

EL RECURSO DE CASACIÓN ANTE EL T.S.J. DE GALICIA, TRAS LA L.E.C. 1/2000 (2ª PARTE)

JORGE NIEVA FENOLL

*Profesor Titular de Derecho Procesual
Universidade de Barcelona*

SUMARIO: VI. MOTIVOS DE CASACIÓN. 1. LOS MOTIVOS DE CASACIÓN EN LAS LEYES DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 1881 Y 2000. 2. ELENCO DE MOTIVOS DE LA CASACIÓN GALLEGA. 3. ESTUDIO DE LOS MOTIVOS DE CASACIÓN. *a.- Infracción de normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional. b.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia. b.1. Normas formales de la sentencia. b.2. Infracciones del principio dispositivo. b.3. Infracciones que no deben incluirse en este motivo de casación. c.- “Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso”. d.- Vulneración del art. 24 de la Constitución. e.- “Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”. e.1. Generalidades: La limitación a las “cuestiones de derecho”. La relevancia de los vicios in iudicando. e.2. Infracción de normas del ordenamiento jurídico civil de Galicia. e.3. Infracción de costumbre. e.4. Infracción de máximas de experiencia. e.5. Infracción de las normas sobre carga de la prueba. e.6. Infracción de las normas sobre cosa juzgada. VII. PROCEDIMIENTO DE LA CASACIÓN GALLEGA. 1.- DISFUNCIONES PROCEDIMENTALES PROVOCADAS POR EL RÉGIMEN DE LA DISPOSICIÓN FINAL 16. 2.- PREPARACIÓN DEL RECURSO. 3.- INTERPOSICIÓN DEL RECURSO. 4.- ADMISIÓN DEL RECURSO. 5.- IMPUGNACIÓN DE LA PARTE RECURRIDA. 6.- LA VISTA. 7.- DECISIÓN DEL RECURSO. *a. Desestimación. b. Estimación de un motivo in procedendo. c. Estimación de un motivo in iudicando.* 8. LAS COSTAS. VIII. VIGENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA TRAS LA NUEVA L.E.C.*

VI.- MOTIVOS DE CASACIÓN.

La Ley 11/1993, en sus arts. 2 y 3, establece unos motivos de casación que en parte son exclusivos de la casación gallega. Digo en parte, porque en realidad el régimen de motivos sólo difería del general de la casación estatal en un punto, que resultaba ser más una concreción que una diferencia, como veremos después, en atención al carácter predominantemente consuetudinario del ordenamiento civil gallego.

Antes de entrar en el análisis de cada uno de los motivos, es necesario realizar un examen comparativo de la regulación casacional de las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1881 y de 2000, puesto que son constantes las remisiones o reiteraciones de la Ley 11/1993 con respecto a la Ley de Enjuiciamiento Civil. De esa forma, se dejará solucionado con carácter previo, cuáles son los motivos concretos por los que cabrá interponer la casación gallega.

1. LOS MOTIVOS DE CASACIÓN DE LAS LEYES DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 1881 Y 2000.

Como decía, los cambios no son tan numerosos como puede parecer a primera vista, pero algunos sí que son de gran trascendencia, según sean interpretados.

En lo que a motivos *in procedendo* se refiere, aunque existen algunas modificaciones que veremos después, lo cierto es que al amparo de los motivos de casación del art. 469 L.E.C. 2000¹ (aplicable a la casación según dispone la Disposición Final 16.1.1^a) se pueden denunciar aproximadamente los mismos defectos que antes cabía alegar al amparo de los tres primeros motivos del art. 1692². Las diferencias más sustanciales las veremos en el epígrafe correspondiente.

Sin embargo, en lo que atañe a los motivos *in iudicando*, las diferencias son de mucha mayor enjundia, pues si bien en un principio el motivo del art. 477.1 L.E.C. 2000 (“*infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso*”) podría considerarse equivalente al del art. 1692.4 L.E.C. 1881 (“*infracción de las normas del ordena-*

¹ 1.º *Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional.*

2.º *Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.*

3.º *Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión.*

4.º *Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución.*

² 1.º *Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción.*

2.º *Incompetencia o inadecuación del procedimiento.*

3.º *Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte.*

miento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”), la omisión de la palabra “jurisprudencia”, según se interprete esta omisión, puede convertirse en un cambio sustancial en esta materia. Además, si se quisiera ahondar un poco más en la cuestión, podría llegar a mantenerse que las expresiones “*cuestiones objeto del proceso*” y “*cuestiones objeto de debate*” tampoco tienen el mismo significado, lo que es evidente desde un respeto estricto a la terminología dogmática procesal.

Pero dejando al margen esas diferencias, parece bastante plausible mantener que los motivos de la L.E.C. 1881 y de la L.E.C. 2000, son en el fondo bastante similares, incluso en lo que se refiere a los motivos *in iudicando*, pues prescindiendo provisionalmente de las diferencias que he indicado, su intención es que se denuncien a través de ellos los defectos en la cuestión de fondo en que haya podido incurrir el juez de instancia. Dicho todo ello de un modo menos comprometido, cabe afirmar que los motivos de la L.E.C. 2000 son lo suficientemente similares a los de la L.E.C. de 1881 como para mantener la capacidad de integración normativa de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 con respecto a la Ley 11/1993, ya que esta última ley realiza frecuentes remisiones a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Es cierto que esas remisiones se habían concebido pensando en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, pero siendo que su tenor en materia de motivos de casación no difiere tantísimo con respecto a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, las citadas remisiones deberían entenderse efectuadas a partir de ahora a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, aunque con las importantes matizaciones que apuntaremos a continuación.

2. ELENCO DE MOTIVOS DE LA CASACIÓN GALLEGA.

Alcanzada la anterior conclusión, corresponde ahora realizar el elenco completo de motivos de casación alegables ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

– *Motivos in procedendo*: En este particular, el art. 3 de la Ley 11/1993 se remitía en bloque a la Ley de Enjuiciamiento Civil³. Por ello, salvo que el legislador gallego reforme la Ley 11/1993, derogada la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y sustituida por la de 2000, hay que entender que los motivos *in procedendo* serán los de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, teniendo en cuenta lo declarado en el anterior epígrafe.

Por ello, dichos motivos serán:

- 1º. Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional.
- 2º. Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.

³ **Art. 3.** Cuando el recurso de casación se funde, además de en alguno de los motivos señalados en el artículo anterior, en uno de los referidos en los números 1, 2 y 3 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, también será competente el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

3º. Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión.

4º. Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución.

– *Motivos in iudicando*: La solución en esta materia reviste mayor complejidad. El art. 2 de la Ley 11/1993 describe dos motivos de casación. El primero⁴ es claramente parangonable con lo que establecía el antiguo artículo 1730, en relación lógicamente con el art. 1692.4 de la misma L.E.C. 1881. Por ello, dejando al margen de momento la cuestión de la jurisprudencia –aunque tenga capital importancia, como se verá después–, entiendo que este primer motivo de la Ley 11/1993 puede entenderse compatible con el amplio tenor del motivo de casación del art. 477.1 que antes veíamos, en relación con el art. 478.1.II que ya analizamos líneas atrás, debiendo, por tanto, considerarse vigentes las precisiones del art. 2.1 de la Ley 11/1993 sobre el derecho que debe alegarse como infringido, ya que no contradecían el art. 1730, y mucho menos contradicen ahora el tenor del art. 478.1.II L.E.C. 2000.

Más problemático es el tenor del segundo motivo de la Ley 11/1993, que reproduzco para mayor claridad:

*“Error en la apreciación de la prueba que demuestre desconocimiento por parte del juzgador de hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre.”*⁵

Sin que lo que voy a decir suponga desautorizar a los redactores de esta norma, a mi juicio el precepto transcrito está redactado de forma desafortunada. Abundaré en este tema más adelante, en el epígrafe correspondiente, pero debe decirse desde ahora que en el sentido técnico-jurídico, por más que se haya dicho con cierta reiteración, una norma jurídica no puede ser objeto de prueba, puesto que una norma jurídica no es un hecho, sino algo que el Juez, o tiene que conocer en virtud del principio *iura novit curia*, o tiene que procurarse obligatoriamente su conocimiento, precisamente para dar cumplimiento al citado principio en toda su dimensión. Y esa actividad no es probatoria. Es de investigación si se quiere, o de alegación de las partes, pero en este último punto no difiere dogmáticamente de la alegación de otras normas jurídicas. Se distancia en este particular en cuanto al procedimiento de alegación, pero no en cuanto a la naturaleza jurídica de la alegación. Como digo, volveré a este tema más adelante.

⁴ “Infracciones de normas del ordenamiento jurídico civil de Galicia o conjuntamente con infracción del mismo y de normas de derecho civil común o doctrina jurisprudencial que establezca el Tribunal Superior de Justicia o la anterior del Tribunal Supremo.”

⁵ El precepto continúa: “Los usos y costumbres notorios no requerirán prueba. A los efectos de este recurso son notorios, además de los usos y costumbres compilados, los aplicados por el Tribunal Supremo, por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia o por la antigua Audiencia Territorial de Galicia.”, pero este redactado lo trataré más adelante.

Lo que el Legislador gallego ha tratado de definir aquí es un vicio que debe estar incluido en el tenor del art. 477.1, igual que antes se localizaba en el motivo cuarto del art. 1692 L.E.C. 1881⁶, puesto que la infracción de costumbres es también “*infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso*”, ya que una costumbre es una norma jurídica, como es claramente sabido, que rige en defecto de ley aplicable (art. 1.1 del Código Civil).

Por ello, a mi juicio hay que tomar este segundo motivo del art. 2 de la Ley 11/1993 como una nueva concreción del motivo único *in iudicando* del art. 477.1, igual que ya fue una concreción del art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

3. ESTUDIO DE LOS MOTIVOS DE CASACIÓN.

Dicho todo lo anterior, debemos pasar ya, sin más preámbulos, al análisis de cada motivo de casación referido.

a.- Infracción de normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional.

A través de este motivo de casación cabe denunciar una multitud de vicios relacionados con el Juez o tribunal que haya conocido el asunto durante las dos instancias anteriores. Puede distinguirse entre vicios de jurisdicción y vicios de competencia.

En cuanto a los primeros, puede alegarse la falta de jurisdicción internacional (lo que la ley impropia denomina “competencia internacional”, art. 36 L.E.C.), es decir, cuando los órganos jurisdiccionales españoles hayan conocido de un asunto incumpliendo lo dispuesto en esta materia por la Ley Orgánica del Poder Judicial y por los Tratados internacionales en que España sea parte. Pero también cuando los tribunales españoles hayan declinado indebidamente el conocimiento de un asunto, incurriendo de ese modo en un defecto de jurisdicción.

Una vez determinado que la jurisdicción pertenece a los tribunales españoles, puede ser que en realidad no sean los órganos jurisdiccionales quienes deban conocer de la cuestión, sino los órganos del poder ejecutivo (art. 37.1 L.E.C.). O también que hayan conocido los órganos del poder ejecutivo sin deber, ante la inhibición de los órganos jurisdiccionales. Estaríamos ante otro defecto de jurisdicción.

También es posible denunciar a través de este motivo la falta de jurisdicción por razón del objeto, que se produce cuando un órgano jurisdiccional civil ha conocido de un asunto que hubiera debido conocer otro orden jurisdiccional (art. 37.2 L.E.C.).

⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, *Del recurso de casación*, cit. p. 860.

Además puede ocurrir que aunque de una materia deban conocer los órganos jurisdiccionales civiles españoles, resulte que el asunto haya quedado sometido a arbitraje por las partes (art. 39 L.E.C.). De no haberse respetado el conocimiento de los árbitros, también cabe denunciar este defecto en casación a través de este motivo.

Por cuanto atañe a los vicios de competencia, el art. 469 L.E.C. permite solamente la denuncia de la infracción, por exceso o por defecto lógicamente, de las normas de competencia objetiva o funcional.

La infracción de la primera sólo se dará habitualmente en relación a la cuantía litigiosa, cuando, por ejemplo, un juzgado de paz haya conocido de un asunto de cuantía superior a 15.000 ptas. que debió haber conocido un juzgado de primera instancia (art. 47 L.E.C.). Pero es perfectamente factible que la incompetencia objetiva se produzca por razón de la materia, cuando ese mismo juzgado de paz afirme erróneamente su competencia en un asunto en el que aunque la cuantía sea inferior a la cantidad señalada, sea de materia que deba conocer el juzgado de primera instancia.

No es alegable en casación, sin embargo, la “incompetencia” objetiva de un Juzgado de primera instancia que haya conocido, por ejemplo, de un asunto de derecho de familia en aquellas localidades donde haya juzgados especializados en esa materia. Aunque el art. 46 L.E.C. 2000 intente hacer pasar a estos temas como cuestiones de competencia objetiva, en realidad nos hallamos ante una cuestión de reparto⁷ que viene prevista por el art. 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y así debe ser observada⁸. Es una cuestión de especialización a través del reparto que no estimo que deba tener relevancia casacional. Al menos no en el ámbito de este motivo, pues no se trata de una cuestión de competencia objetiva, que sólo puede ser atribuida directamente por la Ley Orgánica del Poder Judicial, y no por un acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, “*previo informe de las Salas de Gobierno*”, por más que lo autorice la propia Ley Orgánica del Poder Judicial.

Más complejo es localizar un defecto de competencia funcional (arts. 61-62 L.E.C.) que sea alegable en casación, pues el mismo podría acaecer teóricamente en trámite de recursos. Pero es inimaginable que pudieran acaecer confusiones tales como que la Audiencia Provincial conociera de un recurso de casación. Sin embargo, sería el tipo de asuntos, aunque sean hipótesis de laboratorio, que podrían llegar al Tribunal Superior de Justicia.

⁷ De acuerdo con que las cuestiones de reparto no pueden alegarse en casación, por su carácter meramente gubernativo, SERRA DOMÍNGUEZ, *Del recurso de casación*, cit. p. 835.

⁸ Fijémonos que es el propio art. 46 L.E.C. el que autoriza a resolver estos asuntos como cuestiones de competencia, pero sólo en los casos en que los Juzgados especializados hayan conocido de materias que no les son propias, y no al revés, es decir, cuando un juzgado de primera instancia cualquiera haya conocido de una materia que correspondía a un juzgado especializado.

Se echan en falta, sin embargo, en relación con la anterior normativa, que puedan alegarse en casación las infracciones de las normas de competencia territorial, lo que no deja de sorprender en una ley donde se le ha dado tanto relevancia a los fueros de competencia territorial improrrogable (art. 52 L.E.C.). Sin embargo, una desconexión entre los preceptos de la ley que ha observado muy acertadamente MUÑOZ JIMÉNEZ⁹ avala la tesis de que son denunciables en casación estos defectos, precisamente en los casos en que la norma de competencia territorial sea imperativa. Si se acude al art. 67.2 L.E.C., se observará que se cita expresamente al “*recurso extraordinario por infracción procesal*” entre los recursos en los que cabe alegar las cuestiones de competencia territorial improrrogable. Sólo un *error calami* ha podido omitir la oportuna referencia a esta cuestión en el primer motivo del art. 469.1. Si se acepta que nos hallamos ante una omisión involuntaria, hay que entender incluida en el ámbito del motivo que analizamos, la denuncia de las infracciones de estas normas de competencia territorial improrrogable, y por tanto, por remisión de la Disposición Final 16, será aplicable también este motivo, y con el contenido que acabamos de expresar, a la casación.

Ocurre con todos estos vicios un problema que se comparte con las infracciones que vamos a ver en el epígrafe siguiente, y que, de nuevo, es consecuencia de la precipitación en la redacción de la Disposición Final 16 L.E.C.. Dicha disposición prevé que pueda interponerse recurso de casación ante los Tribunales Superiores de Justicia por los motivos del art. 469 L.E.C.. Pero no efectúa también la remisión a las condiciones que exige dicho artículo para alegar dichos motivos, es decir, la previa denuncia en la instancia, la reproducción, en su caso, en la segunda instancia, y, también en su caso, la petición de subsanación. Son requisitos que exige el art. 469.2 L.E.C., pero obviamente, no forman parte del enunciado de los motivos.

Sólo una interpretación muy benévola podría salvar la aplicabilidad de este segundo párrafo del art. 469 L.E.C.. Sin embargo, la aplicabilidad se impone por puro sentido común jurídico, basado en la doctrina de los actos propios, en la firmeza de las resoluciones judiciales¹⁰, y en el principio de buena fe procesal (art. 247 L.E.C.) No es admisible que se permita el recurso a alguien que ha dejado pasar sus oportunidades para denunciar un vicio en la instancia, pudiendo haberlo hecho, y haya dejado precluir los plazos esperando una sentencia favorable, que al final no llega, momento en el cual aprovecha para alegar todos los vicios que había omitido denunciar. Por ello, a pesar del defecto de la Disposición Final 16 L.E.C., debe estimarse vigente para la casación este art. 469.2 L.E.C.

⁹ 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. 2218.

¹⁰ Sobre estas cuestiones, vid. CALAMANDREI, *Cassazione civile*, Vol. II, cit. p. 245 y SERRA DOMÍNGUEZ, *Del recurso de casación*, cit. p. 863.

b.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.

En este particular, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 ha incurrido en algunos fallos dogmáticos, como consecuencia del excesivamente amplio tenor del motivo segundo del art. 469, y de la quizás indebida colocación sistemática de algunas instituciones procesales entre sus preceptos. Cuando se lee el tenor del motivo, “*infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia*”, la primera duda que asalta es saber qué ha debido entender el legislador como incluido en el ámbito de este motivo¹¹.

Para dilucidar la cuestión no queda sino buscar en la ley dichas normas reguladoras de la sentencia, y las mismas se hallan en las secciones 1ª y 2ª del capítulo VIII del Título V del Libro primero de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bajo las rúbricas “*De las clases, forma y contenido de las resoluciones y del modo de dictarlas, publicarlas y archivarlas*” y “*De los requisitos internos de la sentencia y de sus efectos*”. Con estos rótulos puede adivinarse la cantidad de cuestiones que se han mezclado aquí, por lo que no resulta tarea fácil señalar las infracciones de qué normas van a poder ser alegables en casación.

Ateniéndonos al contenido de ambas secciones, ciñéndonos estrictamente a lo que son, según la propia ley, normas procesales reguladoras de la sentencia, podrían denunciarse, al menos, vulneraciones de los siguientes defectos, teniendo en cuenta además que el art. 469.2 no exige que la infracción tenga carácter “esencial” como lo preveía la L.E.C. 1881, lo que permitía descartar buena parte de las normas reguladoras de la sentencia que no tiene sentido que su infracción sea estudiada en casación¹²:

- 1.– Haber dictado una resolución judicial que no sea una sentencia, cuando correspondía esta última (art. 206).
- 2.– Infracciones de la forma externa y estructura de las sentencias (art. 208 y 209).
- 3.– Omisión de la forma escrita de la sentencia (art. 210.3).
- 4.– Infracción del deber de invariabilidad de las sentencias, una vez han sido dictadas (art. 214).
- 5.– Infracciones del principio dispositivo (art. 216).
- 6.– Infracciones de las reglas de la carga de la prueba (art. 217).
- 7.– Incongruencia de la sentencia (art. 218).
- 8.– Defectos de motivación de las sentencias en cuanto a su forma –claridad y precisión fundamentalmente– (art. 218).
- 9.– Defectos de “motivación” de las sentencias con respecto a su logicidad (art. 218).

¹¹ De hecho, era el mismo problema que existía antes con el art. 1692.3 L.E.C. 1881, pero hubiera sido deseable que una ley nueva, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, consciente del problema, hubiera solucionado la cuestión de una vez por todas.

¹² Vid. sobre la cuestión SERRA DOMÍNGUEZ, *Del recurso de casación*, cit. p. 839.

10.– Defectos en la elaboración de las sentencias con reserva de liquidación y de las sentencias que contengan condenas de futuro (arts. 219 y 220).

11.– Infracción de la cosa juzgada, formal y material (arts. 207 y 222).

A primera vista, es evidente que los contenidos son excesivos, y que hay infracciones que aunque estén reguladas en una norma procesal, son defectos de enjuiciamiento que, siguiendo la dogmática casacional, no debieran ser analizados a través de un motivo *in procedendo*. Dividiremos las materias en apartados para su mejor explicación.

b.1. Normas formales de la sentencia.

Parece manifiestamente excesivo que deba merecer casación una sentencia que, a pesar de su contenido, no lleve la rúbrica de sentencia (art. 206), o que no haya respetado las normas sobre estructura y forma de las sentencias (art. 208 y 209)¹³, es decir, la separación de los antecedentes de hecho, fundamentos de derecho y fallo, deba merecer casación si su motivación es suficiente y el sentido de su fallo no deja lugar a dudas. Igualmente, parece fuera de lugar que deba casarse una sentencia que no ha respetado la forma escrita (art. 210.3), si, como obliga la propia Ley (art. 187), ha quedado constancia (audiovisual o escrita) en los autos del pronunciamiento judicial.

La inobservancia de estas obligaciones formales debería dar lugar, en su caso, solamente a responsabilidad disciplinaria, pues se trata en todo caso de infracciones rayanas con la indolencia judicial que deberían ser calificadas, solamente si son flagrantes y reiteradas, de faltas muy graves al amparo de lo dispuesto en el art. 417.9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁴. No obstante, entiendo que lo adecuado en estos casos sería realizar meras advertencias, como prevenía el art. 373 L.E.C. 1881, pero la Ley Orgánica del Poder Judicial carece de base legal para abogar por esta solución.

Pero en cualquier caso, lo que es evidente es que no debe casarse una sentencia por estas razones, reitero, siempre y cuando su motivación y fallo sean claros, puesto que de lo contrario sí que estaríamos ante un defecto que debería merecer casación.

Por consiguiente, lo oportuno sería que jurisprudencialmente se limitara la casación a los tres siguientes defectos:

– Infracción del deber de invariabilidad de las sentencias, una vez han sido dictadas (art. 214).

¹³ En este sentido, ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, cit. p. 551.

¹⁴ “*La desatención o el retraso injustificado y reiterado en la iniciación, tramitación o resolución de procesos y causas o en el ejercicio de cualquiera de las competencias judiciales.*”

– Defectos de motivación de las sentencias en cuanto a su forma –claridad y precisión fundamentalmente– (art. 218).

– Defectos en la elaboración de las sentencias con reserva de liquidación y de las sentencias que contengan condenas de futuro (arts. 219 y 220).

Los indicados sí son defectos importantes, y que deben merecer la casación de la sentencia, puesto que tienen trascendencia en la emisión del enjuiciamiento. Pero no se confundan los términos; no es que se trate de defectos de enjuiciamiento, sino que se trata de vicios que impiden conocer el sentido real de dicho enjuiciamiento (defectos formales de motivación), o que omiten el pronunciamiento sobre extremos que deberían haber sido consecuencia lógica del enjuiciamiento ya realizado (defectos en las sentencias citadas en los arts. 219 y 220), o conductas que tratan de modificar un enjuiciamiento ya realizado, es decir, que obstan a la plena eficacia del mismo (deber de invariabilidad).

b.2. Infracciones del principio dispositivo.

El redactado del art. 216, que impone a los jueces civiles el respeto por el principio dispositivo (principio de justicia rogada, dice el precepto), también forma parte de las normas que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 entiende como reguladoras de la sentencia.

Dentro de su ámbito¹⁵, y de hecho aunque no existiera dicho precepto, es posible incluir los diferentes defectos (cosas, casos y modos distintos) que atañen a la congruencia de la sentencia, y de hecho así son referidos en el art. 218 L.E.C. 2000, aunque no sin cierta imprecisión en la que ahora, lamentablemente, no puedo entrar.

De todas formas, hubiera sido preferible no incluir este principio entre las normas reguladoras de la sentencia, porque no sólo afecta a la misma, sino a la mayoría de fases procedimentales del proceso civil, y además, a efectos de casación, amenaza con convertirse en un cajón de sastre en el que pueda caber la alegación de multitud de errores que, no son errores *in procedendo* sino *in iudicando*, y además probablemente no sean defectos que deban merecer casación. Sin entrar ahora en un estudio del citado principio, basta con reproducir el contenido del art. 216 para ver en qué puede convertirse en manos de un abogado habilidoso: “*Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales.*” Nada más y nada menos. Creo que la cuestión, por su obviedad, no merece ulterior comentario.

¹⁵ A pesar de que no sólo a través de este principio se expresa la congruencia, sino que el principio de audiencia y la prohibición de *non liquet* también tienen un papel importante en la configuración de la misma. Vid. al respecto, SERRA DOMÍNGUEZ, *Incongruencia civil y penal*, en: “Estudios de Derecho Procesal”, Barcelona 1969, p. 397.

b.3. Infracciones que no deben incluirse en este motivo de casación.

Están por completo fuera del ámbito de este motivo los vicios de enjuiciamiento. Por ello, no tiene sentido alguno que se incluyan en el mismo las infracciones de las reglas de la carga de la prueba¹⁶, los defectos de logicidad de las sentencias¹⁷ y la infracción de la cosa juzgada¹⁸. Desde luego, como ya se ha dicho, tampoco podrán denunciarse las infracciones del principio dispositivo que impliquen enjuiciamiento.

A pesar de haber existido jurisprudencia del Tribunal Supremo contradictoria en todas esas materias, consideramos a todos esos vicios como defectos *in iudicando*, porque afectan sin duda al fallo de la sentencia, y es posible demostrar su trascendencia en el mismo, a diferencia de lo que suele ocurrir con los vicios *in procedendo*. Por ello reservamos su análisis para el motivo correspondiente.

c.- “Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso”.

El ámbito de este motivo es, aunque fuera difícil superarlo, aún más ambiguo y problemático que el equivalente del art. 1692.3 L.E.C. 1881. Diciendo más o menos lo mismo, existen algunas modificaciones cuyo alcance es difícil de determinar. Y además, se produce un solapamiento con otros motivos de casación que no tiene justificación alguna, aunque sea quizás irrelevante en la práctica. Si en la anterior legislación la forma infringida debía ser esencial, y además debía haberse producido efectivamente indefensión, en el art. 469.3 se exigen dos requisitos alternativos a esta infracción procedimental: O bien la infracción es de las que provocan la nulidad conforme a la propia Ley de Enjuiciamiento Civil; o bien el acto “*hubiere podido producir indefensión*”.

Empezando por el primer requisito, no se exige que la nulidad sea radical¹⁹, sino simplemente que la ley disponga la nulidad, sin distinguos. Y la ley (o las leyes) realizan esta actividad en una constelación de casos que se citan a continuación²⁰:

1. 1. Falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional (arts. 225.1º y 48.2 L.E.C. 2000 y 238.1º L.O.P.J.).
2. 2. Incongruencia (art. 240.3 L.O.P.J.).

¹⁶ En sentido análogo, MUÑOZ JIMÉNEZ, *Comentarios*, cit. p. 2221.

¹⁷ En el mismo sentido, MUÑOZ JIMÉNEZ, *Comentarios*, cit. p. 2220.

¹⁸ De la misma opinión, SERRA DOMÍNGUEZ, *Del recurso de casación*, cit. pp. 839-840.

¹⁹ A diferencia de otros preceptos, v g., con respecto a la sentencia de apelación, art. 465.3, en que sí se cita esta nulidad radical.

²⁰ Cfr. esta lista en VILLAGÓMEZ CEBRIÁN (con Cortés Domínguez, Moreno Catena, Damián Moreno y Gonzalez Granda), *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid 2000, p. 174.

3. Actos procesales llevados a cabo con violencia o intimidación (arts. 225.2º L.E.C. 2000 y 238.2 L.O.P.J.).
4. Prescindir de “*normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión*” (arts. 225.3º L.E.C. 2000 y 238.3 L.O.P.J.).
5. Actos procesales llevados a cabo sin la preceptiva intervención de abogado (art. 225.4º L.E.C.)²¹
6. Actos procesales llevados a cabo fuera de un plazo propio (arts. 229 L.E.C. 2000 y 241 L.O.P.J.).
7. Actuaciones realizadas sin diligencia de reparto, o por tribunal diferente al señalado en la misma (art. 68.2 y 4 L.E.C.).
8. Nulidad por sustanciar un segundo incidente de acumulación de procesos en un mismo proceso (art. 97.2 L.E.C.).
9. Actuaciones realizadas por juez incurso en causa de recusación indebidamente desestimada (art. 113 L.E.C. Y 228 L.O.P.J.).
10. Infracción del deber de intermediación judicial (art. 137.3).
11. Actos de comunicación practicados con infracción de las normas de los arts. 149 a 168 L.E.C. (art. 166.1 L.E.C.).
12. Nulidad de la resolución judicial por falta de firma del Secretario Judicial (art. 204.3 L.E.C.).
13. Nulidad de diligencias de ordenación que resuelven cuestiones para las que hubiera debido dictarse una resolución judicial (art. 224.1 y 2 L.E.C.).
14. Nulidad de actuaciones por haber dado una de las partes copia inexacta de un original a la contraparte (art. 280 L.E.C.).

Antes de seguir adelante, por su posible solapamiento con el segundo requisito alternativo, analicemos el mismo. También habrá lugar al recurso de casación si el acto en cuestión “*hubiere podido producir indefensión*”. La diferenciación con el redactado del antiguo artículo 1692.3 ya ha despertado las dudas doctrinales de quien considera que el motivo tiene un tono dubitativo inexacto, pues la jurisprudencia del Tribunal Constitucional exige que la indefensión sea real y efectiva²², o quien afirma que el redactado es genérico, ambiguo, erróneo y defectuoso²³.

Dicho todo lo anterior, es necesario realizar una reflexión previa que nos permita clarificar el ámbito de este motivo, que visto lo visto, realmente más confuso es difícil que sea. El solapamiento de los errores de los puntos 1 y 2 con los motivos 1 y 2 del art. 469 es

²¹ Con la advertencia de que la aplicación de este precepto está suspendida por la DF 17 L.E.C. 2000, y además, el art. 225.4, a diferencia del resto, no tiene parangón en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

²² Cfr. MUÑOZ JIMÉNEZ, *Comentarios*, cit. p. 2223.

²³ GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Comentarios a los arts. 468 a 493*, en: AAVV (dir. Garberí), *Los procesos civiles*, Barcelona 2001, p. 814.

patente. Por otra parte, se repite también el vicio del punto 4 con el del último inciso del motivo que analizamos, lo que hace pensar si era necesario que el legislador introdujera tanta confusión exigiendo que la norma procesal vulnerada deba ser esencial (arts. 225.3º L.E.C. 2000 y 238.3 L.O.P.J.) o no (art. 469.1.3º L.E.C. 2000), y que la indefensión “*haya podido*” producirse (art. 225.3º L.E.C. 2000), “*hubiere podido*” producirse (art. 469.1.3º), o se “*haya producido*” “*efectivamente*” (art. 238.3 L.O.P.J.).

A mi juicio, intentar buscar interpretaciones a cada una de las posibilidades es absurdo; y por otra parte, buscar razones de los solapamientos no tiene sentido, pues lo que acabamos de describir es tan sumamente arbitrario e irreflexivo, y es tan grande la incuria legislativa, que merece más la pena abogar por una interpretación que, aunque sea poco menos que irónica, tiene la ventaja al menos de ahorrarnos escudriñar en la mente del legislador. Esa interpretación consiste en afirmar que el motivo que analizamos es un “*motivo residual o cláusula de cierre*”²⁴, consistente en entender incluídos cualesquiera defectos procesales no incluíbles en el resto de motivos del art. 469, que provoquen nulidad o hayan producido indefensión, que lo mismo es, puesto que la mayor de las nulidades procesales que cabe cometer es precisamente la vulneración constitucional del derecho de defensa²⁵.

Pero para todo este viaje, no hacía falta cargar las alforjas con todos los problemas que llevamos ya analizados en las líneas precedentes, puesto que hubiera bastado con este motivo para dejar incluidas buena parte de las infracciones que llevamos analizadas²⁶. Sin embargo, cuesta mucho creer que el legislador haya sido deliberadamente descuidado para ayudar a los recurrentes. Lo que llevamos analizado es un ejemplo de falta total de sistemática y de técnica legislativa, que va a motivar en la práctica multitud de recursos infundados aprovechando los resquicios de una normativa impresentable, al menos en este punto, y que parece mentira que haya pasado por comisiones parlamentarias y cámaras legislativas, siendo aprobada finalmente como ley.

d.- Vulneración del art. 24 de la Constitución.

Y si hablamos de reiteraciones, aquí tenemos una más, puesto que éste, y no el anterior, sí podría haber sido el motivo único *in procedendo*, si es que ya se desea llevar las cosas al extremo.

²⁴ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil*, cit. p. 464.

²⁵ Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, *Comentarios*, cit. p. 814.

²⁶ Si bien, no abogamos porque este fuera el motivo único *in procedendo*, como afirma DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil*, cit. p. 464, sino que entendemos que es beneficioso respetar el listado de motivos *in procedendo* para orientar al recurrente, por una parte, y por otra porque no pensamos que las vulneraciones de las normas reguladoras de la sentencia deban ser metidas en el mismo saco, puesto que ateniéndonos a lo que dispone la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, no todas provocan necesariamente la nulidad. Podrían provocarla, es cierto, pero la ley no lo dispone así, y entiendo que es más beneficioso que lo disponga, por tener la estimación de estos motivos diferente alcance, como veremos en el capítulo siguiente.

Todas las infracciones que llevamos analizadas hasta el momento pueden incluirse aquí. Los vicios de jurisdicción y competencia vulneran el derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2). Las vulneraciones de las normas reguladoras de la sentencia son contrarias al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1), así como las infracciones de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, cuando no agredan además a otro derecho contenido en el art. 24. Con un poco de paciencia podría localizarse uno de los derechos reconocidos en ese artículo, directamente vulnerado por alguna de las infracciones que hemos analizado. Con lo cual, si no fuera por su utilidad ejemplificativa para los recurrentes, que no es desdeñable, podría haberse prescindido de todos los motivos del art. 469.

Sin embargo, a pesar de que pueda parecer extraño decir lo siguiente, creo que de lo que debía haberse prescindido es de la cita de este motivo. Es obvio que puede ser alegada la vulneración de su contenido en casación, pero citarlo expresamente en este precepto es algo así como una presa sabrosa para el *improbis litigator*, que con la fundamentación adecuada va a conseguir que el tribunal de casación conozca indebidamente de cuestiones que no deben merecer casación. Además, en la práctica se va a conducir a la confusión, puesto que no todos los derechos que reconoce el art. 24 son aplicables al proceso civil. Y no siempre va a ser tan fácil pronunciarse sobre esta cuestión, puesto que si bien es obvio, por ejemplo, que el derecho a ser informado de la acusación, o el derecho a no confesarse culpable no tienen trascendencia alguna en el proceso civil²⁷, no cabe decir lo mismo del derecho a la presunción de inocencia, que durante algunos años provocó dudas (aunque no hubiera debido producirlas) en la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, hoy afortunadamente superadas²⁸.

Este motivo corre el riesgo de convertirse en un motivo “comodín”, al estilo de lo que ocurre actualmente en la casación penal con respecto al derecho a la presunción de inocencia. No discuto que su contenido deba poder ser alegado en casación, pero su cita como motivo de casación en el art. 469 me parece inoportuna, por las razones que he indicado anteriormente. Además, dicha cita es innecesaria, pues bastaba considerarla motivo de casación a través de un motivo genérico, como el que estudiaremos a continuación, de infracción del ordenamiento jurídico²⁹, extrayendo en cada caso el tribunal de casación las con-

²⁷ En este sentido, GARBERÍ LLOBREGAT, *Comentarios*, cit. pp. 815-816, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil*, cit. p. 464.

²⁸ Sobre esta cuestión nos remitimos al certero resumen de GARBERÍ LLOBREGAT, *Comentarios*, cit. pp. 816-817.

²⁹ Si no hubiera sido porque el legislador deseaba restringir el ámbito de este motivo, que estudiaremos a continuación, a los vicios *in iudicando*, con la intención de efectuar una perturbadora división de trabajo entre Tribunales Superiores de Justicia y Tribunal Supremo basada en la división entre vicios *in procedendo* y vicios *in iudicando*, correspondiendo al Tribunal Supremo el conocimiento de los motivos *in iudicando*, ocupándose del resto los Tribunales Superiores de Justicia. La finalidad de todo ello era únicamente descargar de asuntos al Tribunal Supremo. Como es sabido, la falta de aprobación de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que debía haber acompañado a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, frustró que este sistema se materializara.

secuencias casacionales de la estimación de cada motivo alegado³⁰, y dejando para el elenco de los motivos *in procedendo* la cita de los defectos procesales de mayor gravedad.

e.- “Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”.

Entramos ya en el ámbito de los motivos *in iudicando*. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 ha querido seguir la técnica alemana³¹ del motivo único, pero sin darse cuenta de que en Alemania esta técnica engloba a motivos *in iudicando* e *in procedendo*, existiendo solamente una lista de motivos de casación *in procedendo* expresos³², enumerando los más graves, que visto lo tratado en los anteriores epígrafes, no es paragonable con la del art. 469.

Quiero decir con ello que cuando la redacción de un motivo de casación es tan amplia, “*infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso*”, realmente cabe todo, alegaciones de fondo y de forma, puesto que las cuestiones procesales también forman parte indudablemente del objeto del proceso³³.

No ha caído en esa cuenta el legislador, que ha creado un sistema híbrido, que carece de justificación, y que sin mejorar los defectos de la anterior redacción de los motivos de casación, la ha empeorado notablemente, como veremos seguidamente. Suerte que para la casación gallega, la mayor parte del régimen casacional de resoluciones recurribles concebido por el legislador no es aplicable en absoluto, como ya vimos en su momento. Y mucho menos este motivo, puesto que la normativa a tener en cuenta en esta materia es el art. 2 de la Ley 11/1993, al que se dedican los siguientes apartados.

e.1. Generalidades: La limitación a las “cuestiones de derecho”. La relevancia de los vicios in iudicando.

Antes de entrar propiamente en materia, deben tratarse dos cuestiones previas.

La primera es la que se refiere a la tradicional restricción a las cuestiones de derecho de los tribunales de casación europeos. Afortunadamente, ni el legislador estatal ni el gallego han hecho la más mínima referencia a esta cuestión, y además, la doctrina, de momento, tampoco ha sacado a relucir este tema³⁴.

³⁰ Que es lo que se hace en Alemania, por ejemplo, Vid. NIEVA FENOLL, *El recurso*, cit. pp. 52-54.

³¹ Aunque también francesa. Vid. NIEVA FENOLL, *El recurso*, cit. pp. 35-36. Sobre las referencias que realizaré a la casación alemana puede consultarse la misma obra, pp. 40 y ss.

³² Los que merecen casación con independencia de su relevancia en el fallo.

³³ BERZOSA FRANCO, M^a Victoria, *Demanda, “causa petendi” y objeto del proceso*, Córdoba 1984, p. 219.

³⁴ Aunque sí incidentalmente la jurisprudencia. S. 26-5-1997, FD 2^o: “...el recurso de casación además de no conducir a una tercera instancia -sólo puede sostenerse la casación en el total respeto de la situación de hecho litigiosa- no permite la introducción de cuestiones nuevas en esa especial fase procesal...”

Y ello, que ojalá se deba a una decisión voluntaria de los respectivos legisladores, es un acierto que debo destacar. Reiteradamente en la doctrina se había dicho que la distinción hecho y derecho en el proceso no tenía razón de ser alguna, fundamentalmente porque contradecía la unidad sustancial del juicio jurisdiccional, que no admite parcelaciones, ni tan siquiera teóricas, salvo que se desee que éstas sean erróneas³⁵. En estas condiciones, trasladar dicho esquema a la casación, como criterio de cognición del órgano casacional, resulta totalmente injustificado, con más razón si se piensa que, históricamente, este criterio de delimitar la cognición de los tribunales de casación nació en Francia jurisprudencialmente a principios del siglo XIX, con la única finalidad de reducir el volumen de asuntos ante la *Cour de Cassation*, con una excusa dogmática, la de la protección exclusiva del derecho como finalidad de la casación, que ha engañado a la doctrina y a la práctica durante decenios, sin darse cuenta de que para analizar cualquier infracción jurídica, es necesario descender a la cuestión de hecho para comprobar la correcta aplicación de la norma jurídica.

Superada pues esta materia, que esperemos que no vuelva a surgir jurisprudencialmente en el futuro, podemos pasar al segundo punto que he propuesto comentar: la relevancia de los vicios *in iudicando*.

Como expliqué unas líneas más atrás de manera puramente incidental, la relevancia de los motivos en casación *in iudicando* consiste en que no puede denunciarse cualquier error jurídico cometido en la instancia, sino que el mismo debe haber influido directamente en el sentido del fallo que perjudica al recurrente³⁶.

Se trata de una cuestión importante que hubiera debido merecer la oportuna referencia en las leyes, tanto en la autonómica como en la estatal, pero especialmente en esta última, al estilo del §549 y 551 de la ZPO alemana. No ha sido así, y aunque la jurisprudencia se ha referido con cierta reiteración a la cuestión, no por ello hubiera debido dejar de esclarecerse este tema en el derecho positivo, no sólo ya con respecto a los vicios *in procedendo*, como ya se indicó, sino también en relación a los vicios *in iudicando*, pues la redacción del motivo único de casación de la L.E.C. 2000 es tan desafortunada, que hasta parece contradecir que los motivos *in iudicando* deban ser relevantes. Cuando se habla de “*infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso*”, desde luego puede analizarse cualquier infracción, las que tengan relevancia en el fallo y las que no la tengan. Y

³⁵ De toda esta cuestión me he ocupado monográficamente en NIEVA FENOLL, *El hecho y el derecho*, cit. *passim*, haciendo referencia a todo tipo de antecedentes históricos, legislativos, filosóficos y prácticos de la cuestión. Además, es de consulta obligada en esta materia la brillante obra de GUASCH FERNÁNDEZ, Sergi, *El hecho y el derecho en la casación civil*, Barcelona 1998, que también aboga por la derogación de la distinción, aduciendo argumentos y demostraciones de todo tipo para llegar a esa conclusión.

³⁶ Se refiere a esta cuestión, con respecto a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, cit. p. 569.

no es un tema baladí³⁷, puesto que, como vimos, esta misma doctrina no es aplicable a los vicios *in procedendo*.

Realizadas estas aclaraciones, emprendamos ya la explicación del ámbito del motivo.

e.2. Infracción de normas del ordenamiento jurídico civil de Galicia.

Si el redactado del “motivo único” del art. 477 L.E.C. 2000 estuviera en vigor para la casación gallega, realmente cabría alegar cualquier norma como infringida³⁸.

La única duda que podía quedar en estas condiciones es si la jurisprudencia podría ser alegada como infringida a través de este motivo de casación. Con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 en la mano, la cuestión es de difícil resolución³⁹. Pero para la casación gallega la cuestión es muy sencilla. El art. 2.1 de la Ley 11/1993 se expresa en los siguientes términos:

“Infracciones de normas del ordenamiento jurídico civil de Galicia o conjuntamente con infracción del mismo y de normas de derecho civil común o doctrina jurisprudencial que establezca el Tribunal Superior de Justicia o la anterior del Tribunal Supremo.”

Teniendo en cuenta el valor de la regulación casacional autonómica con respecto a la estatal, que ya dejamos determinado con anterioridad, no cabe duda de que la jurispruden-

³⁷ La más importante doctrina extranjera se refiere al mismo. Por todos, CALAMANDREI, *Cassazione civile*, Vol. II, cit. p. 252 y ss. ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit. p. 878. FASCHING, *Lehrbuch*, cit. pp. 946-947.

³⁸ “*Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso*”. Con ese redactado, desde luego cabe alegar cualquier norma –suponemos que jurídica– como infringida. Ley positiva sea ésta estatal o autonómica, y sea de la rama del ordenamiento que sea; costumbre; principios generales del derecho; derecho extranjero, normas reglamentarias, etc. Mientras exista al propio tiempo una infracción de derecho civil propio de la Comunidad Autónoma (art. 478.1), realmente todo vale. Parece que la voluntad del legislador había sido reducir el ámbito de la casación al derecho civil o mercantil (Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil*, cit. p. 473.), pero desde luego, con el redactado de este motivo, las únicas restricciones al derecho aplicable habrán de venir por vía jurisprudencial, que no obstante, estimo que si restringe la rama del derecho aplicable, volverá a cometer un grave error, pues no es infrecuente que para completar la legislación civil deba acudir a la normativa de otras ramas del derecho, traducándose por tanto las infracciones de los preceptos de esas otras ramas en auténticas infracciones de derecho privado. Vid sobre este interesante tema, SERRA DOMÍNGUEZ, *Del recurso de casación*, cit. p. 854.

³⁹ Vid. sobre el particular, OSORIO ACOSTA, Ezequiel, *Comentarios a los arts. 477 y 487*, en: “AAVV (dir. Lorca Navarrete), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*”, Valladolid 2000, p. 2331. ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, cit. p. 571. MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil*, cit. p. 417. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *La nueva Ley*, cit. p. 193.

cia va a ser alegable en casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia⁴⁰, lo cual es un motivo de aplauso y un reconocimiento de su indiscutible papel de fuente del derecho⁴¹. No obstante, resulta objetable la omisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tribunal superior en todos los órdenes (art. 123 C.E.), y que hubiera debido tener un reconocimiento expreso, al menos en lo que a la interpretación del derecho civil común se refiere. La omisión es difícil de salvar, puesto que el motivo de casación especifica que la jurisprudencia del Tribunal Supremo que debe tenerse en cuenta es la anterior a la promulgación de la Ley 11/1993, lo que puede hacer caer al derecho civil común aplicable en Galicia en un localismo, que por más que teóricamente pueda ser defendible, es contrario a la misión casacional de la Sala primera del Tribunal Supremo, señalada, como vemos, por la propia Constitución. Las dudas de constitucionalidad en esta materia, por tanto, son bien patentes.

Por otra parte, la delimitación de las normas del ordenamiento jurídico que pueden alegarse en casación es más cicatera que en la legislación estatal. Sólo parecen poder alegarse normas de derecho civil, común o propio de la Comunidad Autónoma. Ello incluye a todas las normas, legales o reglamentarias, positivas o no positivas, del ordenamiento jurídico. Pero solamente de la rama civil. Y solamente del ordenamiento jurídico español. El motivo desconoce, por tanto, el hecho de que no sólo las normas civiles son aplicables en las relaciones de derecho civil, sino que aquellas contienen en ocasiones remisiones a la normativa de otras ramas. Y además, que existen unas normas de Derecho Internacional Privado que hacen que el derecho extranjero también pueda ser de imprescindible utilización para garantizar la correcta aplicación de una norma civil, estatal o gallega⁴². Una futura reforma del motivo debiera subsanar estas deficiencias.

e.3. Infracción de costumbre.

El carácter consuetudinario de una gran parte del Derecho Civil Gallego fue precisamente lo que provocó al parecer, como ya vimos, la regulación casacional que estamos estudiando.

⁴⁰ De ese modo lo reconoce la STSJG 27.1.2000, FD 2º.

⁴¹ Lógicamente, esta afirmación es una opinión personal, aunque compartida por buena parte de la doctrina. No obstante no deja de ser polémica. Aunque no pueda entrar ahora en este interesante tema, debe citarse la doctrina de referencia más importante sobre la cuestión. PUIG BRUTAU, José, *La jurisprudencia como fuente de derecho*, Barcelona, s.f. (por las citas del autor, la obra debe de ser posterior a 1951). SERRA DOMÍNGUEZ, *El juicio jurisdiccional*, en: "Estudios de Derecho Procesal", Barcelona 1969, p. 102 y ss. DE OTTO, *Derecho constitucional*, cit. p. 287 y ss. DE MARINI, Carlo Maria, *Il giudizio di equità nel processo civile*, CEDAM, Padova, 1959, p. 211 y ss. SATTÀ (con Punzi), *Diritto Processuale Civile*, Padova 1996, pp. 212 y ss. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho y Proceso*, Barcelona 1978, pp. 201 y ss. BARONA VILAR, *El Tribunal Superior de Justicia*, cit. pp. 406-407.

⁴² Vid. sobre estas cuestiones, SERRA DOMÍNGUEZ, *Del recurso de casación*, cit. pp. 854 y 856.

La costumbre es una fuente más del derecho, que rige en defecto de ley (art. 1.3 del Código Civil), aunque, como vimos, esto no sea igual de claro en el Derecho Civil Gallego. Pero con independencia de ese tema, su alegación en juicio reviste una serie de complicaciones que provocan que el proceso deba sufrir necesariamente alguna alteración, puesto que la costumbre, por su localismo y su dificultad de conocimiento y estudio, no tiene por qué formar parte del acervo jurídico del juez, del *iura novit curia*⁴³. Pero eso no quiere decir que no deba procurarse su conocimiento, y por ello se le tienen que poner a su disposición todos los medios precisos para que adquiera dicho conocimiento por sí mismo⁴⁴.

Ese mismo problema se reproduce en casación, precisamente porque deben hallarse los cauces adecuados para que el tribunal de casación conozca la costumbre, y pueda decidir sobre su eventual violación. El Tribunal Supremo, en las pocas veces que había tenido que conocer de una costumbre, había adoptado la postura de que fueran las partes las que le suministraran el conocimiento de la misma, a través de la llamada “prueba” de la costumbre, en expresión del propio artículo 1.3 del Código Civil y ahora del art. 2 de la Ley 4/1995, de 24 mayo de Derecho Civil de Galicia. De hecho, esa era la posición de la doctrina tradicional⁴⁵, que había tratado a la costumbre como si de un hecho se tratara⁴⁶, y que ha influido también a la jurisprudencia⁴⁷.

Esa misma manera de ver las cosas es la que ha influenciado al legislador gallego, el cual ha redactado en este particular un motivo de casación como el que reproducimos (art. 2.2º Ley 11/1993):

“Error en la apreciación de la prueba que demuestre desconocimiento por parte del juzgador de hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre. Los usos y costumbres notorios no requerirán prueba. A los efectos de este recurso son notorios, además de los usos y costumbres compilados, los aplicados por el Tribunal Supremo, por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia o por la antigua Audiencia Territorial de Galicia.”

Dejando al margen las costumbres compiladas, que no presentan mayor problema y puede aplicárseles cuanto dijimos en el epígrafe anterior, debe señalarse que el tenor del motivo es bienintencionado, pero jurídicamente resulta erróneo por diversas razones. En

⁴³ Cfr. sobre este tema, SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios al Código Civil*, cit. p. 41 y ss.

⁴⁴ Vid. acerca de esta cuestión, GUASCH FERNÁNDEZ, *El hecho*, cit. p. 220.

⁴⁵ ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto, *La prueba del derecho consuetudinario*, RDPPriv. 1934, t. XXI, pp. 145 y ss.

⁴⁶ Reproduce exhaustivamente dicha doctrina GUASCH FERNÁNDEZ, *El hecho*, cit. pp. 219-220.

⁴⁷ STSJG 17-10-1997, FD 2º. STSG 8-4-1998, *passim*.

primer lugar, en caso de que el Juzgador de instancia haya desconocido una costumbre, nos hallamos ante una violación de norma jurídica en toda regla, y no ante un error en la apreciación de la prueba, que no tiene nada que ver. La costumbre, aunque pueda provenir de un hecho reiterado en un determinado ámbito social donde goza de *opinio iuris*, no es un hecho. No es algo que ha sucedido y debe demostrarse su acaecimiento, sino que es una norma jurídica que respetan con reiteración en sus relaciones un conjunto de ciudadanos. Así parece reconocerlo incluso el artículo citado, que considera notorias las costumbres compiladas y las que consten en la jurisprudencia, lo que confirma su neto carácter jurídico⁴⁸.

En estas condiciones, es evidente que la costumbre no debe probarse, como si tratáramos de saber si una persona estuvo en un determinado lugar en un día concreto. De hecho, si observamos la estructura teórica de la prueba judicial⁴⁹, que distingue en tres períodos la actividad probatoria (traslación⁵⁰, fijación⁵¹ y comparación⁵²), nos daremos cuenta de que aunque fuera posible observar en la actividad de investigación de una costumbre algo parecido a la fase de traslación, habida cuenta de que, en principio, son las partes las que alegan la costumbre en el proceso, una vez realizada esa alegación, la misma es completamente ajena a los sistemas de valoración de la prueba, y desde luego a las reglas sobre carga de la prueba, con lo cual faltarían dos de las tres fases dogmáticas de la actividad probatoria.

Y ello es completamente lógico, porque la costumbre no puede probarse, sino que debe investigarse, que es muy diferente. El juez no puede valorar libre o legalmente el contenido de una costumbre, sino que debe tener constancia de ese contenido. Y por otra parte, el Juzgador no puede hacer recaer el vencimiento en un proceso en quien haya dejado de “probar” una costumbre, sino que debe averiguar la norma jurídica que contiene, y tras ello, dictar la sentencia que en derecho convenga.

El problema es cómo acercar la costumbre al tribunal de casación, puesto que esa labor de investigación debería haberse hecho en la instancia. No obstante, tratándose de una cuestión jurídica, es obvio que el Tribunal Superior de Justicia de Galicia debe utilizar todos los medios a su alcance para proveerse el conocimiento de la costumbre.

Sin desdeñar las alegaciones de las partes en tal sentido, debe ser el propio juzgador quien investigue la existencia de la norma jurídica consuetudinaria. Para ello, más que

⁴⁸ Sobre esta materia, STSJG 12-5-2000, FD 2º.

⁴⁹ Elaborada por SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 1 y ss.

⁵⁰ Afirmación de las partes de un hecho y práctica de medios de prueba sobre el mismo.

⁵¹ Valoración del hecho a través de los distintos sistemas de valoración probatoria (libre, legal y mixto).

⁵² Comparación, a cargo del juez, de las afirmaciones de las partes con la resultancia probatoria, utilizando las reglas de carga de la prueba.

redactar un motivo de casación como el que estamos observando, hubiera sido mucho más lógico disponer una fase procedimental, dentro del propio recurso de casación, durante la cual se investigara la costumbre, porque es la forma de que el tribunal de casación coteje, con sus propias conclusiones, lo declarado por el juzgador de la instancia sobre el contenido de la costumbre.

No hubiera debido confundirse tampoco el hecho notorio con la costumbre, porque a pesar de que puedan existir evidentes similitudes entre una y otra institución, sin profundizar demasiado es evidente que un hecho notorio no es una norma jurídica, aunque pueda tener este valor exclusivamente para el Juez si lo desconoce en su sentencia. No goza de *opinio iuris* porque no pretende obligar a nadie. No es ninguna pauta de conducta que obligue a terceros. Sencillamente es un hecho conocido por todos, en un ámbito más o menos amplio.

Sin embargo la costumbre, como cualquier otra norma jurídica, no tiene que ser conocida por todos para que su contenido sea obligatorio. Lo lógico es que lo sea, pero no es forzoso que sea así. Es posible que la existencia de una costumbre sea un hecho notorio. Pero obsérvese bien la frase. Lo que puede ser notorio es la **existencia** de la costumbre, y no la costumbre en sí misma considerada. Es una diferencia que aunque pueda parecer sutil, tiene una evidente trascendencia, porque lo que va a obligar a las partes en un litigio es el contenido de la costumbre que el Juez reconozca en su sentencia, y no la existencia de la costumbre, de la que habrá que partir, pero que no obligará por sí misma⁵³.

Por todo ello, entiendo que el motivo de casación que estudiamos debería ser derogado, dejando como motivo único el que analizamos en el epígrafe anterior, porque la costumbre es, por descontado, una norma del “*ordenamiento jurídico civil de Galicia*”. Ahora bien, si lo que se desea es adaptar el recurso de casación gallego a la frecuencia con que es alegada la costumbre, como decía, lo que debe hacerse es disponer una fase procedimental que permita al Juzgador la investigación de la costumbre, así como dotarle de medios suficientes para que realice dicha investigación. Pero no es en absoluto necesario, y además resulta perturbador, mezclar esta cuestión con un motivo de casación.

e.4. Infracción de máximas de experiencia.

Aunque sea de manera breve, también debe tratarse en epígrafe separado esta cuestión por su complicación.

⁵³ No es que con ello estemos afirmando una disociación entre existencia y contenido de la costumbre, que lógicamente no pueden entenderse una sin la otra, como ya dejó claro ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, *La prueba*, cit. pp. 148-149. Sencillamente estamos clasificando teóricamente las cuestiones para evidenciar que una costumbre no es un hecho.

La doctrina lleva decenios intentando que las máximas de experiencia⁵⁴, también llamadas “reglas de la sana crítica” entren en casación, sobre todo para conseguir que los tribunales de casación examinen los errores en la apreciación de la prueba, así como el razonamiento lógico del juez en su conjunto, lo que incluye también la apreciación probatoria. Es lo que se ha conocido con la errónea expresión “defectos de motivación”, que a pesar de su imprecisión terminológica⁵⁵, ha hecho fortuna entre la doctrina y una buena parte de la jurisprudencia europea, especialmente la italiana.

Todo ello encubre en realidad un intento de que los tribunales de casación se olvidaran de una vez por todas de la restricción a las cuestiones de derecho como límite de su cognición. Superada esta cuestión del modo que ya vimos en el primer epígrafe de este capítulo, quizás volver aquí sobre el tema estaría de más, pero deben realizarse una serie de precisiones, aunque sea en modo telegráfico.

Las máximas de la experiencia tienen carácter jurídico⁵⁶. Reflejan la lógica del razonamiento humano en un determinado momento, y por ello obligan al juez, como destinatario de las mismas, al interpretar el ordenamiento jurídico, debiendo integrar sus inevitables lagunas con dichas máximas de experiencia. El ordenamiento debe ser interpretado con lógica, y cualquier error en el uso de dicha lógica provocará inevitablemente una vulneración del ordenamiento jurídico.

Lo mismo ocurre con la apreciación probatoria. Si la valoración es legal, la máxima de experiencia de la que debe partir el Juez está fijada en la ley. Pero si es libre, el Juez deberá utilizar correctamente las máximas de experiencia que corresponda, puesto que de lo contrario infringirá los preceptos que le autorizan a valorar libremente la prueba, puesto que dichos preceptos le autorizan a que utilice su lógica, pero no le permiten, lógicamente, que disponga arbitrariamente o irrazonablemente lo que desee. Esa actitud se traduciría en una infracción de la norma que permite la libre valoración, y como tal, debe ser analizada en casación⁵⁷.

⁵⁴ Denominación que creó STEIN, Friedrich, *Das private Wissen des Richters*, Leipzig 1893. Reedición de Darmstadt 1969, pp. 14-15.

⁵⁵ Porque no es que la motivación sea errónea en su expresión, sino que lo que es erróneo es el juicio lógico que contiene. Trato la cuestión en NIEVA FENOLL, *El hecho*, cit. pp. 212 y ss.

⁵⁶ Me remito en toda esta materia al estudio que realizo en NIEVA FENOLL, *El hecho*, cit. pp. 149 y ss.

⁵⁷ En contra, STSJG. 15-6-1998, fd 2º, primero, a pesar de que la STSJG 17-2-1999, FD 3º, acertadamente, aunque sea para desestimar el motivo, admite al amparo del motivo del art. 2.1 de la Ley 11/1993, el análisis de los errores de derecho en la apreciación probatoria, lo que deja un amplio margen abierto al análisis de estas cuestiones. La jurisprudencia posterior ha avanzado en esta materia, a mi entender en la línea adecuada: STSJG. 21-6-1999. FD 1º “*Lo que no comparte la sentencia recurrida con la acción ejercitada por vía de demanda es la determinación de la titularidad de dicho monte y lo hace, discrepando de la tesis actora, después de un exhaustivo examen y valoración de la prueba practicada, como facultad soberana que le corresponde al juzgador de instancia y no ha de revisarse salvo que haya infringido las normas legales de regulación de una prueba u obtenga el valor de ésta a través de un razonamiento ilógico de elementos de la misma*”. Vid. También STSJG 16-6-2000, FD 4º. STSJG 14-11-2000, FD 2º. STSJG 28-11-2000, FD 1º

e.5. Infracción de las normas sobre carga de la prueba.

Como vimos líneas atrás, esta materia está completamente desubicada en la Ley de Enjuiciamiento Civil, al menos a efectos de casación, puesto que no se trata de una norma procesal reguladora de la sentencia, sino de una norma que disciplina el juicio jurisdiccional que se emite en la sentencia, que es muy diferente. En otras palabras, las reglas de carga de la prueba disciplinan la actividad interna del juzgador mientras concibe el juicio jurisdiccional, pero no la expresión de ese juicio jurisdiccional en la sentencia. Su alegación a través del antiguo motivo cuarto del art. 1692 (infracción del ordenamiento jurídico), no debía presentar excesivas dudas⁵⁸.

Sin embargo, su ubicación entre las normas procesales reguladoras de la sentencia (art. 217) a que se refiere el art. 468.2 hace que, siguiendo la sistemática de la Ley, debieran ser alegadas las infracciones de estas reglas a través del motivo citado que ya fue analizado con anterioridad⁵⁹. Esa había sido, en ocasiones, la opinión del Tribunal Supremo, aunque no era la línea jurisprudencial mayoritaria.

A mi entender, no es posible en este caso seguir la sistemática del legislador⁶⁰, porque no tiene sentido equiparar las normas reguladoras del aspecto externo de la sentencia, con aquellas que regulan el juicio que en ellas se emite. Además, la alegación casacional no puede ser idéntica, puesto que, como vimos, mientras el motivo *in procedendo* no requiere prueba de su relevancia, sí la debe requerir el motivo que analizamos, pues no sería ni mucho menos aceptable que el recurrente alegara infracciones de las reglas de la carga de la prueba, sin demostrar al poco tiempo que las mismas fueron determinantes en el contenido final de la sentencia que le perjudica.

Por consiguiente, aprovechando que el art. 469.2 sólo habla de “*normas procesales reguladoras de la sentencia*”, y por fortuna no especifica cuáles sean éstas, debe aprovecharse esta brecha legal para denunciar las vulneraciones de las normas de carga de la prueba a través del motivo *in iudicando* del art. 2.1 de la Ley 11/1993, realizando no obstante una interpretación extensiva del precepto, que como es sabido sólo se refiere, con respecto al derecho estatal, a las “*normas de derecho civil común*”. Esta conclusión es necesaria para que uno de los defectos que deben merecer casación sin duda de ninguna clase, sea conocido por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

⁵⁸ Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, *Del recurso de casación*, cit. p. 847.

⁵⁹ Así lo opina DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal civil*, cit. p. 464, a pesar de reconocer que son “*normas reguladoras del juicio fáctico de la sentencia civil*”, y sin ofrecer más razones que fundamenten dicha opinión.

⁶⁰ Así lo afirma acertadamente MUÑOZ JIMÉNEZ, *Comentarios*, cit. pp. 2221-2222.

e.6. Infracción de las normas sobre cosa juzgada.

Con este vicio sucede exactamente lo mismo que con el anterior. De nuevo el legislador, siguiendo su visión particular sobre la cosa juzgada, vuelve a insistir en que su regulación pertenece al ámbito de esas “*normas procesales reguladoras de la sentencia*”. De nuevo existía jurisprudencia contradictoria del Tribunal Supremo, y la doctrina tampoco acababa de llegar a un acuerdo sobre el particular⁶¹.

A mi entender la cosa juzgada, por bien que tenga naturaleza procesal, no es una norma reguladora de la sentencia, sino una vez más, del enjuiciamiento⁶², del ya emitido (cosa juzgada formal), y del que aún debe emitirse teniendo en cuenta juicios jurisdiccionales anteriores (cosa juzgada material). Pero no hay duda de que estas normas disciplinan la actividad judicial interna, de ningún modo la externa. No dicen como hay que hacer la sentencia, sino que determinan las premisas de las que debe partir el juicio que en la misma se exprese.

Y por ello, de nuevo, nos hallamos ante un vicio *in iudicando*, y que también debe ser denunciado a través del motivo del art. 2.1 de la Ley 11/1993, realizando las mismas consideraciones que en el anterior epígrafe, a las que me remito. Debemos tener otra vez en cuenta la relevancia del motivo con respecto al fallo, quizás en este caso más que en ninguno, y ello impide, por completo, que el vicio sea *in procedendo*⁶³.

⁶¹ Entre los autores que entendían que la infracción de la cosa juzgada debía denunciarse a través de un motivo *in iudicando* SERRA DOMÍNGUEZ, *Del recurso de casación*, cit. p. 839. En contra, v.g. actualmente, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil*, cit. p. 463. MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil*, cit. p. 415. MONTÓN REDONDO (con Montero e. a.), *Derecho Jurisdiccional*, II, p. 439. Una tercera línea de pensamiento bastante interesante es la de ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, cit. p. 551, quien admite la alegación como motivo *in procedendo* del efecto negativo, pero se muestra dubitativo con respecto al efecto positivo, de forma que parece afirmar que se trata de un vicio *in iudicando* en este último caso: “*la función positiva es un vínculo parcial para el pronunciamiento de fondo en el segundo proceso y no una causa de inadmisibilidad de pronunciamiento*”. A favor de la posible alegación a través de ambos tipos de motivos, VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *La nueva Ley*, cit. pp. 170 y 196.

⁶² Así parece reconocerlo la STSJG 2-10-1999, FD 2º, puesto que analiza la infracción de la cosa juzgada bajo el motivo del art. 2.1 de la Ley 11/1993.

⁶³ Además, si se lee el art. 476.2.IV L.E.C. 2000, cuya vigencia está suspendida –por fortuna– por la DF 16 del mismo cuerpo legal, en el mismo se agravaba todavía más la cuestión, puesto que se disponía que en caso de que la sentencia acogiera el motivo de casación del art. 468.2 (normas procesales reguladoras de la sentencia), la Sala debía casar la resolución recurrida y reenviar las actuaciones a la instancia anterior para que dictara nueva sentencia. Si lo infringido era la cosa juzgada material en su efecto positivo, el reenvío tenía cierto sentido, aunque entiendo personalmente que es completamente prescindible, porque el tribunal de casación, sin vulnerar la independencia del juez de instancia, podrá perfectamente modificar la sentencia partiendo de la nueva premisa, lo que es favorable para la economía procesal. Ahora bien cuando lo que se considera es el efecto negativo, el reenvío carece completamente de sentido (MUÑOZ JIMÉNEZ, *Comentarios*, cit. p. 2221). Así pareció entenderlo el legislador en el último momento, puesto que en la DF 16.1.7ª, sin ningún tipo de ocultación, suprime el reenvío aludido, por lo que, como decíamos, deberá ser el propio tribunal de casación quien dicte sentencia en estos casos.

VII.- PROCEDIMIENTO DE LA CASACIÓN GALLEGA.

Aunque sin la extensión que el tema sin duda debiera merecer, debemos hacer referencia al procedimiento de la casación ante los Tribunales Superiores de Justicia. El mismo en nada difiere al que está previsto para la casación ante el Tribunal Supremo, salvo en tema de costas, materia en que la Ley 11/1993 contiene una disposición especial. Pero se ha visto profundamente modificado por la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.

1.- DISFUNCIONES PROCEDIMENTALES PROVOCADAS POR EL RÉGIMEN DE LA DISPOSICIÓN FINAL 16.

Como ya indiqué en su momento, la Disposición Final 16 es fruto de la falta de aprobación de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que debía haber acompañado a la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que esta fuera totalmente operativa. Esta reforma de la Ley Orgánica confería competencia a los Tribunales Superiores de Justicia para que pudieran conocer del nuevo recurso extraordinario por infracción procesal, que suponía desgajar de la casación todos los motivos *in procedendo*⁶⁴, configurando una casación sencillamente por un único motivo *in iudicando*⁶⁵.

No voy a extenderme en la anacrónica decisión del legislador –que parece como si hubiera deseado volver a los tiempos de la *querela nullitatis insanabilis* del *ius commune*–,

⁶⁴ Lo que suponía poner el fiel de la balanza en el lado contrario de donde estuvo en su día, cuando había dificultades en alegar la infracción procesal ante los Tribunales Superiores de Justicia. Vid. sobre la cuestión, MUÑOZ SABATÉ, *Meditaciones sobre el dilema casacional T.S.-T.S.J.*, RJCAt, n° 3, 1992, pp. 785 y ss.

⁶⁵ Las objeciones a esta opción legislativa son bastante frecuentes y la mayoría muy cualificadas: RAMOS MÉNDEZ, *Guía*, cit. p. 489-491. GIMENO SENDRA, *El recurso extraordinario*, cit. pp. 8890 y ss. GARBERÍ LLOBREGAT, *Comentarios*, cit. pp. 859 y ss. MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil*, cit. p. 410-413. XIOL RÍOS, Juan Antonio, *El Tribunal Superior de Justicia com a òrgan superior a Catalunya sens perjudici de la jurisdicció que correspon al Tribunal Suprem*, en: “AAVV, La Justicia a Catalunya en el marc d’un Estat compost”, Barcelona 2000, p. 101. MUÑOZ JIMÉNEZ, *Comentarios*, cit., p. 2208. RODRÍGUEZ BAHAMONDE, *Comentarios*, cit. p. 2297. PAZ RUBIO, José María / ACHAERANDIO GUIJARRO, Francisco Javier / ILLESCAS RUS, Ángel Vicente / PUENTE SEGURA, Leopoldo /SALGADO CARRERO, Celestino, *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y con jurisprudencia*, Madrid 2000, p. 691. LORCA NAVARRETE, *El interés casacional en el recurso de casación que regula la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, T. 2, 2000, p. 1695. MORALES MORALES, Francisco, *El recurso extraordinario por infracción procesal*, La Ley, n° 5335, 21-6-2001, después de calificar al recurso extraordinario por infracción procesal de “fantasmagórico” y “esperpéntico” llega a mantener incluso lo siguiente: “Por otro lado, aparte de la más o menos cierta, aunque insistentemente comentada en círculos muy cualificados del mundo del Derecho, intención, por parte de uno de los principales mentores doctrinales de la nueva Ley procesal civil, de erosionar de esa manera el muy reconocido prestigio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, aparte de ello decimos, la creación de este errátil y sedicente recurso de casación por quebrantamiento de forma...”.

Varios años antes, MONTERO AROCA, *El Tribunal Superior de Justicia*, cit. p. 312, había declarado, en una conferencia pronunciada el 13 de diciembre de 1988, lo siguiente: “Inadmisibles serían que los procesos concluyeran ante el Tribunal Superior de Justicia cuando se aplicara derecho estatal o común, sin posibilidad de recurso de casación ante el Tribunal Supremo; tan inadmisibles que serían inconstitucionales.”

porque afortunadamente el régimen de recursos extraordinarios referido no pudo entrar en vigor al no aprobarse, como digo, la reforma de la Ley Orgánica en el Congreso de los Diputados.

Sin embargo, llegada la Ley al Senado, lo más sensato hubiera sido probablemente ceder ante la voz del Congreso, que si no aprobó la Ley Orgánica debió ser por algo⁶⁶. Sin embargo, los impulsores de la ley redactaron esta Disposición Final 16, que es incompleta, confusa, ambigua, a veces incomprensible, carente por completo de técnica legislativa y, sobre todo, extremadamente complicada de interpretar. Esa Disposición Final lo único que persiguió es que la Ley de Enjuiciamiento Civil se aprobara, a pesar de todo, en su integridad, cuando probablemente lo que debía haberse hecho es modificar el régimen de recursos extraordinarios, de forma que la casación, toda ella (*in iudicando* e *in procedendo*), fuese competencia del Tribunal Supremo en los casos en que su conocimiento no correspondiere a los Tribunales Superiores de Justicia. Sin embargo, olvidó el legislador la construcción de un procedimiento único, puesto que a día de hoy es muy complicado decir cuál es el procedimiento a través del cual el Tribunal Supremo debe llevar a cabo su misión, porque la Disposición Final 16 no lo dice expresamente, sino que afirma simplemente en su regla 4ª que “*siempre que se preparen contra una misma resolución recurso por infracción procesal y recurso de casación, se tramitarán ambos en un único procedimiento*”, pero no dice qué procedimiento deba ser ese. Y el procedimiento del recurso extraordinario por infracción procesal sigue en su mayor parte en vigor. Por ello, en lo que respecta a la casación estatal, deben distinguirse tres posibilidades procedimentales: el recurrente interpone solamente recurso extraordinario por infracción procesal (D.F. 16.1.2ª); el recurrente sólo interpone recurso de casación por motivos de fondo; el recurrente acumula ambos recursos. En esta última posibilidad es donde el régimen puede convertirse, en ocasiones, en completamente indiscernible.

⁶⁶ No puede explicarse este hecho histórico (fue portada a toda página de todos los periódicos al día siguiente, incluso de los más afines al Gobierno) diciendo simplemente que el Partido al que pertenecía el Gobierno (el Partido Popular) que presentó el proyecto de ley, se quedó solo, puesto que el resto de grupos, o votaron en contra o se abstuvieron, consiguiendo por tanto solamente aprobar la ley ordinaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estimo que debe leerse entre líneas, y al menos en esta materia de recursos extraordinarios, si no se aprobó la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial fue porque no se deseó que entrara en vigor, al menos, esta parte de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que había sido de las más criticadas desde todos los sectores. De hecho, lo que sí que me consta por haberlo dicho públicamente un representante del *Convergència i Unió* en la Jornada sobre la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el Colegio de Abogados de Barcelona celebrada el 29 de noviembre de 1999 (pocos días después de la aprobación de la Ley en el Congreso), es que ante la falta de consenso y de voluntad de diálogo mostrada por los entonces responsables del Ministerio de Justicia, se deseaba que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil fracasara. En palabras literales, se había conseguido que la misma fuera un “*nyap*” (una chapuza), al no aprobarse la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial. De esa forma, ante las dimensiones del “*nyap*”, se conseguiría forzar al Ministerio a abrir un diálogo sobre la nueva ley que no había tenido lugar con anterioridad. Jamás se abrió dicho diálogo.

Para la casación autonómica, sin embargo, el panorama es por fortuna más simple. En primer lugar, aunque la Disposición Final 16.1.1ª pase de puntillas sobre este tema⁶⁷, queda bastante claro que, sean cuales fueren los motivos alegados, el recurso del que conocen las Salas de lo civil-penal de los Tribunales Superiores de Justicia es de “casación”, y ello porque así lo afirma el art. 73.1.a de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que fue precisamente el precepto que no se consiguió reformar. Por consiguiente, no tendría ningún sentido aplicar el procedimiento del recurso extraordinario por infracción procesal a la casación ante los Tribunales Superiores de Justicia, porque, reitero, estamos ante un recurso de casación en cualquier caso, y por tanto, el procedimiento aplicable es solamente el del recurso de casación. Esta solución, no obstante, no deja de provocar algún problema en cuanto a la resolución del recurso, como veremos, pero al menos deja solucionado el problema procedimental.

2.- PREPARACIÓN DEL RECURSO.

Insiste el legislador en mantener la fase de preparación del recurso, a pesar de su manifiesta inutilidad⁶⁸ y peligrosidad tal y como ha sido concebida. Pero al margen de esta cuestión, debe decirse que el art. 479 plantea algunos problemas de difícil solución para la casación gallega.

Dispone el precepto citado que el recurrente deberá presentar un escrito de preparación en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia recurrida (art. 479.1). Pero sin embargo, si se analiza el resto del artículo en busca del contenido de ese escrito, nos daremos cuenta de que su contenido no es aplicable a la casación gallega, ya que todo su régimen hace referencia al régimen de resoluciones recurribles del art. 477, que, como vimos, no tenía aplicación alguna al recurso de casación gallego. El art. 479.2 se refiere a la casación por infracción de precepto constitucional, incompatible con la casación autonómica mientras subsista el art. 5.4 de la L.O.P.J.. El párrafo tercero de ese mismo artículo habla del recurso de casación por cuantía superior a 25 millones de pesetas, también sin virtualidad para la casación gallega. Y el párrafo cuarto se refiere al interés casacional, que no tampoco tiene trascendencia alguna para el recurso de casación gallego.

Siendo lo anterior del modo indicado, lo único que resulta aplicable es que el recurrente deberá presentar un escrito de preparación ante el órgano *a quo*, cuya única virtualidad puede ser avisar a la parte contraria para que solicite inmediatamente la ejecución provisional de la sentencia recurrida, si así lo desea, en cuanto el juez *a quo* tenga por preparado el recurso (art. 535.2 L.E.C.). Ello además puede actuar de eficaz correctivo para evitar

⁶⁷ “Será competente para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, pero en los casos en que la competencia para el recurso de casación corresponde a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, las resoluciones recurridas podrán también impugnarse por los motivos previstos en el artículo 469 de la presente Ley.” El subrayado es mío.

⁶⁸ RODRÍGUEZ BAHAMONDE, *Comentarios*, cit. p. 2297.

la presentación de escritos de preparación con la única finalidad de que no precluya el plazo para recurrir, puesto que, aunque pueda parecer muy curioso, y desde luego ilógico, puede obtenerse más velozmente la ejecución provisional que la definitiva, ya que para esta última es preciso esperar un plazo de espera de 20 días (art. 548), que no existe con respecto a la ejecución provisional (art. 527.3). Presentando el escrito de preparación, dependiendo de qué tipo sea la sentencia de que se trate, el recurrente se arriesga a padecer una ejecución provisional inmediata.

Al margen de esta última cuestión, y visto todo lo anterior, el escrito de preparación podría contraerse perfectamente a la cita de la resolución recurrida, sin más, sin realizar referencia alguna a la fundamentación del recurso, lo que tendría además la ventaja de no condicionar el escrito de interposición. Sin embargo, aunque no lo exija la ley, teniendo en cuenta que todo el régimen que estamos describiendo solamente es aplicable cuando proceda el recurso de casación gallego, debe hacerse mención de esta circunstancia en el escrito de preparación, aunque sin necesidad alguna de fundamentarla. Soy consciente de que quizás es precipitado decidir en el plazo de cinco días ante qué órgano se va a interponer el recurso de casación. Pero la diversidad del régimen de preparación del recurso si va al Tribunal Superior de Justicia o si va al Tribunal Supremo, no deja otra opción. Nueva prueba de la inutilidad de este perturbador escrito de preparación, que debiera ser suprimido en un futuro, limitándose el trámite a un simple anuncio de la voluntad de recurrir la sentencia.

Por lo demás, a los efectos de cuanto dispone el art. 482.1, podría aprovecharse ya la ocasión para solicitar la certificación de la sentencia recurrida⁶⁹.

En esas condiciones, se simplifica muchísimo la labor del órgano *a quo* en la admisión del escrito de preparación cuando se pretende recurrir ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. De hecho, lo único que debe analizar el tribunal *a quo* es si el escrito de preparación se ha presentado dentro del plazo de cinco días del art. 479.1., lo que, salvo en casos excepcionales, debiera hacer el tribunal de forma prácticamente automática, y si llegara a no hacerlo, cabría plantear recurso de queja ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (art. 480.1). Lógicamente, si finalmente resulta que el recurso de casación no se fundamenta en normas de Derecho Civil Gallego, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia deberá inadmitir el recurso, lo que habrá hecho inútil todo el trabajo jurisdiccional desempeñado hasta ese momento. Pero de esta cuestión nos ocuparemos más adelante.

3.- INTERPOSICIÓN DEL RECURSO.

De nuevo, gran parte del régimen de la interposición de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 está concebido pensando en el régimen de resoluciones recurribles que no es apli-

⁶⁹ GARBERÍ LLOBREGAT, *Comentarios*, cit. p. 889.

cable a la casación gallega, por lo que algunos incisos de los arts. 481 y 482 no son aplicables en este caso.

Según el art. 481.1, el escrito de interposición es el lugar donde debe efectuar el recurrente todas sus alegaciones fundamentadoras del recurso, solicitando la celebración de vista si lo considera oportuno. El escrito, por lo demás, debe presentarse, junto con la certificación de la sentencia recurrida (art. 481.2)⁷⁰, en el plazo de veinte días.

El escrito se presenta ante el propio órgano *a quo*, lo que quizás tenga la ventaja de acelerar dicho trámite, al no ser preciso ni el traslado de los autos al Tribunal Superior de Justicia ni la personación ante el Tribunal Superior de Justicia antes de redactar dicho escrito. Pero quizás tampoco sea tan elevado el tiempo que se gane, puesto que hasta que no lleguen los autos al Tribunal Superior de Justicia, no podrá dicho tribunal realizar el trámite de admisión, ni podrá hacerse, en su caso, el traslado a la parte recurrida para la impugnación. Probablemente se descarga de esta parte de la tramitación a la Oficina judicial de los Tribunales Superiores de Justicia, pero se deposita dicho trabajo en las Audiencias Provinciales, normalmente más sobrecargadas.

El contenido del escrito no está explicitado en la ley, puesto que al no ser aplicable el requisito del interés casacional al recurso de casación gallego, los párrafos 2 y 3 del art. 481 no tienen aplicación alguna. El art. 481.1 no da indicación alguna al respecto, como podría haber hecho siguiendo la misma línea de pensamiento que al redactar el precepto dedicado a la demanda (art. 399). Sencillamente se dice que se expongan “*con la necesaria extensión*” los fundamentos del recurso.

Teniendo en cuenta que nos hallamos ante un recurso de casación, bueno será seguir el uso forense un procesalista que haya interpuesto multitud de recursos de casación, el Prof. SERRA DOMÍNGUEZ⁷¹, que recomienda la siguiente estructura del escrito para facilitar la labor del tribunal de casación:

1.- **Antecedentes procesales:** En esta parte del escrito propone el Profesor SERRA realizar un resumen de lo acaecido en las instancias, haciendo especial hincapié en los puntos que después serán objeto de un motivo de casación. Este apartado debe ser muy breve, y simplemente ha de servir para introducir a los Magistrados en la problemática principal que plantea el caso concreto.

⁷⁰ Lo que no tiene sentido alguno, si después el órgano *a quo* remite los autos originales (art. 482.1) al Tribunal Superior de Justicia de Galicia, entre los cuales, lógicamente, estará la sentencia recurrida, tal y como lo observan MUÑOZ JIMÉNEZ, *Comentarios*, cit. p. 2285. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid 2000, p. 686.

⁷¹ SERRA DOMÍNGUEZ, *Del recurso de casación*, cit. pp. 891-892.

2.- **Motivos de casación:** Debidamente ordenados (primero motivos *in procedendo*, y después *in iudicando*), se expondrán los diversos motivos que se aleguen, encabezándolos con un título que haga fácil saber cuál es el problema jurídico que va a desarrollarse en cada caso, dividiendo cada motivo en tantos puntos como temas capitales de interés contenga. Es, lógicamente, la parte más importante del escrito y la que debe ser redactada con mayor claridad y precisión.

3.- **Aspectos procesales:** Este último apartado puede reservarse para argumentar el cumplimiento de todos los requisitos procesales exigidos en la ley, fundamentalmente, el cumplimiento del plazo de interposición. Pero además, quizás sería ese apartado el más oportuno para solicitar la celebración de la vista.

El escrito, obviamente, deberá llevar el encabezado habitual y concluir con la súplica, en la que se solicite la casación de la sentencia, y lo que corresponda según cuál sea el motivo estimado. Sólo falta ya hacer expresión del lugar, la fecha, y de las firmas de abogado y procurador.

Una vez presentado el escrito de interposición, el Juzgador *a quo* dispondrá el traslado de todos los autos a la Sala de lo civil-penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (art. 482.1), no sin antes haber expedido testimonio de lo que sea necesario para la ejecución provisional, si esta se hubiere solicitado (art. 527.2).

No habiéndose presentado el escrito de interposición en el plazo de 20 días, el recurso será declarado desierto, imponiéndose las costas al recurrente (art. 481.4).

4.- ADMISIÓN DEL RECURSO.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 ha recaído en el desacierto de legisladores anteriores, que creen que la existencia de una fase de admisión descarga de trabajo al órgano casacional. Se ha mantenido la existencia de esta fase, que sólo tenía un sentido cuando existía al mismo tiempo una sala de admisión encargada exclusivamente de cumplir esa labor⁷². No obstante, la fase de admisión, si no se celebra con todas las garantías, no hace sino prejuzgar la labor del tribunal y ralentizar su misión. Y si se celebra con todas esas garantías, es contraria a la economía procesal.

Pero con independencia de esta cuestión, de nuevo nos encontramos ante la duda de qué régimen de admisión es aplicable, si el del recurso extraordinario por infracción procesal, o el del recurso de casación. Ante el tenor de lo dispuesto en la Disposición Final 16.1.1ª,

⁷² Así lo observó ya hace varios decenios DE LA PLAZA NAVARRO, Manuel, *La Casación civil*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1944, p. 431.

como ya se dijo, al realizar una remisión a aquel recurso extraordinario solamente en cuanto al elenco de motivos alegables, no cabe duda de que estando en presencia de un recurso de casación, las normas de admisión aplicables serán las de este último.

Y ello provoca otra consecuencia afortunada para el recurso de casación gallego, porque teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 483 y 484 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta fase está prácticamente vacía de contenido en cuanto a las razones por las que procede decretar la inadmisión.

Una vez que el tribunal haya recibido los autos de la instancia y haya dado traslado de los mismos al ponente, comenzará la fase de admisión (art. 483.1 L.E.C.), realizando en primer lugar la Sala un examen de oficio de su propia competencia (art. 484 L.E.C.) –salvo que la competencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia haya sido decidida por el Tribunal Supremo, art. 484.3 L.E.C.–, tras el cual puede, bien mantener su competencia, con lo que el recurso seguiría adelante, o bien declinar la misma, dando previo traslado a las partes por el plazo diez días. De mantener tras ese plazo la incompetencia, la Sala dispondrá el traslado de las actuaciones a la Sala competente, si lo es el propio Tribunal Superior de Justicia de Galicia, hipótesis bastante improbable, o bien al Tribunal Supremo (art. 484.3 L.E.C. *a contrario*⁷³), hipótesis bastante más plausible aunque creo que poco frecuente, si finalmente, como vamos a ver a continuación, el recurrente ni siquiera ha citado como infringida una norma de Derecho Civil Gallego. Desde luego, el supuesto es extremo, y además concluiría con toda probabilidad con un auto de inadmisión del Tribunal Supremo, si no se hubieron respetado los requisitos de cuantía del recurso o de interés casacional, lo cual es bastante probable, sobre todo en este último caso, pues el recurrente rara vez habrá hecho cautelarmente una fundamentación del escrito de interposición en este sentido, si ni tan siquiera ha recordado citar la infracción de un precepto de Derecho Civil Gallego.

Tras este examen de competencia, y entrando ya en la admisión del recurso propiamente dicha, de las tres razones por las que procede decretar la inadmisión, sólo las contenidas en el art. 483.2.1º y 2º son aplicables a la casación gallega:

“1º. Si, pese a haberse tenido por preparado el recurso, éste fuere improcedente, por no ser recurrible la sentencia o por cualquier defecto de forma no subsanable en que se hubiese incurrido en la preparación.

2º. Si el escrito de interposición del recurso no cumpliese los requisitos establecidos, para los distintos casos, en esta Ley.”

⁷³ **Artículo 484.3.** *Las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia no podrán declinar su competencia para conocer de los recursos de casación que les hayan sido remitidos por la Sala Primera del Tribunal Supremo.*

En fin, es obvio que estas causas de inadmisión no se van a decretar prácticamente nunca, salvo casos excepcionales. Suponen, en el fondo, una revisión de la admisión que ya llevo a cabo el órgano *a quo*, y ya vimos como salvo el cumplimiento de los plazos de preparación e interposición, poco más podía revisar aquel tribunal. Que la sentencia sea irrecurrible también es algo del todo infrecuente, por no decir insólito, con respecto a la casación gallega. Más frecuente podría ser en caso de que se tratara de un auto, supuesto no contemplado por la norma. Quizás podría revisarse en este momento si se ha hecho oportuna alegación de un precepto de Derecho Civil Gallego, aunque, para no prejuzgar, no debería entrarse en su posible fundamentación, puesto que en virtud del principio *iura novit curia*, dicha fundamentación no tiene que depender exclusivamente de lo que se haya dicho en el escrito de interposición. El tribunal debe esperar al momento de la sentencia, y por tanto deberá escuchar las alegaciones de la contraparte, puesto que este precepto no le autoriza a inadmitir el recurso aunque éste sea manifiestamente infundado⁷⁴.

La tercera causa de inadmisión (art. 483.2.3º L.E.C.), como decía, no es analizable en el recurso de casación gallego, puesto que se refiere al requisito del interés casacional, como ya se ha dicho varias veces, no aplicable a la casación gallega.

Aunque sea difícil, si la Sala halla una posible causa de inadmisión, antes de decretarla definitivamente, deberá poner de manifiesto a las partes dicha causa mediante providencia, para que en el plazo de 10 días, puedan realizar alegaciones (art. 483.3). Entiendo que es adecuada esta resolución, la providencia, para poner de manifiesto las causas de inadmisión (las dos primeras) que hemos visto, puesto que son cuestiones que, en principio, no requieren mayor fundamentación⁷⁵. También es adecuada la previa audiencia a las partes, que hace que puedan ejercer debidamente su derecho a la defensa, a diferencia de lo que sucedía con la anterior regulación.

Si tras este trámite la Sala considera que procede la inadmisión, así lo declarará mediante auto irrecurrible, declarando la firmeza de la resolución recurrida, salvo que la inadmisión únicamente afecte a alguno de los motivos, en cuyo caso el recurso seguirá su tramitación (art. 483.4 y 5 L.E.C.).

5.- IMPUGNACIÓN DE LA PARTE RECURRIDA.

Si el recurso ha pasado el trámite de admisión, que como hemos visto será lo más probable, corresponde ahora cumplir con el principio de dualidad de partes, dando traslado del escrito a las partes recurridas, para que formalicen su escrito de impugnación (oposición dice la Ley de Enjuiciamiento Civil) en el plazo de veinte días (art. 485.I L.E.C.).

⁷⁴ En sentido coincidente, MUÑOZ JIMÉNEZ, *Comentarios*, cit. pp. 2289-2290.

⁷⁵ Diferente sería el diagnóstico si tuviera que motivar la falta de interés casacional, para lo cual una providencia es una resolución bastante pobre teniendo en cuenta todo lo que debe razonarse.

Dicho escrito deberá ser en realidad una contestación al escrito de interposición⁷⁶, poniendo en tela de juicio los motivos alegados, argumentando el perfecto ajuste a derecho de la sentencia, al menos para el mantenimiento de su fallo, y citando las causas de inadmisibilidad del recurso, pero solamente las que no hayan sido ya rechazadas por el tribunal en fase de admisión (art. 485.II L.E.C.).

Por lo demás, la estructura del escrito puede ser paralela a la que se estableció para el escrito de interposición, si bien entiendo que las causas de inadmisibilidad, si las hubiere, deberían hacerse constar en un apartado intermedio entre los antecedentes procesales y la crítica de los motivos de casación aducidos por la contraparte, teniendo en cuenta que, como veremos después, el tribunal entrará en primer lugar a analizar los aspectos formales del recurso.

Por último, deberá manifestar la parte recurrida si considera conveniente la celebración de vista.

No contempla la ley la posibilidad de que la parte recurrida se adhiera al recurso de casación interpuesto. A mi juicio, se trata de una omisión sin sentido, puesto que la parte recurrida puede no haber obtenido todo cuanto ansiaba en la segunda instancia, y decida recurrir ante la perspectiva de que la parte contraria quiera obtener una sentencia más favorable, contando además con la ventaja de la prohibición de reformatio *in peius*. Dicho de otro modo, entiendo que las mismas razones que existen para regular esta posibilidad en la segunda instancia (art. 461), están presentes en la misma medida en casación. Sin embargo, la adhesión a la apelación necesita una regulación procedimental que no puede improvisarse. Por ello, entiendo que en el *statu quo* actual, no es posible adherirse al recurso de casación presentado por la contraparte⁷⁷.

6.- LA VISTA.

El señalamiento de vista es opcional. Quiere decirse que no es un trámite que esté previsto por la ley como algo obligatorio. Es posible que las partes o el Tribunal decidan celebrarla. Realizando un esquema de los casos que detalla el art. 486.2, el Tribunal Superior de Justicia deberá celebrar la vista en los siguientes dos casos:

- 1.- Siempre que lo soliciten todas las partes, sin excepción.
- 2.- Cuando, lógicamente, no dándose la circunstancia anterior, la Sala disponga “*lo que considere conveniente para la mejor impartición de justicia*”.

⁷⁶ En este sentido, MUÑOZ JIMÉNEZ, *Comentarios*, cit. p. 2299.

⁷⁷ Sobre la adhesión a la casación existe un interesante artículo de BAUR, Fritz, *Ist die Anschlußberufung (Anschlußrevision) ein Rechtsmittel?*. Festschrift für Fragistas, 1966, p. 359 y ss, que podría orientar una futura reforma en este particular.

Desde luego, con estos criterios, la vista difícilmente va a celebrarse. Empezando por el primero de ellos, es muy complicado que la parte recurrida quiera conceder un peligroso derecho de réplica al recurrente, y mucho menos en forma oral, por lo que muy probablemente se negará a esta celebración, simplemente no solicitando dicha vista.

Para corregir esta desigualdad procesal manifiesta, en caso de que la composición de las partes recurrentes o recurridas fuera plural, sería injusto que uno solo de los litigantes pudiera boicotear la celebración de la vista. Por ello, GARBERÍ LLOBREGAT⁷⁸ afirma que debería bastar con que uno de los litisconsortes que pertenezcan a una de estas partes procesales solicite dicha celebración, con tal de que sea “uno de cada bando” el que promueva la vista, no debiendo esperar a que hasta el último de los litisconsortes esté de acuerdo.

Entrando en el segundo de los criterios apuntados, salvo que la opinión de la Sala sea proclive a la celebración de la vista, la frase transcrita constituye un concepto jurídico indeterminado que puede interpretar en la forma que mejor le convenga, y que en vista de lo que suele acaecer ante los altos tribunales europeos en general⁷⁹, salvo casos excepcionales, va a ser contraria a la celebración de dicha vista, sobre todo teniendo en cuenta que ya dispone de las alegaciones escritas de las partes. Quizás decida celebrarla, como propone MUÑOZ JIMÉNEZ⁸⁰, en el supuesto en que la Sala contemple posibles causas de nulidad de actuaciones, o la parte recurrida alegue causas de inadmisibilidad, caso este último en el que entiendo que por puro respeto a uno de los principios esenciales del proceso, el de dualidad de partes, sin menospreciar el respeto al derecho a la defensa, debiera promoverse siempre la celebración de vista.

La celebración de la vista resulta muy conveniente, porque permite a los Magistrados tomar conocimiento directo de los argumentos de las partes, así como hacer preguntas a los Letrados intervinientes, todo lo cual augura un debate más rico en la deliberación, siempre que ésta se celebre de forma rápida tras la conclusión de la vista. Además, dependiendo de la capacidad retórica y argumentativa del Letrado, permite una mejor exposición de sus argumentos, y además con la ventaja de que los escuchan todos los Magistrados a la vez. Deben ponerse de manifiesto los problemas más importantes, insisto, evitando inútiles reiteraciones de los escritos dispositivos, o de lo que ya consta en autos y es conocido por todos los intervinientes⁸¹.

El orden de intervención de los Letrados se expresa en el art. 486.2 L.E.C.. No obstante, debería ofrecerse la oportunidad de que los Magistrados dispusieran, en caso necesario, un breve turno de réplica a las partes, lo que sin duda realizarán como uso forense cuando sea oportuno.

⁷⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, *Comentarios*, cit. p. 897.

⁷⁹ NIEVA FENOLL, *El recurso*, cit. pp. 401 y ss.

⁸⁰ MUÑOZ JIMÉNEZ, *Comentarios*, cit. p. 2301.

⁸¹ Sobre la celebración de la vista, vid. SERRA DOMÍNGUEZ, *Del recurso de casación*, cit. p. 910.

7.- DECISIÓN DEL RECURSO.

En este punto es donde probablemente se desarrollan más complejidades, derivadas del régimen provisional y del absoluto desdén del Legislador estatal por parte de las peculiaridades de la casación gallega. Veamos todos los posibles sentidos del fallo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

a. Desestimación.

Con la interposición del recurso de casación, se paralizaron automáticamente los efectos de cosa juzgada de la sentencia recurrida, que hubiera desplegado de no haberse interpuesto el recurso. Sin embargo, una vez desestimado el recurso, dicha resolución recurrida gana firmeza, por lo menos en cuanto a su fallo, puesto que el sentido del mismo no es modificado por el Tribunal Superior de Justicia en caso de desestimación.

No podemos ahora mismo ocuparnos de si los argumentos de una sentencia tienen también autoridad de cosa juzgada. Pero me limito a apuntar que en caso de ser la respuesta afirmativa, al menos en parte, en caso de modificar el Tribunal Superior de Justicia la fundamentación de la sentencia, aún respetando el fallo, es complicado mantener que la fuerza de cosa juzgada sea la de la sentencia de segunda instancia, y no la de la sentencia dictada en casación. A mi juicio, los efectos de cosa juzgada deben predicarse siempre de la última sentencia que se dicta, que, si se quiere, reconoce la recurrida, pero haciéndola suya, de manera que es la sentencia de casación la que debe tenerse en cuenta en la valoración *a posteriori* de los efectos de cosa juzgada material.

b. Estimación de un motivo *in procedendo*.

Como consecuencia de la artificial ruptura del recurso de casación entre recurso *in iudicando* (casación) y recurso *in procedendo* (infracción procesal) llevada a cabo por el legislador, lógicamente, las normas establecidas para el recurso de casación no son aplicables a los motivos *in procedendo*. Además, desde ningún punto de vista, puesto que el art. 487 L.E.C. configura un régimen directamente aplicable a los requisitos para recurrir del art. 477 L.E.C., totalmente ajeno a los motivos *in procedendo*. Por otra parte, la remisión de la Disposición Final 16.1.1ª L.E.C. ya se indicó que era exclusivamente a los motivos, careciéndose de la misma remisión a las consecuencias de su estimación (art. 476 L.E.C.) para los Tribunales Superiores de Justicia.

No obstante, aunque realmente la solución es complicada y prácticamente podría llegar a afirmarse que el tema es insalvable, encontramos algunos resquicios en la Disposición Final 16 L.E.C. que pueden otorgar una solución razonable.

En primer lugar, hallamos una solución directamente en la propia Disposición Final 16.1.7ª L.E.C., para uno de los motivos *in procedendo*, el segundo (infracción de normas

reguladoras de la sentencia), y parcialmente para el cuarto (infracción del art. 24 C.E. acaecida en la sentencia).

“7ª. Cuando se hubiese recurrido la sentencia por infracción procesal al amparo del motivo 2º del apartado 1 del artículo 469, la Sala, de estimar el recurso por ese motivo, dictará nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación. Del mismo modo resolverá la Sala si se alegare y estimare producida una vulneración del artículo 24 de la Constitución que sólo afectase a la sentencia.”

Es irónico que el legislador haya tildado a este precepto de transitorio, porque encubre una auténtica corrección del art. 476.2 L.E.C., que se había olvidado completamente de las infracciones procesales acaecidas en la sentencia, que lógicamente, no deben provocar un reenvío como pretendía dicho precepto, sino una nueva sentencia por parte del tribunal de casación.

Aunque es evidente que el precepto transcrito se refiere exclusivamente al recurso por infracción procesal, y no al de casación por infracciones procesales ante los Tribunales Superiores de Justicia, entendemos que ello es un desliz del legislador, que puede ser salvado interpretando que las palabras “infracción procesal” de la primera frase, están dichas en sentido impropio, y por tanto, no refiriéndose al recurso que recibe esta denominación. Por ello, parece oportuna una interpretación favorable a la aplicación de este párrafo a la casación ante los Tribunales Superiores de Justicia.

Pero nos quedan el resto de motivos: La falta de jurisdicción o competencia objetiva, territorial improrrogable o funcional, infracciones de las normas legales que rigen actos y garantías procesales, y vulneración del art. 24 en momento diferente de la sentencia.

Ante la ausencia de regulación, sólo nos queda el recurso a la analogía y a la pura lógica jurídica. Dicha lógica nos hace partir de la premisa de que el tribunal de casación no es un tribunal de instancia, y solamente debe dictar nueva sentencia en los casos en que la ley así le autoriza. La teoría general de la casación también nos dice que la misión del tribunal de casación, como vimos líneas atrás, es casar la sentencia cuando proceda.

Partiendo de estas bases, la solución a la cuestión se simplifica notablemente, desde una correcta lectura constitucional favorable al derecho a la tutela judicial efectiva:

– Con respecto a los problemas de jurisdicción y competencia, la lógica jurídica dice que en caso de que el tribunal halle esos defectos en el órgano jurisdiccional de instancia, deberá casar la resolución recurrida, por haber sido dictada por un órgano al que no le correspondía (exceso de jurisdicción o de competencia), o porque el órgano *a quo* haya omitido en la misma el pronunciamiento de forma indebida (defecto de jurisdicción o de

competencia), vulnerando en ambos casos el derecho fundamental al Juez ordinario predefinido por la ley. El problema es qué hacer tras ello.

Deben distinguirse los casos de exceso y defecto en el ejercicio de la jurisdicción. Empezando por el primero, como la Constitución reconoce al litigante el derecho a la tutela judicial efectiva, habiendo sido casada la sentencia, debe quedar lógicamente a salvo el derecho del recurrente para acudir a la jurisdicción que corresponda, indicando el propio Tribunal Superior cuál sea esa jurisdicción. Pero por el contrario, en los casos de defecto de jurisdicción, sería conveniente para la economía procesal que el Tribunal Superior de Justicia dictara la sentencia que procediera⁸², puesto que aunque puedan, ciertamente, perderse oportunidades procesales de las instancias al no repetirse el proceso, entiendo que ello es preferible a obligar al litigante a volver a recorrer todo el camino jurisdiccional para obtener una sentencia. Se favorece así la tutela judicial efectiva, y por añadidura, en un plazo razonable, siendo dictada además la sentencia por el tribunal de mayor rango jurisdiccional del territorio.

Por consiguiente, puede afirmarse que lo que el Tribunal Superior de Justicia debe hacer en los casos de exceso de jurisdicción, es casar razonadamente la sentencia, indicando el órgano competente. Era en parte la solución del art. 1715.1.1º L.E.C. 1881, y es, también en parte, la solución del art. 476.2.I y II L.E.C. 2000, por lo que la propuesta tendría a su favor la interpretación analógica. Y en el supuesto de defecto de jurisdicción, deberá dictar además sentencia sobre el fondo del asunto. No es la solución de ninguna de las normas citadas en este párrafo –aunque un resquicio de esta línea de pensamiento puede hallarse en el art. 476.2.III L.E.C. 2000⁸³– pero ante la ausencia de regulación puede aprovecharse para corregir, mediante el argumento lógico, una decisión legal que parece mejorable.

- En relación con las infracciones de las normas legales que rigen actos y garantías procesales, y vulneración del art. 24 en momento diferente de la sentencia, la solución es más compleja, pero igualmente deducible. Partimos de las mismas bases que en el supuesto anterior. El tribunal de casación debe anular la sentencia, pero debe atender al derecho a la tutela judicial efectiva.

Por ello, no puede limitarse a casar la sentencia, sino que el recurrente debe tener derecho a una resolución sobre el fondo. Pero además, tampoco puede anular todo lo actuado, si no es necesario. El principio de conservación de actos procesales consagrado en el art.

⁸² Así lo opina SERRA DOMÍNGUEZ, *Del recurso de casación*, cit. p. 835.

⁸³ “Si el recurso se hubiese interpuesto contra sentencia que confirmaba o declaraba la falta de jurisdicción o de competencia, y la Sala lo estimare, tras casar la sentencia, ordenará al tribunal de que se trate que inicie o prosiga el conocimiento del asunto, salvo que la falta de jurisdicción se hubiera estimado erróneamente una vez contestada la demanda y practicadas las pruebas, en cuyo caso se ordenará al tribunal de que se trate que resuelva sobre el fondo del asunto.”

242 de la Ley Orgánica del Poder Judicial impide que así sea, y por ello anulará solamente aquellas partes del procedimiento viciadas por aquella nulidad⁸⁴.

Y ello supone que una vez realizada dicha anulación, el proceso deba seguir ante la instancia de que se trate, razón por la que deberá reenviar las actuaciones a la instancia para que se dicte sentencia sobre el fondo. La solución, de nuevo, cuenta a su favor con lo dispuesto en los arts. 1715.1.2º L.E.C. 1881 y 476.2.III y IV L.E.C. 2000.

De todas maneras, es bastante lamentable que sea necesario realizar arqueología jurídica con una regulación del año 2000, y que el Tribunal Superior de Justicia de Galicia deba resolver los recursos de casación por pura intuición jurídica. Quizás una reforma de la Ley 11/1993 introduciendo estas propuestas, sería lo más conveniente para arreglar el desaguado.

c. Estimación de un motivo *in iudicando*.

En esta materia, la cuestión tiene muy difícil solución. El art. 487 L.E.C. 2000, que se ocupa de esta cuestión, no es aplicable en absoluto a la casación gallega, al hacer referencia, todo él, al régimen de resoluciones recurribles del art. 477, que ya vimos que no tenía virtualidad alguna para el recurso de casación que nos ocupa.

Y aquí además, la lógica jurídica no parece solucionar gran cosa. Es obvio que el Tribunal Superior de Justicia debe casar la resolución recurrida si estima el recurso de casación. Lo que ya no es tan evidente es que al mismo tiempo deba resolver además sobre el tema de fondo. Se trata de una peculiaridad de la casación española desde sus orígenes, que poco a poco, por su evidente utilidad, está siendo adoptada por los recursos de casación europeos, que en su mayoría, por razones históricas, disponen todavía el reenvío a la anterior instancia, debiendo ser éste último órgano jurisdiccional el que dicte nueva sentencia sobre el particular⁸⁵.

Por ello, es difícil decir, si no lo dice la ley, qué es lo que tiene que hacer el tribunal de casación: si limitarse a casar la sentencia, o bien casar y acto seguido resolver sobre el fondo. De hecho, el mismo problema se nos presenta en la casación estatal, puesto que el art. 487.2 L.E.C., con toda seguridad por descuido, no hace referencia, con respecto a dos situaciones *in iudicando*, a la obligación del Tribunal Supremo de resolver sobre el fondo⁸⁶,

⁸⁴ Lo cual, además, es coherente con lo dispuesto en el art. 476.2.III en casos en que el tribunal de instancia, tras la celebración de todo el proceso, declara indebidamente su falta de jurisdicción o competencia. Lo lógico es que, en ese caso, se aproveche toda la actividad alegatoria y probatoria celebrada, por respeto al mismo art. 242 L.O.P.J.

⁸⁵ Sobre esta cuestión, NIEVA FENOLL, *El recurso*, cit. pp. 38-39 y 52-55.

⁸⁶ A pesar de lo cual, la generalidad de autores declaran esta obligación del Tribunal Supremo. GARBERÍ LLOBREGAT, *Comentarios*, cit. p. 899. PAZ RUBIO / ACHAERANDIO GUIJARRO / ILLESCAS RUS /

lo que ya ha servido a algún autor⁸⁷ para proponer que el Tribunal Supremo realice el reenvío a la instancia en estos casos.

Aunque la solución que vamos a dar es forzadísima, entendemos que siempre es mejor la que vamos a proponer, que no afirmar soluciones que la ley, en realidad, no prevé. Casada la sentencia por vicio *in iudicando*, realmente el único error está en la sentencia, por lo que no resultaría adecuado reenviar las actuaciones a la instancia para que dictara nueva sentencia⁸⁸. No se ha obrado de este modo tradicionalmente en España, y estimo que sería inadecuado cambiar ahora las costumbres, además en virtud de una idea, la del reenvío, que ha sido profundamente criticada por buena parte de la doctrina⁸⁹, y como dije, está siendo derogada paulatinamente en toda Europa.

Alguien tiene que dictar sentencia sobre el fondo para dar cumplimiento al derecho a la tutela judicial efectiva. Y ese alguien no puede ser el tribunal de instancia, por la sencilla razón de que si se dispusiera de este modo, la solución sería contraria a otro derecho reconocido por el art. 24 de la Constitución, el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas. Y aunque no lo ha declarado en este sentido el Tribunal Constitucional, entiendo que son completamente indebidas las dilaciones causadas por un reenvío innecesario, teniendo en cuenta que tradicionalmente ya se han encargado de dictar sentencia sobre el fondo los tribunales de casación españoles, sin transtorno de ninguna clase, y con una enorme ventaja para el justiciable, que obtiene una resolución definitiva sobre su derecho de forma inmediata tras la casación.

Por tanto, utilizando el argumento histórico, y sobre todo el argumento sistemático constitucional, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia debe seguir resolviendo sobre el fondo del asunto, una vez casada la sentencia, en el ámbito de los motivos *in iudicando*. Pero de nuevo, una reforma de la Ley 11/1993 en este sentido sería muy favorable.

8.- LAS COSTAS.

En materia de costas contiene también la Ley 11/1993 una especialidad, que provoca que no sea aplicable la Ley de Enjuiciamiento Civil:

PUENTE SEGURA / SALGADO CARRERO, *Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit. p. 715. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, *La nueva Ley*, cit. p. 204.

⁸⁷ OSORIO ACOSTA, Ezequiel, *Comentarios a los arts. 477 y 487*, en: "AAVV (dir. Lorca Navarrete), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*", Valladolid 2000, p. 2357.

⁸⁸ Por múltiples razones, no sólo ya por la inútil pérdida de tiempo, sino porque el tribunal de instancia podría caer en la tentación de corregir la fundamentación jurídica de la sentencia, dictando el mismo fallo que el que fue recurrido, lo que obviamente sería contrario a la voluntad del Tribunal de casación, puesto que de haber deseado eso, no habría casado la sentencia. Además, ello negaría la relevancia del motivo de la que a buen seguro el tribunal de casación partió para dictar su sentencia.

⁸⁹ Por todos, SATTÀ, *Passato*, cit. p. 958. VÁZQUEZ SOTELO, *La Casación civil*, cit. p. 29 y ss.

“Art. 4. Las costas procesales del recurso serán impuestas por el Tribunal a la parte que aprecie que ha procedido con temeridad o mala fe en la interposición del recurso, razonándolo expresamente en la sentencia que se dicte.”

La disposición del legislador galego parece bastante lógica. En el recurso de casación, el recurrente colabora directamente con el Estado⁹⁰, promoviendo la elaboración de una jurisprudencia uniforme que sirve para conservar el ordenamiento jurídico. No tendría demasiado sentido en estas condiciones una condena en costas al recurrente, con más razón si se piensa que el recurso, en principio, ningún perjuicio habrá causado a la parte recurrida, que con el régimen de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como vimos, probablemente ya habrá ejecutado provisionalmente su sentencia.

Por ello, resulta plenamente correcto que cada parte cargue con sus propias costas, mereciendo simplemente una condena en caso de mala fe o temeridad.

VIII.- VIGENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA TRAS LA NUEVA L.E.C..

El art. 1.b de la Ley 11/1993, por evidente mimetismo con la regulación de la casación estatal, había previsto el recurso de casación en ejecución de sentencia. La opinión que este recurso merecía debía ser forzosamente favorable⁹¹, puesto que garantizaba que la interpretación del ordenamiento jurídico realizada en la sentencia, no fuera desvirtuada por el Juez de instancia, lo que habría debido provocar una agresión directa a la norma jurídica que precisamente el recurso de casación trata de proteger⁹².

Sin embargo, aunque desearía mantener una opinión contraria a cuanto voy a decir, entiendo que este recurso de casación ha sido derogado por la normativa de ejecución de sentencias que dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, donde, muy claramente, se prescinde de este recurso, y además, se otorgan a la parte unos recursos de reposición y apelación con un motivo de recurso de contenido muy similar al que encerraban los motivos que contenía el antiguo recurso de casación en ejecución de sentencia (art. 563.1)⁹³.

En estas condiciones, no sería de recibo otorgar al litigante una especie de tercera instancia de la que carece contra una sentencia, con más razón si se piensa que la doctrina pro-

⁹⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, *Del recurso de casación*, cit. p. 917.

⁹¹ A pesar de los ataques doctrinales que había sufrido por no servir aparentemente a la finalidad casacional.

⁹² Sobre este recurso, por todos, SERRA DOMÍNGUEZ, *Del recurso de casación*, cit. pp. 807 y ss.

⁹³ “Cuando, habiéndose despachado ejecución en virtud de sentencias o resoluciones judiciales, el tribunal competente para la ejecución provea en contradicción con el título ejecutivo, la parte perjudicada podrá interponer recurso de reposición y, si se desestimare, de apelación.”

clive al mantenimiento de este recurso⁹⁴ entendía que los motivos por los que procedía este recurso, no eran los clásicos de la casación, sino los citados en el art. 1687.2º L.E.C. 1881, prácticamente transcrito por el art. 1.b de la Ley 11/1993. El recurso de apelación, en estas condiciones, tendría el mismo contenido que el de casación.

Siendo, además, la Ley de Enjuiciamiento Civil supletoria de lo dispuesto en la Ley 11/1993 (Disposición Adicional), es evidente que el recurso de casación en ejecución de sentencia, por incompatibilidad con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de ejecución, está derogado por completo.

⁹⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, *Del recurso de casación*, cit. p. 809.