARONA VILAR, *El Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas; en especial, el de la Comunidad Valenciana*, Revista Valenciana d'Estudis Autònoms, 1987, nº 7, pp. 394 y ss.

³³ Sobre toda la génesis es imprescindible la lectura, aparte del Diario de Sesiones, de PÉREZ GORDO, Alfonso, *El Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas*, Barcelona 1982, pp. 13 y ss. En concreto, en este caso, se repartieron, en el acto, dos hojas de papel mecanografiadas con el texto de la enmienda, hecho que fue protestado por el diputado de Alianza Popular, Sr. Carro Martínez por falta de tiempo para reflexionar sobre la enmienda.

³⁴ Al menos por lo que ha quedado reflejado en el diario de sesiones. No así por las negociaciones que debieron preceder forzosamente a la enmienda que vamos a comentar, celebradas a buen seguro entre todos los grupos parlamentarios más relevantes, salvo el de Alianza Popular, lo que se deduce de la marcha de los debates, que veremos seguidamente.

³⁵ Dijo ROCA: “no quiero ocultar que, desde mi perspectiva territorial, con ello estamos intentando recuperar, en una línea constitucional actual, lo que fue para la Generalitat el Tribunal de Casación”. Diario de sesiones, 16 de junio de 1978.

³⁶ Art. 14.11 de la Constitución de 9-12-1931: “Son de la exclusiva competencia del Estado español la legislación y la ejecución directa en las materias siguientes: (...) Jurisdicción del Tribunal Supremo, salvo las atribuciones que se reconozcan a los Poderes regionales.”

³⁷ PÉREZ GORDO, *El Tribunal Superior de Justicia*, cit. p. 16.

equidistante entre la muerte de Franco (1975) y el intento de golpe de Estado (1981)), matizó al final de su parlamento que “*se quiere decir que, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 115, que señala el ámbito judicial en todo el Estado del Tribunal Supremo, las sucesivas instancias procesales se agotarán ante órganos judiciales o jurisdiccionales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en el que esté el órgano competente en la primera instancia.*”

Con todo ello se pretendía, sin duda, evitar suspicacias ante la propuesta. En primer lugar, la enmienda no solamente se realizaba para Cataluña, lo que ya de entrada, en la época debió querer ser una buena “tarjeta de presentación”, aunque quizás sólo para algunos. Y además, se dejaba a salvo la competencia funcional del Tribunal Supremo. Esto último, lógicamente, era lo único que habría de provocar dudas, solamente ocasionadas, a mi entender, por el evidente “resbalón” retórico de citar en el discurso transcrito al *Tribunal de cassació* republicano, es decir, prácticamente mentar la soga en casa del ahorcado, si se me permite la expresión. Casi se “obligó” con ello al diputado del grupo de Alianza Popular a intervenir, para evitar que las Comunidades Autónomas asumieran un recurso de casación que menoscabara el papel casacional del Tribunal Supremo.

Pero finalmente no fueron tantas las dudas. Efectuada la enmienda, se adhirieron a ella con pocas matizaciones, casi automáticamente, el Grupo vasco, el Grupo socialista y el resto de grupos, sólo manifestando inquietudes relevantes, como ha quedado dicho, el grupo de Alianza Popular. Pero dichas inquietudes fueron rápidamente sofocadas por boca de Gregorio PECES-BARBA, del grupo socialista, convenciendo con bastante celeridad y mucha retórica³⁸, y con una debilidad de argumentos que hoy sorprende, a CARRO MARTÍNEZ, de que en el fondo no iban a cambiar tanto las cosas, sino que poco menos que se iba únicamente a rebautizar a las entonces existentes Audiencias Territoriales³⁹, y se

³⁸ Se utiliza, por dos veces en muy poco tiempo, el antiquísimo recurso retórico de hacer suponer al interlocutor unos conocimientos que sabe el orador de antemano que no tiene, para que asuma unas afirmaciones contrarias a su modo de pensar. “*Como sabe el señor CARRO*”, dijo PECES-BARBA en dos ocasiones.

³⁹ Merece la pena reproducir la intervención de PECES-BARBA: “*En primer lugar, el tema del Tribunal Superior o Tribunal de Casación de Cataluña, que ahora se llamará Tribunal Superior, no supone en absoluto el quitar la competencia o hacer desaparecer la competencia establecida en el artículo 115 a favor del Tribunal Supremo. Sin embargo, entendemos, como sabe el señor CARRO, que no todos los asuntos, no todas las pretensiones procesales que se plantean ante los Tribunales de Justicia se agotan en el recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Los Tribunales Superiores de las Comunidades Autónomas recogerán todas aquellas pretensiones que se agotan en órganos jurisdiccionales que no son el Tribunal Supremo. Existen, por ejemplo, como sabe el señor CARRO, los procedimientos de arrendamientos urbanos, que acaban en las Audiencias Provinciales, y existen muchos procedimientos, como el de menor cuantía, que concluyen su vía procesal en las Audiencias Territoriales. Hay dos cosas que entiendo se quieren decir aquí. En primer término, que el Tribunal Superior de Justicia culminará en la Comunidad Autónoma todos esos asuntos que agotaban el ámbito de lo contencioso en órganos jurisdiccionales inferiores al Tribunal Supremo. Y, en segundo lugar, que se recogen también como juzgados en última instancia por el Tribunal Superior de Justicia todos aquellos asuntos que están en el ámbito de las competencias propias del derecho específico, del Derecho especial de una Comunidad Autónoma.*”

iba a posibilitar que los Tribunales Superiores de Justicia conocieran del derecho propio de las Comunidades Autónomas, incurriendo con todo ello en un embrollo verbal con diversos errores de fondo⁴⁰, errores que no fueron advertidos por CARRO MARTÍNEZ⁴¹, sino que, bien al contrario, tras un receso en la sesión, votó a favor de la enmienda, que fue aprobada por unanimidad, aunque puntualizando en su intervención final, y aprovechando para rectificar errores de las anteriores, que “*la Casación siempre corresponde, siempre quedará atribuida al Tribunal Supremo*”.

De ese modo se conseguía que desde la propia Constitución (art. 152.1.II y III⁴²) se reconociera a los Tribunales Superiores de Justicia, únicos órganos jurisdiccionales que cita la misma al margen del Tribunal Supremo y, lógicamente, del Tribunal Constitucional. Y como no podía ser de otro modo, visto lo visto, tras la aprobación de la Constitución las palabras citadas de CARRO MARTÍNEZ quedaron en nada. Poco después, la comisión mixta Congreso-Senado rechazaba una enmienda de la extinta Unión de Centro Democrático, en el sentido de especificar que la casación era competencia exclusiva del Tribunal Supremo⁴³. Y apenas un año más tarde se aprobaban los Estatutos de autonomía del País Vasco y Cataluña (LLOO 3/1979 y 4/1979 de 18 de diciembre), que conferían respectivamente en sus arts. 14 y 20, la casación en las materias de derecho civil propio, a “*los órganos jurisdiccionales*” de la Comunidad Autónoma, sin especificar el concreto órgano jurisdiccional que habría de conocer de dicha casación, lo que es sumamente revelador de lo sucedido. Dos años más tarde (LO 1/1981 de 6 de abril) habría de aprobarse el Estatuto de autonomía de Galicia, en cuyo art. 22 se vino a decir lo mismo.

Sin embargo, que los Tribunales Superiores de Justicia se encargarían de esos recursos de casación estaba ya en la mente de todos. No obstante la prudencia formal de los redactados de los Estatutos de autonomía, era evidente que la casación debía ser un recurso destinado al más alto órgano jurisdiccional del territorio autónomo. Y dicho órgano no podría

⁴⁰ Destacados por PÉREZ GORDO, *El Tribunal Superior de Justicia*, cit. p. 27.

⁴¹ Lo que no puede extrañar si se piensa que este último diputado acababa de afirmar en su intervención anterior que “...*parece que aquí se quiere establecer un Tribunal de Casación –así se nos ha dicho–, es decir, un Tribunal último que, con carácter regional, sea la última instancia, o sea, el que case, por la infracción de forma, todos los asuntos en que pueda intervenir dentro de las comunidades autónomas*”. Creo que, como procesalista, es prudente omitir cualquier comentario sobre esta intervención, y desde luego, sobre la del Sr. PECESBARBA.

⁴² *Un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. (...) Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 123, las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia.*”

⁴³ Refiere y comenta dicha enmienda CORDÓN MORENO, Faustino, *El recurso de casación por infracción de ley foral*, Revista Jurídica de Navarra, nº 6, vol. I, 1988, pp. 29-30.

ser otro que el Tribunal Superior de Justicia. Por ello, se produjo una muestra patente de sorpresa y perplejidad entre la doctrina de la época, viniendo a afirmar, vanamente, muchos de los juristas, y con razón, que “eso no era lo que se había hablado”⁴⁴.

Sea como fuere, los Estatutos habían sido aprobados por Ley Orgánica, siendo por tanto fruto del consenso político alcanzado. El art. 73.1.a de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, dejando en el olvido el debate constituyente originario, no hizo sino reconocer la situación fáctica creada por los Estatutos, y con ello los Tribunales Superiores de Justicia tenían por fin una creación y una atribución competencial respetuosa con el contenido esencial del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley.

Como se ve, en el fondo, la historia parlamentaria del nacimiento de los Tribunales Superiores de Justicia no fue fruto de un debate de técnica procesal, claramente arrinconada, sino de la contienda política, muy virulenta en la época, entre dos ideas de Estado llenas de nostalgia: La de los nostálgicos republicanos, y la de los nostálgicos del régimen inmediatamente anterior. Y lo curioso del caso es que dicha contienda no la ganaron ni unos ni otros en esta ocasión. Los Tribunales Superiores de Justicia acabaron existiendo, pero, como contrapeso, no como órganos autonómicos, sino estatales. Además se les encomendó la casación, pero, en compensación, de una manera muy menguada y que no ha hecho más que provocar problemas durante estos años⁴⁵. Por último, las veces en que han intervenido los Tribunales Superiores de Justicia han sido poquísimas, siendo unos órganos jurisdiccionales vergonzosamente infrutilizados, al menos en sus Salas de lo Civil-Penal. En definitiva, los nostálgicos republicanos lograron su objetivo: que la Constitución reconociera un germen de organización jurisdiccional federal. Pero el grupo opuesto consiguió que los Tribunales Superiores de Justicia fueran órganos jurisdiccionales estatales y en buena medida inoperantes en lo civil.

El último capítulo de esta historia lo ha escrito la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. Consciente de esta situación, el Legislador ha decidido ampliar la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia, de una manera que después analizaremos, pero en la que es prácticamente imposible, si lo desea uno de los litigantes, que un asunto pendiente de

⁴⁴ Entre otros muchos, DOMÍNGUEZ MARTÍN, Salvador, *El poder judicial y los procesos autonómicos*, en: “Consejo General del Poder Judicial, *Jornadas de Estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*”, Madrid 1983, pp. 654-655. PÉREZ GORDO, *El Tribunal Superior de Justicia*, cit. pp. 102-103, y específicamente para la casación gallega, CARBALLAL PERNAS, Ramón / MOVILLA ÁLVAREZ, Claudio, *La casación y los Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas*, en: “Consejo General del Poder Judicial, *Jornadas de Estudio sobre el Consejo General del Poder Judicial*”, Madrid 1983, p. 624.

⁴⁵ Aunque hay más trabajos sobre la cuestión, es muy ilustrativa la lectura del trabajo de CORBAL FERNÁNDEZ, Jesús Eugenio, *Recurs de cassació davant dels Tribunals Superiors de Justícia*, en: “AAVV, *Autonomia i Justícia a Catalunya*”, Barcelona 1993, pp. 197 y ss, que da buena cuenta, si bien en un tono francamente optimista, de todos esos problemas.

casación llegue a ser competencia del Tribunal Supremo, sobre todo en algunas Comunidades Autónomas con un derecho civil propio especialmente desarrollado. Las consecuencias políticas de todo ello las analizo más adelante.

b) Adaptación de la casación autonómica al modelo de Estado.

Si se tiene bien presente toda la historia relatada, sin apasionamientos, es bastante evidente que aunque los Tribunales Superiores de Justicia tengan una ubicación clara en la organización jurisdiccional estatal, no fueron ideados para el modelo de Estado al que al final han servido, al menos en el orden civil.

Sin embargo, estimo que el problema fue planteado desde un punto de vista erróneo, y además utilizando a la casación como excusa, que como “*magnífica y sofisticada obra de ingeniería jurídica*”⁴⁶ que es, se presta poco a ser un instrumento de consenso en estas disputas de corte político. La casación, por definición, tiene que ser única para todo un Estado, con independencia de que éste sea o no federal, en tanto en cuanto los estados federados compartan un mismo ordenamiento jurídico. Dicho de otro modo, casación y Poder Legislativo están indisolublemente unidos⁴⁷. El problema no es tanto el modelo de estado, como el derecho aplicable. Cuando el ordenamiento es en parte común y en parte privativo, el esquema se complica muchísimo si se desea ser respetuosos con todas las aspiraciones políticas, que es lo que ha ocurrido en realidad, aunque de hecho, no en mayor medida que en el reparto de competencias de los otros dos poderes del Estado.

Los Tribunales Superiores de Justicia podrían existir en cualquier modelo de Estado. La denominación⁴⁸ fue calculadamente rimbombante para satisfacer a unos y a otros. Se evitaba la palabra “supremo”, y se añadía el innecesario calificativo “de justicia”, *ad pompam vel ostentationem*. Pero al margen de ello, reitero, son órganos que podrían existir en cualquier Estado, incluso con esa denominación.

El problema, como digo, no es el Tribunal, sino la casación, concebida para la defensa de la Ley en un determinado territorio en el que existen diversos órganos jurisdiccionales que aplican la misma Ley, fruto de un mismo Poder Legislativo. Partiendo de esta definición, las casaciones autonómicas dependen de la existencia de derecho propio de la

⁴⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, en este caso, *Del recurso de Casación*, en: “La reforma de los procesos civiles (Comentario a la Ley 10/92 de medidas urgentes de reforma procesal)”, Civitas, Madrid 1993, p. 215.

⁴⁷ Recuérdese que los revolucionarios franceses establecieron con acierto al *Tribunal de cassation*, “*auprès du corps législatif*”, que es lo lógico.

⁴⁸ Vid. al respecto NÚÑEZ VIDE, *Competencias*, cit. p. 16.

Comunidad Autónoma⁴⁹. Pero el hecho de ser muy difícil hallar casos en los que la norma jurídica alegada como motivo de casación sea exclusivamente autonómica, provoca que si se desea que los Tribunales Superiores de Justicia sigan conociendo de la casación, debe permitírseles la interpretación del derecho estatal, como así ha sucedido hasta el momento. Pero con el problema de que si realizan interpretaciones divergentes a las que ofrece el Tribunal Supremo, la discrepancia jurisprudencial está servida, y además sin la existencia de cauce alguno para remediarla, puesto que contra las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia no cabe recurso alguno. Y ese resultado no es coherente con el reparto competencial, puesto que si las asambleas autonómicas no pueden legislar sobre materias de competencia exclusiva del Estado, no puede consentirse, porque no es coherente, que Tribunales de ámbito territorial idéntico al de los parlamentos autonómicos, puedan ejercer jurisdicción, puedan determinar, irrevocablemente, el derecho en el caso concreto⁵⁰, de manera divergente a los dictados del Tribunal Supremo, y ello a pesar de que se trate de órganos jurisdiccionales estatales.

Ante este problema existen tres soluciones, casi todas de amplio calado político:

- Puede asumirse otro modelo de Estado en el que el poder legislativo no pertenezca a un parlamento centralizado. La casación autonómica tiene entonces plenos sentidos y eficacia.
- O bien, vinculando la casación con la existencia del poder Legislativo, como debiera haberse hecho desde un principio, puede suprimirse el poder legislativo autonómico derogando a su vez la casación autonómica. Pero ello tampoco es coherente con el *statu quo* histórico y político actual, y de hecho, no parece razonable que ocurra una barbaridad semejante.
- Puede, por último, crearse una mutua vinculación al precedente entre Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia. Cuando el Tribunal Supremo aplique derecho autonómico, debería someterse a los dictados del Tribunal Superior de Justicia que corresponda. Y cuando los Tribunales Superiores de Justicia apliquen derecho estatal, deberían someterse a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Pero ello provocaría serias dudas de constitucionalidad con respecto al art. 123 de la Constitución, que proclama que el Tribunal Supremo es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes. Y además, el sistema anglosajón de vinculación al precedente es claramente contrario al art. 12.3 L.O.P.J.⁵¹, que dispone acertadamente

⁴⁹ Con respecto a las normas procesales, vid. sobre esta cuestión GIMENO SENDRA, *El recurso extraordinario por infracción procesal*, RGD, 1998, p. 8892.

⁵⁰ Según la definición de SERRA DOMÍNGUEZ, *Jurisdicción*, en: "Estudios de Derecho Procesal", Barcelona 1969, p. 50.

⁵¹ En sentido similar, HERRERO PEREZAGUA, *La "recuperación" de la casación aragonesa (comentario al auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 14 de julio de 1998)*, Derecho Privado y Constitución, 1998, p. 318.

que los órganos jurisdiccionales no pueden dictar “*instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional*”, porque, como dispone el párrafo primero de ese mismo artículo 12, “*los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial*”

Pueden parecer soluciones extremas las propuestas, pero no existen otras alternativas coherentes, partiendo del esquema casacional. Lo que tenemos actualmente, y siento decirlo, es un engendro jurisdiccional, del que si no se han extraído sus perniciosas consecuencias prácticas ha sido simplemente por razones políticas, y por la prudencia que han demostrado los Magistrados que hasta el momento han integrado los Tribunales Superiores de Justicia y el Tribunal Supremo.

Si se desea mantener el actual modelo de Estado, una alternativa menos traumática sería eliminar la casación autonómica, haciendo del recurso ante los Tribunales Superiores de Justicia, una segunda apelación, es decir, una tercera instancia, lo que sí que cumpliría, por cierto, desde la dogmática procesal, el mandato constitucional del art. 152.1.III C.E., que dispone que las “*sucesivas instancias procesales*” “*se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma*”. Esa opción de la tercera instancia⁵², limitada en algún sentido, estableciendo la casación estatal como un auténtico recurso extraordinario, sería más lógica que el esquema que tenemos en la actualidad, e incluso mucho más razonable que el que pretendió el Legislador de la Ley 1/2000, como veremos después.

Sin embargo, no debo concluir las líneas de este epígrafe sin una última reflexión. El hecho de que las Comunidades Autónomas posean derecho civil propio, podría fundamentar la existencia de casaciones regionales para proteger dicho derecho a través de la creación de una jurisprudencia uniforme. Sin embargo, el problema vuelve a ser que el derecho propio de una comunidad autónoma no solamente es aplicable en la misma, lo que hace renacer el problema, siendo posible que, por ejemplo, una norma gallega sea interpretada en modo distinto por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por ejemplo, e incluso por el Tribunal Supremo, lo que no parece aceptable⁵³. De nuevo, la solución podría estar en la vinculación al precedente, pero ello volvería a producir los problemas que antes expusimos. De todos modos, no perdamos de vista de momento la idea de vincular derecho civil propio con casación regional. Más adelante volveremos sobre la misma.

⁵² A pesar de hacer más largo y costoso el proceso, como argumentaba PÉREZ GORDO, *Problemática procesal*, cit. p. 2327, quien descartaba esta opción por esa razón.

⁵³ Vid. sobre la cuestión, VALLS GOMBAU, *Las competencias civiles*, cit. p. 341. MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil*, cit. pp. 421 y 427.

c) Órganos Jurisdiccionales con funciones similares en el Derecho Comparado.

Que todas las afirmaciones anteriores no son fruto de una ideología política, lo demuestra claramente el derecho comparado más próximo a nosotros, puesto que la casación regional es prácticamente inédita en el mismo.

Centrándonos en los países de nuestro entorno con una estructura estatal comparable en alguna medida a la nuestra, se observará que algo semejante a la casación ante los Tribunales Superiores de Justicia no existe ni en Francia ni en Italia⁵⁴. Pero que ello ocurra en estos dos países es lógico, puesto que ni los departamentos franceses ni las regiones italianas poseen derecho privado propio⁵⁵.

Pero acudamos a los Estados Federales. En este sentido, sólo Alemania ha ofrecido a los *Länder* la posibilidad de configurar un sistema parangonable con el nuestro. Y de hecho, solamente uno de esos *Länder* o Estados Federados, Baviera⁵⁶, ha hecho uso de la posibilidad que ofrecen los §§8 y ss de la EGGVG para constituir un Tribunal Supremo del *Land* (*Oberstes Landesgericht*), siempre que exista en dicho *Land* más de un Tribunal Superior del *Land* (*Oberlandesgericht*), que no es sino el tribunal de apelación en los casos más importantes. Este Tribunal Supremo del Land de Baviera⁵⁷ tiene competencia –para lo que ahora analizamos– en el orden civil.

Enfrentado el Legislador alemán con el mismo problema que el español, dado que los Parlamentos de los *Länder* pueden legislar en materias de derecho civil⁵⁸, propone una

⁵⁴ En este caso, parece ser que por temor a la disgregación de un Estado recientemente unificado, como argumenta LA CHINA, Sergio, *Unità della giurisdizione e autonomie locali: L'esperienza italiana*, en: "AAVV, *La casación foral y regional*, Madrid 1993, p. 132, a pesar de haber existido casaciones regionales como residuo de la época anterior a la Unificación, y que fueron suprimidas en 1923 bajo el dominio del fascismo.

⁵⁵ Para Italia, LA CHINA, *Unità*, cit. p. 136.

⁵⁶ Tenían también esta posibilidad tres *Länder* más: Baden-Württemberg, Niedersachsen y Nordrhein-Westfalen. Vid. al respecto, GRUNSKY, Wolfgang, *Comentarios*, en "STEIN/JONAS, *Kommentar zur ZPO*. 21ª Ed. Tomo 5º, Subtomo 1º, § 565. Edit. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1994", pp. 305-306.

⁵⁷ *Bayerisches Oberstes Landesgericht*. Sobre este tribunal cabe consultar la obra de HERBST, Gerhard, *Das Bayerische Oberste Landesgericht. Geschichte und Gegenwart*, München 1993.

⁵⁸ Curiosamente, en la forma, con más amplitud que en España, puesto que la legislación civil no está establecida en la *Grundgesetz* como competencia exclusiva del Estado, a diferencia de lo que ocurre en nuestro país, sino simplemente concurrente (art. 74.1 GG). Sin embargo, el margen es más estrecho en realidad, puesto que acudiendo al art. 72 de la misma norma fundamental, encontramos que los *Länder* sólo pueden legislar en materias de competencias concurrentes, si el Estado no ha legislado ya sobre ellas. La regla tiene no obstante una excepción, que aunque pueda parecer restrictiva resulta también, a mi juicio, bastante razonable, naturalmente, si se hace buen uso de ella. El Estado puede autorizar al *Land* para legislar sobre esas materias acerca de las cuales ya ha legislado el Estado con anterioridad, pero siempre que no exista un peligro de disgregación jurídica o económica en la federación o de desequilibrio para los ciudadanos de los diferentes *Länder*.

solución algo más radical, pero desde luego mucho más coherente que la que ha arbitrado el Legislador español. Según el §8.2 EGGVG, el *Oberstes Landesgericht* puede conocer en materia civil de una *Revision*⁵⁹ de la que hubiera debido conocer en condiciones normales el *Bundesgerichtshof*, el equivalente a nuestro Tribunal Supremo. Sin embargo, esta competencia está limitada a que no se alegue como motivo de casación la vulneración de una norma de derecho federal (estatal), a menos que la *Revision*, a pesar de ello, se funde, “predominantemente”⁶⁰, en la vulneración de una norma de derecho propio del *Land*⁶¹.

Ni qué decir tiene que la competencia objetiva del *Oberstes Landesgericht*, en estas condiciones, es bastante pequeña si se compara con la competencia de la que gozan nuestros Tribunales Superiores de Justicia, que hasta el momento, alegada una norma foral, sólo remitían el asunto al Tribunal Supremo si se alegaba un precepto constitucional (art. 5.4 L.O.P.J.).

Pero aunque sea más restrictivo el sistema, por lo menos es más lógico. Recordemos el postulado: Una misma legislación para un territorio, un tribunal de casación. Desde ese punto de vista es obvio que no puede consentirse que la norma que se aplica en todo un Estado, aunque sea federal, tenga tantas interpretaciones diferentes cuantos estados compongan la federación, porque ello es contrario al propio sentido de la casación. De hecho, en ese caso, más valdría suprimir la casación estatal.

Claro es que podrían invertirse los términos. Existiendo un Legislador en el estado federado, podría decirse que dicho estado debe tener también su tribunal de casación. Y, desde luego, como afirmación teórica es intachable. Pero decae inmediatamente si nos damos cuenta de que una norma de derecho propio de la región de que se trate, por más propia que sea, no solamente es aplicable en dicha región. Especialmente este es el caso de España, donde el derecho aplicable a una relación jurídica se decide a partir de la vecindad civil (art. 14 del Código Civil), lo cual hace posible que de un litigio de derecho gallego puedan eventualmente decidir los tribunales catalanes, aplicando eso sí la ley gallega⁶².

⁵⁹ Recurso que viene a equivaler a nuestra casación, con algunas diferencias. Vid. sobre el mismo, NIEVA FENOLL, *El recurso de casación*, cit. pp. 40 y ss.

⁶⁰ La traducción literal de “*im wesentlichen*” en este contexto sería “esencialmente”, pero entiendo más explicativa la traducción que propongo.

⁶¹ §8.2 EGGVG. *Diese Vorschrift findet jedoch auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, in denen die Entscheidung Bundesrecht in Betracht kommt, keine Anwendung, es sei denn, daß es sich im wesentlichen um Rechtsnormen handelt, die in den Landesgesetzen enthalten sind.*

⁶² Observó hace bastante tiempo este problema con respecto sobre todo a la colisión entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia, SERRA DOMÍNGUEZ, *Del recurso de casación*, cit. p. 801.

Todo lo expuesto no hace sino confirmar las dificultades de la casación autonómica que antes anunciábamos, especialmente en España. Tenemos un sistema legislativo y jurisdiccional que en la relación Estado-Comunidades Autónomas, no es coherente con la disposición de un recurso de casación, puesto que ni los Tribunales Superiores de Justicia garantizan la uniformidad de interpretación de la norma de derecho propio de su Comunidad, ni el Tribunal Supremo cumple su función casacional, al no haber recurso alguno contra las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que apliquen el derecho estatal. Es este un resultado pernicioso para el que deberían buscarse soluciones, puesto que no podemos estar confiando siempre en que va a haber paz jurisprudencial entre los órganos jurisdiccionales citados. Además, la existencia de discrepancias jurisprudenciales destruye la norma jurídica, con lo cual la casación se convierte en un instrumento inútil, resultado que no puede admitirse.

3.- Naturaleza jurídica de la casación gallega.

No es posible extenderse en este particular en un trabajo como el actual. Sin embargo, es preciso indicar unas cuantas notas características al respecto, que se irán desarrollando después.

A pesar de cuanto después analizaremos, sobre todo para no adelantar conclusiones, debe decirse que la casación gallega no tiene, en cuanto a su naturaleza jurídica, relevantes rasgos distintivos que la separen del resto de casaciones autonómicas, e incluso de la casación en general.

Puede mantenerse que la casación es un recurso de naturaleza extraordinaria⁶³, fundamentalmente porque su cognición está limitada de un modo relevante en dos posibles sentidos, independientes o cumulativos, según de qué casación en concreto se trate: En primer lugar, el tribunal de casación no puede conocer de cualesquiera errores cometidos por el Juez de instancia en la sentencia recurrida, sino solamente de aquellos que la ley señale como motivos de casación. Y en segundo lugar, dentro del ámbito de los errores de los que puede conocer, no puede entrar a corregirlos de la forma que mejor le convenga, sino que debe seguir una serie de pautas que están marcadas en la ley, y que pueden provocar que un error, por flagrante que sea, no pueda ser corregido por el tribunal de casación. Y no me estoy refiriendo a cuestiones procedimentales, sino a asuntos tan delicados como la restricción a las cuestiones de derecho que, de manera correcta o incorrecta, se predica en general de la cognición de los tribunales de casación.

De esa forma, es evidente que descarto por completo que las trabas en la admisión del recurso, o la restricción de las resoluciones que sean recurribles, configuren la naturaleza

⁶³ Sobre esta naturaleza del recurso cabe consultar las STSJG 26-5-1997, FD 2º y STSJG 22-6-1998, FD 1º.

extraordinaria del recurso, fundamentalmente porque dichas características podrían concurrir en cualquier recurso ordinario, y seguir conservando el tribunal la misma cognición. Lo relevante, por tanto, es saber si con el recurso en cuestión se abre o no una nueva instancia. Y eso no depende de que sea más o menos fácil acceder al recurso, sino de que una vez que se accede, el examen que pueda realizar el tribunal de lo acaecido en la anterior instancia, sea o no restringido relevantemente.

Sentadas las ideas anteriores, cabe decir que la casación gallega es un recurso extraordinario, puesto que centrándonos en las restricciones a la cognición del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dispuestas tanto por la Ley de Enjuiciamiento Civil como por el art. 2 de la Ley 11/1993 de 15 de julio, es evidente que es necesario que el recurrente alegue uno de los errores que en dichas normas aparece señalado como motivo de casación. Más adelante veremos en qué medida es aplicable una y otra legislación, pero al margen de ello, es obvio que el Tribunal Superior de Justicia de Galicia no puede ir más allá del ámbito de los motivos de casación señalados en la normativa referida. Más adelante discutiremos si también concurre en la casación gallega la restricción a las cuestiones de derecho.

Cabría plantear también si el hecho de que un Tribunal de casación se especialice en el derecho foral, configura también su naturaleza extraordinaria. Debe responderse a tal cuestión que aunque conociera de manera exclusiva de ese derecho propio de la Comunidad Autónoma, que no es el caso como es sabido, no por ello diríamos que la naturaleza del recurso es ordinaria o extraordinaria, puesto que la fijación del ámbito del ordenamiento del que puede conocer un tribunal, es previa a la existencia de los recursos de que conoce. Y ello en el caso de las casaciones autonómicas es especialmente patente, si recordamos la historia que antes relatamos. Recuérdese que primero se previó la existencia de Tribunales Superiores de Justicia en la Constitución, habiendo partido de la afirmación/justificación parlamentaria de que se encargarían de conocer del derecho foral. Fue después cuando se creó la casación autonómica.

Pero incluso aunque la historia no hubiera sido de ese modo, es evidente que en la organización de un Estado moderno⁶⁴ primero establece el legislativo las leyes, y después se crean los tribunales que las aplican, al menos desde el punto de vista actual de nuestro sistema jurídico. Si mantuviéramos que la casación gallega es un recurso extraordinario porque se encarga exclusivamente de la protección de leyes gallegas, sería tanto como decir que la casación española es extraordinaria porque solamente protege a las leyes españolas. Además, ello serviría para mantener el carácter extraordinario probablemente de todos los tribunales españoles al menos, puesto que tienen atribuida la interpretación de una parcela del ordenamiento, por especialización en el orden al que pertenezcan. Todo ello sería un contrasentido, y lo hemos afirmado simplemente para demostrar la realidad de la conclusión alcanzada.

⁶⁴ No así en el nacimiento del derecho. Vid. al respecto NIEVA FENOLL, *El hecho*, cit. p. 103 y ss.

4.- *Fines de la casación gallega.*

En cuanto a las finalidades de la casación gallega, tampoco existen diferencias destacables con respecto al resto de casaciones autonómicas. Sí que existen distinciones importantes con respecto a la casación estatal, como vamos a ver.

Cuando la doctrina clásica ha explicado este tema de las finalidades de la casación, ha venido diciendo, por lo general, que debía hablarse en primer lugar del *ius constitutionis* o función nomofiláctica, función protectora de la norma jurídica, y del *ius litigatoris*, como función protectora del derecho del recurrente, habiendo normalmente fluctuado los autores entre los que consideraban que el primer fin era el preponderante, y los que abogaban más bien por una conciliación entre ambas finalidades del recurso. Por mi parte, sin renunciar a las citadas declaraciones doctrinales, he optado por reordenar la sistemática de estos fines en la manera que expongo a continuación.

a) *Fines aparentes de la casación.*

Se lee con bastante frecuencia en la doctrina que la realización de una jurisprudencia uniforme sería la finalidad principal de la casación⁶⁵, cuando esto en realidad no es así. También se dice que otra de las finalidades de la casación es la revocación de la sentencia que contiene el error denunciado como motivo de casación.

Empezando por la primera de las cuestiones, no puede sostenerse que la finalidad de un tribunal de casación sea la realización de una jurisprudencia uniforme. Lo que ocurre es que al ser uno solo el tribunal que se encarga de la casación, es inevitable, teóricamente, que dicho tribunal emita una jurisprudencia uniforme, salvo que desee ser contradictorio en sus propias sentencias. Además, jurisprudencia emiten en realidad todos los tribunales, no sólo el tribunal de casación. La diferencia estriba, reitero, en que el tribunal de casación es único para todo un territorio. A continuación veremos cuál es, pues, la utilidad de la existencia de esta jurisprudencia uniforme.

Pero antes de ello, debe destacarse que tampoco es un fin en sí mismo del recurso que estudiamos, la casación de las sentencias incursas en un error definido en un motivo de casación. Hay que decir no obstante que, en su origen revolucionario, como ya se examinó, la casación sí tuvo esta finalidad, puesto que el objetivo era borrar del mapa cualquier sentencia contraria a la Ley. De hecho, ni siquiera se motivaba la resolución del *Tribunal*

⁶⁵ Entre otros muchos, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (con GARBERÍ-LLOBREGAT), *Apelación y Casación en el proceso civil*, Colex, Madrid 1993, p. 170 y ss, y por GUZMÁN FLUJA, Vicente G., *El recurso de casación civil*, Tirant lo Blanc, Valencia 1996, p. 25 y ss. En sentido similar, ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, cit. p. 563.

de cassation, sino que dicha resolución se constreñía a decir que tal ley había sido contravenida expresamente.

Hoy en día, lógicamente, las cosas han cambiado, y cabe decir que siempre es útil una sentencia del tribunal de casación, sea ésta estimatoria o desestimatoria, por lo que la casación de la sentencia no pasa de ser una misión del tribunal de casación, igual que la elaboración de una jurisprudencia uniforme. Es su trabajo del día a día. Pero no cabe confundir las misiones que tenga un órgano jurisdiccional con las finalidades que posea el recurso de que conoce, que es lo que vamos a examinar en el punto siguiente.

b) Fines estrictos de la casación.

Fin principal de la casación civil es la protección del ordenamiento jurídico. Es importante matizar que no solamente de la ley formal emanada de un parlamento, sino de todo el ordenamiento en cualquiera de sus recovecos⁶⁶, lo que es especialmente importante en el ordenamiento gallego, en el que el derecho consuetudinario tendría un papel fundamental. Es lo que se ha dado en llamar, como se dijo, función nomofiláctica o *ius constitutionis*.

Descubierta la finalidad principal, puede ya adivinarse muy fácilmente cuál es la utilidad de la elaboración de una jurisprudencia uniforme a la que antes aludíamos. Una norma jurídica no puede consentir interpretaciones divergentes de sí misma, puesto que a la postre acabará por no existir o convertirse en pura letra muerta. No es tanto que los tribunales deban respetar la ley, sino que todos la deben interpretar de un modo uniforme para que dicha ley sea respetada. Por ello dijimos que la elaboración de una jurisprudencia uniforme era sólo un medio del tribunal de casación para conseguir un fin, que, reiteramos, es la protección de la norma.

Además de dicha finalidad, la doctrina suele apuntar como objetivos del recurso de casación la protección del *ius litigatoris*, o derecho que el recurrente reclama cuando recurre en casación, y la protección del derecho a la igualdad. Muy brevemente, sobre esta cuestión debemos argumentar que las citadas dos finalidades, a pesar de tener una importancia capital, son simplemente finalidades mediatas, es decir, no constituyen la finalidad principal del recurso. De hecho, si bien se mira, la protección completa del *ius litigatoris* es esencial para una garantía absoluta del *ius constitutionis*. Cuanto más deficiente sea la protección del litigante, es decir, cuantos más errores de trascendencia jurídica deba pasar por alto la casación –porque así lo haya querido el legislador de turno que restrinja su ámbito a través de todo tipo de argucias–, menor será la protección del ordenamiento jurídico, pues se permitirá que subsistan interpretaciones erróneas del mismo.

⁶⁶ Es una matización importante que realizó SERRA DOMÍNGUEZ, *Del recurso de casación*, cit. p. 784.

Por último, en cuanto a la protección del derecho a la igualdad, debe decirse que la misma no pasa de ser una beneficiosa consecuencia de la existencia de la casación, pero no es un fin principal de la misma. Si la jurisprudencia es uniforme porque se encarga de su elaboración un único órgano jurisdiccional, es evidente que la aplicación de la ley va a ser igualitaria para todo litigante. Este resultado constituye un motivo de peso para promover la existencia de la casación, pero reitero, no es la finalidad principal del recurso.

c) Cumplimiento de estas finalidades por la casación gallega.

Lamento tener que decir lo que voy a declarar a continuación, pero es preciso afirmar sin ambages que las casaciones autonómicas, entre ellas la gallega, no cumplen prácticamente en absoluto con todo el esquema que acabo de trazar.

Vayamos por partes. Para predicar la función nomofiláctica de la casación autonómica, antes habría que delimitar el ordenamiento que trata de proteger. Desde luego, no puede encargarse de la protección del ordenamiento estatal, puesto que dicha misión la tiene conferida en exclusiva el Tribunal Supremo, y es preciso que así sea para que la norma estatal no tenga tantas interpretaciones como Tribunales Superiores de Justicia encargados del recurso de casación.

Sin embargo, ya observamos de entrada la primera disfunción en el sistema. Acudiendo al art. 478.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, encontramos el siguiente redactado:

El conocimiento del recurso de casación, en materia civil, corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

No obstante, corresponderá a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución.

No tengo constancia de que este redactado haya provocado manifestaciones de júbilo por parte de los partidos nacionalistas, y no es de extrañar. Se dice en el primer párrafo, solemnemente, que la casación corresponde al Tribunal Supremo. Sin embargo, permite el legislador a continuación que el Tribunal Superior de Justicia asuma la casación, simplemente con que se alegue la infracción de una norma de derecho propio de la Comunidad Autónoma, “*exclusivamente o junto a otros motivos*”, sin la excepción que antes disponía el art. 1730 L.E.C. de que se citara la infracción de un precepto constitucional, lo que a pesar de no ser excesivamente adecuado como se había dicho repetidamente desde las Comunidades Autónomas⁶⁷, al menos había puesto un freno a la disgregación jurisdiccional, freno que

⁶⁷ Vid. sobre la cuestión el interesante artículo de CORBAL FERNÁNDEZ, *Recurs de cassació*, cit. pp. 204 y ss.

ahora el legislador deseaba que dejara de existir, a pesar de no conseguirlo al subsistir el art. 5.4 L.O.P.J., al que me referiré después. Pero a pesar de ese guiño a los partidos nacionalistas, sigue sin convencer el nuevo sistema de casación autonómica.

Más adelante me referiré con mayor detenimiento a este punto, pero para lo que ahora concierne, ello supone sin más que el Tribunal Superior de Justicia va a conocer de la interpretación del derecho estatal en un número de casos muy superior al actual, dependiendo del estado de desarrollo legislativo privado de la Comunidad Autónoma en concreto. Desde luego, con este redactado, casi podría decirse que el legislador podría haberse ahorrado el primer párrafo del precepto transcrito.

Pero decía que no es de extrañar que ello no haya provocado júbilo entre los sectores nacionalistas, porque lo que se está provocando con este precepto es un problema de un calado que creo que el legislador no ha debido de tener demasiado en cuenta. Las aspiraciones de autogobierno son legítimas, pero siempre que las competencias que se traspasen no sean un regalo envenenado, puesto que este artículo no es sólo que vaya a provocar la desaparición del papel casacional del Tribunal Supremo tal y como lo conocemos ahora, sino que lo que va a ocasionar también es un desprestigio profundo de los Tribunales Superiores de Justicia. Hasta la fecha, los Tribunales Superiores de Justicia cuando han interpretado normas de origen estatal, en los pocos casos en que han debido hacerlo, han solido tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Pero podrían haber discrepado perfectamente sin consecuencia de ninguna clase. Si a través de esta norma el número de asuntos pendientes ante los Tribunales Superiores de Justicia aumenta considerablemente, el riesgo de disgregación jurisprudencial va a aumentar exponencialmente⁶⁸, lo que va a provocar unos localismos en la interpretación de las normas estatales que pueden hacer plantear la utilidad de la existencia de un legislador estatal, y de un recurso de casación ante el Tribunal Supremo que no va a poder unificar la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en esta materia.

Pero no se confundan los términos. Con ello los Tribunales Superiores de Justicia van a ganar protagonismo, pero a cambio de una insoportable discrepancia jurídica entre las Comunidades Autónomas. Todo el sistema que se ha creado contraviene el postulado casacional del que partimos, es decir, recuérdese, “un legislador, un tribunal de casación”. ¿Cómo es posible que exista en la Comunidad Autónoma un Tribunal de casación que

⁶⁸ Todavía más de lo que se previó en 1993, recién aprobada la reforma de 1992 que ampliaba el ámbito de la casación autonómica. Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, *Del recurso de casación*, en: “La reforma de los procesos civiles (Comentario a la Ley 10/92 de medidas urgentes de reforma procesal)”, Madrid 1993, p. 287. De acuerdo con esta conclusión, RODRÍGUEZ BAHAMONDE, Rosa, *Comentarios a los arts. 468 a 476, 478 a 486, 488 y 489*, en: “AAVV (dir. Lorca Navarrete), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*”, Valladolid 2000, p. 2301. BERNALES SORIANO, Roberto, *Comentario al art. 478*, en: “LLEDÓ YAGÜE (dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*”, Madrid 2000, p. 475.

pueda encargarse de la unificación jurisprudencial de cualesquiera normas, cuando el legislador de esa Comunidad Autónoma no es el autor de dichas normas? No se entiende cómo es posible que un Tribunal con jurisdicción en la Comunidad Autónoma, por más que sea un órgano jurisdiccional estatal, de golpe haya alcanzado cotas de poder con las que el Legislativo y Ejecutivo de las Comunidades Autónomas aún no han podido ni soñar.

Planteada la cuestión en estos términos, lo correcto hubiera sido realizar una reforma constitucional ampliando la dotación competencial legislativa de la Comunidad Autónoma, renunciando el Estado a la parcela de poder transferida. Pero ello no ha ocurrido, por lo que el Tribunal Superior de Justicia interpretará normas que no son de origen autonómico, en el territorio de la Comunidad Autónoma, con independencia de lo que hagan el resto de Tribunales Superiores de Justicia. Y decía que ello no puede haber gustado a ningún nacionalista con conocimiento de causa, puesto que las discrepancias jurisprudenciales pueden crear en contrapartida un desprestigio del Estado de las Autonomías, que hagan ansiar a los juristas en general un deseo de vuelta a un poco deseable centralismo jurisdiccional, con el objeto de eliminar la inseguridad jurídica.

Todo lo anterior en lo que respecta al derecho estatal. En materia de derecho autonómico el panorama no es mejor. Sería perfecto pensar que los Tribunales Superiores de Justicia se encargan de elaborar una jurisprudencia uniforme con respecto al derecho propio de la Comunidad Autónoma⁶⁹. Ojalá fuera así. Con el transcrito art. 478.1 L.E.C. se ha pretendido eliminar a uno de los Tribunales que “hacían competencia” en esta materia a los Tribunales Superiores de Justicia. Nada menos que al Tribunal Supremo, puesto que con el redactado de ese precepto va a ser algo más difícil que se encargue de la interpretación de una norma de derecho autonómico⁷⁰. Pero no será imposible ni mucho menos, puesto que conocerá de la misma en dos casos: cuando la sentencia recurrida provenga de una Comunidad Autónoma cuyo Tribunal Superior de Justicia no tenga asumida la casación, y en segundo lugar, cuando el litigio haya nacido en una Comunidad Autónoma entre dos sujetos de derecho que no tengan la vecindad civil de esa Comunidad Autónoma, por una norma de derecho civil propio de la Comunidad Autónoma de la que son vecinos. Con el redactado del art. 478.1, parece claro que el Tribunal Superior de Justicia de esa Comunidad Autónoma no va a poder encargarse de la casación en ese caso, por lo que el asunto irá parar al Tribunal Supremo⁷¹.

⁶⁹ Así fue concebida en un principio la cuestión, de hecho. Vid., entre otros, RODRÍGUEZ-AGUILERA DE PRAT, *Tribunales Superiores de Justicia*, cit. p. 693. LASARTE ÁLVAREZ / MORENO CATENA, *Los Tribunales Superiores de Justicia*, cit. p. 1695. CANO BARRERO, *Los Tribunales Superiores de Justicia*, cit. p. 606.

⁷⁰ De hecho, por si no había quedado claro, el art. 478.2 le concede carácter preferente a la casación ante el Tribunal Superior de Justicia, en caso de haber preparado la misma parte sendos recursos ante el Tribunal Supremo y el Tribunal Superior de Justicia, teniendo por no preparada la casación ante el Tribunal Supremo.

⁷¹ Cfr. ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, cit. p. 564.

Pero quedan además el resto de Tribunales Superiores de Justicia. Recordemos que el derecho aplicable a una relación de derecho privado se determina a través de la vecindad civil de sus protagonistas, por lo que, como ya se dijo, es perfectamente factible que cualquier Tribunal Superior de Justicia se encargue de la casación en estos casos, y en el curso de la misma deba conocer de una norma de derecho de otra Comunidad Autónoma. Para ello bastará que el recurrente utilice cualquier subterfugio para citar como infringida una norma de derecho propio de la Comunidad Autónoma donde esté el Tribunal Superior de Justicia que conozca del asunto. La situación no va a ser probablemente frecuente, pero es posible que suceda.

Con este panorama, en el que es perfectamente factible que interprete el derecho propio de la Comunidad Autónoma el Tribunal Supremo, o un Tribunal Superior de Justicia cualquiera que tenga asumida la casación, no es posible mantener que el Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma tenga encomendada la función nomofiláctica del derecho propio de la Comunidad Autónoma. Y con ello se perjudica por tanto la finalidad de la preservación de la igualdad, y probablemente también del *ius litigatoris*.

Nos hallamos pues ante una situación ciertamente paradójica. Estamos ante un recurso de casación que tiene naturaleza de tal, pero que no cumple realmente sus finalidades, sencillamente porque el legislador no ha tenido en cuenta que no puede conferirse la protección del ordenamiento jurídico a un Tribunal de un determinado territorio, si el derecho que trata de proteger no proviene a su vez de las instituciones legislativas de dicho territorio, y además, no es el único tribunal que lo interpreta en la cúspide de la organización jurisdiccional⁷². Y que un resultado semejante se diera en época preconstitucional no puede extrañar, teniendo en cuenta que el consenso estaba por encima (probablemente tuvo que estar por encima) de la dogmática jurídica. Pero veinte años más tarde, no es admisible que el estado de cosas sea del modo que hemos descrito.

IV. ÁMBITO DEL RECURSO DE CASACIÓN GALLEGO.

Con este amplio título quieren tratarse exclusivamente los problemas de competencia en el orden civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia cuando conoce del recurso de casación. Dejamos por tanto de lado el resto de la atribución competencial de dicho Tribunal, así como el problema de si con el redactado constitucional del art. 152.1.II y III C.E., era posible que los Estatutos de Autonomía confirieran la casación a los Tribunales Superiores de Justicia, que, por cierto, ni tan siquiera existían aún en el momento de aprobación de dichas

⁷² Y no será porque faltaran en su día advertencias en este sentido. Vid. por todos, DE ELIZALDE Y AYMERICH, *La jurisprudencia*, cit. p. 1056. CARBALLAL PERNAS / MOVILLA ÁLVAREZ, *La casación*, cit. p. 621. DE CASTRO FERNÁNDEZ, *Los Tribunales Superiores de Justicia*, cit. p. 55. DE OTTO y PARDO, *Los Tribunales Superiores de Justicia*, cit. pp. 68 y ss.

normas. Se trata de una interesante polémica de hondo calado político, pero que pertenece ya a la historia⁷³, y que, sea como fuere, fue resuelta en 1985 en sentido afirmativo con la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En estos epígrafes, y en algunos de los que seguirán, van a analizarse los problemas de vigencia que va a encontrar la Ley 11/1993 de 15 de julio, tras la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Es aquella una ley que está amenazada de inconstitucionalidad, si bien el recurso que la Presidencia del Gobierno interpuso el 25 de octubre de 1993⁷⁴, ocho años más tarde, aún está en la cola de asuntos pendientes. Al margen de los detalles de esta cuestión, que se irán analizando poco a poco, interesa ahora conocer tanto la competencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, como las resoluciones jurisdiccionales que son recurribles en casación.

1.- Competencia objetiva y funcional.

En esta materia es preciso coordinar varias normas: El art. 73.1.a de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el art. 22.1.a del Estatuto de Autonomía de Galicia y el art. 478.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El art. 73.1.a de la Ley Orgánica del Poder Judicial es la primera norma que debe otorgar competencia a cualquier Tribunal en forma genérica y apriorística, según reiterada jurisprudencia constitucional del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley y la lectura de los arts. 117.3 y 122.1 de la Constitución. El artículo que analizamos tiene el siguiente tenor:

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá, como Sala de lo Civil:

a) Del recurso de casación que establezca la ley contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas del Derecho Civil, Foral o Especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución.

Dicha norma, posterior a los Estatutos de Galicia, Cataluña y País Vasco, se adaptó a lo que ya habían dispuesto dichos Estatutos. Por eso, no debe extrañar que el art. 22.1 del Estatuto de Galicia tenga el siguiente redactado:

⁷³ Sobre la misma, por todos, PÉREZ GORDO, *El Tribunal Superior de Justicia*, cit. pp. 99 y ss.

⁷⁴ Solicitando además la suspensión de la vigencia de la Ley 11/1993, que fue desestimada por el auto del Tribunal Constitucional 103/1994 de 22-03-1994.

La competencia de los órganos jurisdiccionales en Galicia se extiende:

a) En el orden civil, a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y revisión en las materias de Derecho civil gallego.

Y ya por último, el art. 478.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que antes se transcribió⁷⁵, concreta también esta competencia para conocer del recurso de casación del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en un modo que, a mi modo de ver, sobrepasa de largo lo que preveyeron originariamente el Estatuto y la Ley Orgánica del Poder Judicial, puesto que estas leyes no disponían que la casación autonómica hubiera de ocuparse también de leyes estatales.

Pero, todo hay que decirlo, el Estatuto fue redactado en una época en que existía todavía cierto temor a legislar con rotundidad en esta materia, como lo demuestra el hecho de que el Estatuto, a pesar de ser una Ley Orgánica de idénticos rango y sistema de aprobación final que la Ley Orgánica del Poder Judicial, no se atreviera a concretar qué órgano jurisdiccional conocería de la casación, aunque como ya dijimos, era muy evidente que habría de ser el Tribunal Superior de Justicia, simplemente por estar en la cúspide de la organización jurisdiccional de la Comunidad Autónoma.

Por discutible que sea, lo cierto es que, según lo que dispone el art. 478 L.E.C., actualmente bastará citar como infringida cualquier norma de derecho civil gallego para otorgar automáticamente competencia casacional al Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Ello provoca que la cuestión de la competencia no tenga la complicación que tuvo hace algunos años, sobre todo antes de la introducción en 1992 de los arts. 1729 a 1732 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, y además, que no sea necesario pronunciarse sobre el ámbito del derecho civil gallego, que fue uno de los puntos de discusión claves hace algunos años⁷⁶, sobre todo por dudar si la infracción debía ser o no exclusiva del derecho de la Comunidad Autónoma para conferir competencia al Tribunal Superior de Justicia⁷⁷.

⁷⁵ *El conocimiento del recurso de casación, en materia civil, corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo.*

No obstante, corresponderá a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución.

⁷⁶ Sobre la cuestión, CORDÓN MORENO, *El recurso de casación*, cit. pp. 31 y ss. CABAÑAS GARCÍA, *El derecho autonómico como objeto del recurso de casación ante los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas*, Poder Judicial, 1989 (14), pp. 27 y ss. MONTERO AROCA, *El Tribunal Superior de Justicia de Galicia*, Justicia 1989, pp. 309 y ss.

⁷⁷ Vid. al respecto, SERRA DOMÍNGUEZ, *Del recurso de casación*, cit. p. 856.

Sin embargo, lo que se introdujo en la reforma de 1992 es algo que hasta esa fecha solamente podía leerse en los manuales de Derecho Internacional Privado. El llamado “*forum shopping*”, es decir, el poder escoger con cualquier excusa el órgano jurisdiccional que conoce de un determinado proceso⁷⁸. Durante estos años, esta facultad de opción ya ha provocado que la competencia del Tribunal Superior de Justicia dependiera del recurrente, que según le conviniera, podía buscar una norma de derecho propio de la Comunidad Autónoma y alegarla, aunque no tuviera mucho que ver con el caso concreto, para forzar la competencia del Tribunal Superior de Justicia. O al contrario, podía forzar el conocimiento del Tribunal Supremo alegando la infracción de precepto constitucional.

Y el Legislador de 2000, en lugar de dar una solución a este grave problema, persiste en él, aunque como antes estudiamos, a favor de la competencia del Tribunal Superior de Justicia, a pesar de que al amparo del art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –que el legislador quería reformar pero no pudo–, de momento sigue siendo posible abocar el conocimiento de un asunto al Tribunal Supremo⁷⁹.

La subsistencia de esa norma, que conduce a la competencia del Tribunal Supremo en casación, cada vez que se alegue la infracción de un precepto constitucional, no puede merecer un juicio favorable. Parece realmente una manera indigna y burda de evitar las casaciones autonómicas. Además, no posee justificación teórica posible⁸⁰, puesto que siguiendo la misma línea de principio, podría haberse impedido que la casación autonómica entrara en la interpretación del resto de normas estatales.

Lo que ocurre es que esa norma, por discutible que sea, ha evitado de momento el desastre jurisprudencial que ahora se avecina, y al que ya hicimos oportuna referencia. Si ahora se acaba suprimiendo definitivamente, como parece, es incalculable el daño que se puede crear al ordenamiento jurídico español en su conjunto, estatal y autonómico⁸¹. De

⁷⁸ Advirtió de este grave problema, antes de que se produjera, SERRA DOMÍNGUEZ, *Del recurso de casación*, cit. p. 287.

⁷⁹ MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal Civil, Parte General*, Madrid 2000, p. 421. MUÑOZ JIMÉNEZ, Francisco Javier, *Comentarios a los arts. 468 y ss*, en: “FERNÁNDEZ-BALLESTEROS / RIFÁ SOLER / VALLS GOMBAU, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona 2000, p. 2271.

⁸⁰ Vid. sobre la cuestión MUÑOZ JIMÉNEZ, *Comentarios*, cit. p. 2271.

⁸¹ Lo que ha sucedido es que el legislador no ha reflexionado suficientemente sobre el problema de las casaciones autonómicas, y lo ha mezclado con cuestiones políticas que nada tienen que ver con la técnica casacional, como ya dijimos líneas atrás. Se supone que el legislador no se ha atrevido a sustituir las casaciones autonómicas por recursos de apelación, suprimiendo la competencia en esta materia de las Audiencias Provinciales. A partir de ahí, quizás lo oportuno hubiera sido establecer recurso de casación ante el Tribunal Supremo, pero sin que éste pudiera pronunciarse sobre lo decidido por el Tribunal Superior de Justicia en materia de derecho propio de la Comunidad Autónoma. El esquema puede parecer discutible, pero al menos se hubiera asegurado en gran medida la existencia de una jurisprudencia autonómica uniforme sobre el derecho civil autonómico, y a la vez se contaría

lo contrario, es decir, de mantenerse el último resquicio de la antigua normativa, esto es, el art. 5.4 L.O.P.J., seguirá la situación más o menos como hasta ahora.

2.- El problema de las resoluciones recurribles.

El recurso de casación gallego contiene una peculiaridad en esta cuestión digna de reflexión. El art. 1 de la Ley 11/1993 de 15 de julio, establece un elenco de cuáles sean las resoluciones recurribles ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que iba claramente más allá de lo que disponía el art. 1687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, puesto que se declaraban recurribles todas las sentencias de las Audiencias Provinciales, sin limitaciones de cuantía y con la condición de que los procesos en que se dictaren no fueran sumarios⁸². Quedaba la duda de si éstas distinciones entraban dentro de lo que el art. 149.1.6º de la Constitución, permite legislar en materia procesal a las Comunidades Autónomas. De todos modos, sea cual fuere la solución, que ahora poca importancia tiene ya, el régimen se dibujaba al hilo de lo que disponía la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Ahora el régimen casacional se ha modificado radicalmente, y la oposición de la Ley 11/1993 es todavía más frontal a la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, de manera que la labor del intérprete se complica notablemente, pues teniendo en cuenta cuanto dijimos anteriormente sobre la competencia legislativa estatal y autonómica en esta materia, no queda otro remedio que ver cuál resulta ser el régimen aplicable en este particular, extrayendo cuáles son los preceptos vigentes de cada regulación.

El art. 1 de la Ley 11/1993 establece lo siguiente:

“Son susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia:

a) Las sentencias definitivas pronunciadas por las audiencias provinciales de Galicia, así como, en su caso, las dictadas por los juzgados de primera instancia y demás resoluciones a que se refiere la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que produzcan excepción de cosa juzgada y cualquiera que sea la cuantía litigiosa.

b) Las resoluciones que impidan la prosecución de la instancia o, en ejecución, resuelvan definitivamente cuestiones no controvertidas en el pleito, no decididas en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado.

con una jurisprudencia, también uniforme, del Tribunal Supremo en materia de derecho estatal, abriendo la vía de un recurso ante el Tribunal Constitucional en caso de que el Tribunal Supremo se inmiscuyera en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia sobre materias de derecho civil propio de la Comunidad.

⁸² Dice el art. 1.a, con bastante impropiedad y oscuridad en la redacción, refiriéndose a las resoluciones recurribles, *“siempre que produzcan excepción de cosa juzgada”*, lo cual, siguiendo la línea de pensamiento del legislador, excluye también a *“las sentencias dictadas en los juicios de desahucio por la falta de pago de la renta”*, puesto que dichos procesos también son sumarios. En estas condiciones, el último inciso del art. 1 es totalmente innecesario.

c) Las resoluciones para las que expresamente se admita, en las circunstancias y con arreglo a los requisitos que vengan establecidos.

Quedan excluidas las sentencias dictadas en los juicios de desahucio por la falta de pago de la renta.”

Y el art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene el siguiente tenor:

“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.

3. 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.

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.”

Del cotejo de ambas regulaciones cabe establecer la siguiente clasificación:

– Sentencias de las Audiencias Provinciales: En principio, parece que serán recurribles todas las sentencias de las Audiencias Provinciales en cualesquiera condiciones, es decir, sin limitación por razón de la cuantía litigiosa ni del interés casacional. Que la cuantía litigiosa no tiene trascendencia alguna lo demuestra el hecho de que el art. 1.a de la Ley 11/1993 ya había exceptuado de este mismo requisito a la casación gallega con la anterior legislación. Por la misma razón es evidente que con la regulación actual de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cuantía de 25 millones no tiene validez alguna para la casación gallega. Además, ya vimos que este punto era precisamente una de las razones de la normativa casacional gallega.

Más complejo es el asunto del interés casacional, pues incluso el art. 477.3 L.E.C. se permite el lujo de hacer indicaciones en esta materia para la casación ante los Tribunales Superiores de Justicia, lo que hace difícil prescindir de la aplicabilidad de este artículo.

La Ley 11/1993 no hace referencia alguna a este particular, pero si acudimos a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, podremos hallar un resquicio que nos dé el argumento clave para ofrecer una declaración definitiva en esta materia. La ley de 1881 no hacía referencia alguna al interés casacional, aparentemente. Y digo aparentemente porque una referencia sí

que existía. Cuando la sentencia recurrida era de cuantía inestimable, el art. 1687.1.b prohibía su casación si las sentencias de primera y segunda instancia eran conformes de toda conformidad.

La finalidad de dicha prohibición, aunque no se disfrazase pomposamente con expresiones copiadas de las leyes alemanas como “interés casacional”⁸³, era la misma que la del actual art. 477.3. Reducir el número de asuntos pendientes ante el Tribunal Supremo (finalidad oficiosa), y que no llegasen a la casación cuestiones en las que no fuese útil para la uniformidad jurisprudencial una sentencia casacional del Tribunal Supremo (finalidad oficial), es decir, aquellas en que dos jueces hubieran estado de acuerdo (L.E.C. de 1881), o aquellas en que la generalidad de Audiencias estén de acuerdo (L.E.C. de 2000). Podría decirse que el criterio de la L.E.C. 2000 es más acabado, más perfeccionado, pero la línea de pensamiento entre los legisladores de ambas leyes, como se ve, es exactamente la misma.

Teniendo presente cuanto antecede, si el Legislador de la Ley 11/1993 prescindió de la “conformidad de toda conformidad” del art. 1687.1.b L.E.C. 1881, puede entenderse sin mayor dificultad que habría decidido prescindir de este perturbador “interés casacional” de la L.E.C. 2000, lo que hace aconsejable que el Tribunal Superior de Justicia de Galicia no tenga en cuenta el mismo al realizar su misión casacional.

Quedaría únicamente el escollo de que el art. 477.3, último inciso, se refiere al requisito del interés casacional con respecto a los Tribunales Superiores de Justicia, lo cual podría ser un argumento a favor de su aplicabilidad a las casaciones autonómicas. A mi juicio, ello no es un obstáculo para continuar manteniendo la preferencia de la normativa de la Ley 11/1993 sobre la L.E.C. 2000, puesto que Galicia, como otras Comunidades, ha asumido su competencia exclusiva en materia de legislación procesal dentro de los límites constitucionales que vimos anteriormente (art. 27.5), y además ha legislado ya, lo cual quiere decir que poco importa lo que diga la legislación estatal en esta materia, que sólo podrá tener virtualidad en las Comunidades donde no exista legislación procesal al respecto.

– Autos de las Audiencias Provinciales: Como consecuencia de una muy discutible decisión legislativa (amparada quizás sólo en un mimetismo con la legislación derogada), cuando no quedó otro remedio que encomendar el recurso extraordinario por infracción procesal al Tribunal Supremo a través de la Disposición Final 16 L.E.C. 2000⁸⁴, no se decidió al mismo tiempo trasladar el régimen de resoluciones impugnables de éste recurso a la “nueva” casación (por defectos de fondo y forma) de que habría de conocer “transitoriamente” el Tribunal Supremo. Pero el legislador no se dio cuenta de que cuando hubiera de

⁸³ “*Grundsätzliche Bedeutung*” (carácter o significación fundamental), dice el §546.1 ZPO.

⁸⁴ Por no haberse alcanzado la mayoría parlamentaria suficiente para reformar la Ley Orgánica del Poder Judicial, como es conocido. Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (con De la Oliva Santos), *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Madrid 2000, pp. 478-480.

conocer de la casación el Tribunal Superior de Justicia, no existía razón alguna para limitar las resoluciones recurribles a las sentencias, habida cuenta de que del recurso extraordinario por infracción procesal no entrado en vigor, hubieran debido conocer precisamente los Tribunales Superiores de Justicia (art. 468 L.E.C.) El defecto legislativo parece involuntario, pero el redactado de la Disposición Final 16.1.1ª, por bien que sea algo ambiguo, no permite acoger otra solución.

Por tanto, según la Disposición Final 16.1.1ª L.E.C. 2000, no serán recurribles en casación los autos que pongan fin a la segunda instancia (art. 468 L.E.C. 2000), aunque estén incurso en un defecto procesal que debiera merecer su anulación según la propia Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 469.1 L.E.C.).

Este defectuoso régimen, por fortuna, vuelve a no ser aplicable a la casación gallega. El art. 1687 L.E.C. 1881 tampoco permitía, en principio, la casación de estos autos. Y sin embargo, como hemos visto, el art. 1.b de la Ley 11/1993, permite la casación de “*las resoluciones que impidan la prosecución de la instancia...*” lo que provoca que los autos que pongan fin a la segunda instancia sean recurribles en casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

– Otras resoluciones: Dejo la problemática del recurso de casación en ejecución de sentencia para un epígrafe monográfico final.

Quedan sin embargo otras resoluciones en el art. 1 de la Ley 11/1993 que merecen algún comentario. Declara el art. 1.a que serán recurribles las sentencias definitivas “*dictadas por los juzgados de primera instancia y demás resoluciones a que se refiere la Ley de Enjuiciamiento Civil*”. El art. 1.c dice por su parte que también serán recurribles “*las resoluciones para las que expresamente se admita, en las circunstancias y con arreglo a los requisitos que vengan establecidos*”.

La cuestión no presenta mayor complicación. Es obvio que ambos incisos están haciendo remisiones a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, concretamente al recurso de casación *per saltum* del art. 1688, y al art. 1687.4⁸⁵ L.E.C. 1881, respectivamente, y por ello su régimen es dependiente de la anterior regulación. Habiendo dejado de existir dicha normativa, estos preceptos están, sin más, vacíos de contenido. Ello es especialmente claro con el recurso de casación *per saltum*, puesto que no es admisible que este recurso siguiera admitiéndose en Galicia, basándose en una regulación que ya está derogada, la del art. 1688 L.E.C. 1881.

⁸⁵ Que tenía prácticamente el mismo redactado que el art. 1.c de la Ley 11/1993.

V. LEGITIMACIÓN PARA RECURRIR.

La Ley 11/1993 no contiene especialidades en esta materia, por lo que la exposición que seguirá es una explicación del estado de la cuestión ante los Tribunales Superiores de Justicia en general.

La legitimación para recurrir es un tema que pocas veces ha sido objeto de estudio doctrinal entre la doctrina procesalista española, si bien merece el máximo interés al poder condicionar de manera decisiva el éxito del recurso. Por ello, aún sin poder entrar *in extenso* en el tema⁸⁶ se le dedican las líneas que siguen.

1.- Teoría general del gravamen.

Para poseer legitimación para recurrir, es necesario que la resolución que se recurra perjudique al recurrente. Es a lo que se refiere el art. 448.1 L.E.C. cuando exige que las resoluciones judiciales que se recurran “*les afecten desfavorablemente*” a los recurrentes. Este perjuicio derivado de la resolución recurrida es lo que se conoce doctrinalmente con la denominación de “gravamen”.

A primera vista, podría decirse que observar si una resolución perjudica a aquel que la recurre es asunto relativamente fácil. Bastaría con comparar el fallo de una sentencia con el *petitum* de la demanda, para analizar si la sentencia concede o no lo que se ha pedido. En el primer caso no existiría gravamen, y lógicamente en el segundo sí. Es lo que se ha dado en llamar en la doctrina alemana como “gravamen formal”. Esa había sido la posición clásica de la doctrina, fundamentalmente alemana, aunque también italiana, que había trasladado a su país los postulados de la primera, como tantas otras veces.

Sin embargo, a raíz de una jurisprudencia alemana de los años cincuenta⁸⁷ que pareció conceder la legitimación para recurrir a quien en realidad no estaba perjudicado directamente por la resolución, surgieron en la doctrina de aquel país una serie de posicionamientos doctrinales que provocaron el advenimiento de la teoría del “gravamen material”, en virtud de la cual bastaba con estar perjudicado por la resolución, con independencia de la concesión o no de las peticiones realizadas en la demanda. Era suficiente un perjuicio en la esfera jurídica material del recurrente que se derivara de la resolución recurrida, por bien que la sentencia, por ejemplo, hubiera acogido todos los pedimentos de la instancia.

⁸⁶ Para completar lo que se dirá, vid. NIEVA FENOLL, *El recurso de casación*, cit. pp. 165 a 188, donde aparece citada toda la bibliografía, fundamentalmente alemana, que cabe hallar sobre el particular.

⁸⁷ Concretamente de 1953. La sentencia en cuestión aparece reproducida en el *Juristenzeitung* 1953, pp. 276 y ss.

Desde luego, la jurisprudencia era sorprendente, y se explicaba en realidad a través de la mayor o menor amplitud del recurso de apelación alemán. Sin embargo, años más tarde, la idea le sirvió de base a BETTERMANN⁸⁸ para explicar a través de la teoría del gravamen material, algunos casos que no encontraban respuesta con la teoría del gravamen formal, puesto que el recurrente, al no haber realizado pedimentos en la instancia, carecía de *petitum* con que cotejar el fallo de la sentencia, para demostrar su perjuicio. Eran los supuestos de rebeldía del recurrente durante la primera instancia, o de inactividad, es decir, que sencillamente no hubiera realizado petición alguna durante el proceso. Pero también cabía explicar los casos del tercero que a pesar de no haber intervenido en la instancia, aparecía directamente perjudicado por la resolución.

Sin embargo, esta última teoría se revelaba inútil a efectos prácticos, puesto que no permitía conocer desde un primer momento del recurso, si el recurrente estaba legitimado o no, cuestión que sí permitía conocer con facilidad la teoría del gravamen formal. La insuficiencia de ambas teorías hizo entrar en un casuismo a la doctrina que enturbió los postulados que se habían realizado, de forma que es perfectamente posible afirmar que, actualmente, la teoría del gravamen todavía estaba huérfana de una formulación acabada que permita dar una unidad de solución a los múltiples casos que a día de hoy aparecen todavía dudosos.

Sea como fuere, es posible afirmar que el gravamen es el perjuicio derivado de la resolución, y no de otras circunstancias que aunque tengan que ver con la resolución, sean ajenas a la misma, y dependan solamente de la situación personal circunstancial del recurrente. Por ello, por ejemplo, si a una persona se le concede lo que ha solicitado en su demanda, a pesar de que lo solicitado acabe siendo contrario a sus intereses, no tendría derecho a recurrir la sentencia.

Por otra parte, es posible mantener la teoría del gravamen formal en todos aquellos casos en que el recurrente haya participado activamente en la anterior instancia, porque existirá término de comparación. Esos casos son la enorme mayoría por otra parte.

Pero subsisten todavía otros muchos, como el de acogimiento de una petición subsidaria en lugar de la principal, o si se desestima una excepción procesal a pesar de lo cual se da la razón en el fondo al demandado, o si el demandado se allana, o si la sentencia concede al recurrente más de lo que solicitó, por ejemplo. Son todos ellos una muestra mínima de lo que puede dar de sí el estudio del gravamen, y de la complicación que reviste la búsqueda de soluciones para cada caso concreto⁸⁹.

⁸⁸ BETTERMANN, Karl August, *Die Beschwer als Rechtsmittelvoraussetzung im deutschen Zivilprozeß*, ZZP 82. 1969. p. 24 y ss.

⁸⁹ Sobre los casos citados y una multitud de supuestos más, así como de sus soluciones, vid. NIEVA FENOLL, *El recurso de casación*, cit. pp. 179 y ss.

2.- *El gravamen para recurrir en casación.*

La teoría del gravamen tiene algunas particularidades según cuál sea el recurso de que se trate. Centrando la cuestión en el recurso de casación, la exigencia de que en el recurso deba alegarse un motivo de casación de los que explicita la ley, introduce algunas matizaciones en la teoría del gravamen que se acaba de exponer⁹⁰.

Teniendo en cuenta la regulación actual de los motivos de casación, que veremos a continuación, debe distinguirse entre motivos *in iudicando* y motivos *in procedendo*.

Es posible que la parte recurrente pretenda alegar un vicio *in iudicando*, es decir, de fondo, como motivo de casación. En ese caso, para poder demostrar el perjuicio que la legítima para recurrir, debe demostrar que el vicio que alega como motivo de casación ha sido determinante de su vencimiento en la instancia. Dicho de otro modo, debe demostrar que el vicio que alega como motivo de casación ha influido directamente en el sentido del fallo de la resolución que recurre, y que lógicamente le es perjudicial, de tal manera que si el vicio no hubiera existido, la sentencia le hubiera sido favorable.

Lo anterior se denomina teoría de la relevancia de los motivos de casación, que como explicaré después con algo más de profundidad, implica que el recurrente no puede obtener la casación de una resolución alegando cualquier defecto que esta contenga, sino que dicho defecto debe ser relevante para el fallo de la resolución. Aplicando esta teoría a la legitimación para recurrir, se obtiene el resultado que antes se indicó, es decir, que el recurrente deberá demostrar, además de su gravamen, que el vicio que alega como motivo de casación es justamente el que ha provocado su gravamen, al haber sido determinante del contenido del fallo que le perjudica.

Sin embargo, siendo el motivo *in procedendo*, esta exigencia debe relajarse al máximo, puesto que es muy difícil –por no decir imposible– demostrar que un vicio *in procedendo* ha determinado el contenido de fondo de una resolución, contenido que es el que obviamente va a perjudicar al recurrente. Por ello, la doctrina no exige este requisito al gravamen casacional en estos casos, si bien no cabe olvidar que, lógicamente, alguien que haya obtenido una sentencia favorable a sus pedimentos, no podría recurrir en casación por defecto de forma, por bien que dicho defecto hubiera existido en realidad, por la sencilla razón de que la sentencia no le perjudica en absoluto.

(Continuará)

⁹⁰ Entre la doctrina, cabe citar, *per omnia* a CALAMANDREI, *Cassazione Civile* (att. Furno) cit. p. 1081-1082 y a LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*. T. II. Milano 1984, p. 323 y ss.