

ACTAS DEL CONGRESO INTERNACIONAL

“EL RECURSO DE CASACIÓN CIVIL: FASE DE ADMISIÓN”



EDITORES:

IBON HUALDE LÓPEZ

M^a VICTORIA SÁNCHEZ POS

Pamplona, Noviembre de 2020

Facultad de Derecho. Universidad de Navarra



Pamplona 2020

ISBN: 978-84-8081-696-0

| | |
|---|-----|
| EL RECURSO DE CASACIÓN DIRECTO: DE UN ANÁLISIS HISTÓRICO Y COMPARADO A UNA PROPUESTA DE <i>LEGE FERENDA</i>. Guillermo SCHUMANN BARRAGÁN..... | 3 |
| RECURSO DE CASACIÓN CIVIL: EFICACIA Y SEGURIDAD EN LA ADMISIÓN. Algunas reflexiones para evitar posibles daños y perjuicios al recurrente como consecuencia de la inadmisión del recurso. Juan PANISELLO MARTÍNEZ | 21 |
| INADMISIÓN DE RECURSOS EXTRAORDINARIOS EN EL ORDEN CIVIL DE LA JURISDICCIÓN Y EXCESIVA EXTENSIÓN DE LOS ESCRITOS EN QUE SE INTERPONEN. Julio SIGÜENZA LÓPEZ | 32 |
| LÍMITES IMPUESTOS POR LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA EL ACCESO A CASACIÓN DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN JUICIOS VERBALES POR RAZÓN DE LA CUANTÍA: ANÁLISIS DE UNA DOCTRINA DISCUTIBLE. Jesús M ^a GONZÁLEZ GARCÍA | 48 |
| EL TRATAMIENTO DE LA LEGITIMACIÓN EN SEDE DE RECURSOS EXTRAORDINARIOS CIVILES: SOBRE LA (CASI) IMPOSIBLE INFRACCIÓN DEL ART. 10 LEC. Bárbara SÁNCHEZ LÓPEZ..... | 65 |
| ¿ABRIMOS LA PUERTA DE PAR EN PAR? O SOBRE LA TENDENCIA DE LAS LEYES AUTONÓMICAS DE CASACIÓN CIVIL A ADMITIR TODAS LAS CAUSAS: JUSTIFICACIÓN Y VALORACIÓN. Ixusko ORDEÑANA GEZURAGA | 89 |
| EL RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO-TRIBUTARIO. Sonia CALAZA LÓPEZ y José Carlos MUINELO COBO..... | 106 |
| NUEVOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA CASACIÓN AUTONÓMICA EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY ORGÁNICA 7/2015. Alicia GONZÁLEZ NAVARRO | 123 |
| LA AMPLIACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN EN EL ÁMBITO CONCURSAL. Rafael LARA GONZÁLEZ y Juan Martín ARMENDÁRIZ IÑIGO | 137 |
| EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS, ACCESO A CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL: A PROPÓSITO DEL AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE OCTUBRE DE 2018. Víctor J. LANA ARCEIZ | 152 |

EL RECURSO DE CASACIÓN DIRECTO: DE UN ANÁLISIS HISTÓRICO Y COMPARADO A UNA PROPUESTA *DE LEGE FERENDA*¹

Guillermo SCHUMANN BARRAGÁN

Contratado Predoctoral FPU

Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal

Universidad Complutense de Madrid

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1934-7808>

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 2. EL RECURSO DE CASACIÓN DIRECTO EN LA LEC 1881. 2.1. La regulación legal del recurso de casación directo en la LEC 1881. 2.2. El recurso de casación directo en la práctica judicial. 3. LA *SPRUNGREVISION* DE LA § 566 ZPO. 4. UN ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO. 4.1. La renuncia al recurso de apelación. 4.2. La competencia para conocer de la preparación del recurso directo. 4.3. Los presupuestos del recurso directo. 4.4. La exclusión de los motivos procesales. 4.5. La eficacia procesal de la autonomía de la voluntad. 5. EL RECURSO DE CASACIÓN DIRECTO: UNA PROPUESTA *DE LEGE FERENDA*. 5.1. El interés y la estrategia procesal de las partes. 5.2. El interés público y privado en la regulación del recurso directo. 5.4. Una propuesta *de lege ferenda*. 6. CONCLUSIÓN.

PALABRAS CLAVE: Derecho procesal civil, recurso de casación directo o *per saltum*, *Sprungrevision*, contratos procesales, autonomía de la voluntad en el proceso civil.

1. INTRODUCCIÓN

El recurso de casación directo o *per saltum* es aquel que se interpone de forma inmediata frente a sentencias dictadas en primera instancia. A través de esta modalidad de recurso de casación se «salta» la segunda instancia abierta por un eventual recurso de apelación.

El recurso de casación directo no es una institución desconocida en nuestro ordenamiento. La Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil introdujo en el art. 1688 LEC 1881 la posibilidad de recurrir en casación directamente las sentencias dictadas en primera instancia. Actualmente en ordenamientos de nuestro entorno el recurso de casación directo en el orden jurisdiccional civil está previsto en Alemania (§ 566 ZPO) y en Italia (art. 360 CPC).

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “Hacia un proceso civil convergente con Europa. Hitos presentes y retos futuros” (PGC2018-094693-B-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

El presente trabajo tiene como finalidad hacer (i) un *análisis histórico* que permita identificar las características principales del recurso de casación directo en la LEC 1881, su aplicación práctica por parte de los operadores jurídicos y aquellas razones que impidieron su consolidación en nuestro sistema; (ii) un *estudio comparado* entre el ordenamiento español y alemán que permita determinar sus principales diferencias, las consecuencias prácticas que estas tienen en la forma en la que opera el recurso directo y las opciones que en abstracto están disponibles para legislador a la hora de regularlo; y (iii) un análisis *de lege ferenda* que permita reflexionar sobre la oportunidad de reintroducir esta modalidad de recurso extraordinario en nuestro ordenamiento y la regulación que mejor se adaptaría al sistema.

2. EL RECURSO DE CASACIÓN DIRECTO EN LA LEC 1881

2.1 La regulación legal del recurso de casación directo en la LEC 1881

Como adelantaba la Exposición de Motivos de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, una de las principales novedades de la reforma operada en la LEC 1881 es «el recurso de casación directamente formulado contra la sentencia de primera instancia, con la limitación de que haya acuerdo entre las partes, y así lo reconozca también el Juez, acerca del carácter estrictamente jurídico de la cuestión o cuestiones debatidas». De su regulación legal en el art. 1688 LEC 1881 deben destacarse las siguientes características:²

Existía una limitación de las *sentencias recurribles directamente en casación* (art. 1687 LEC 1881). Esto suponía que no todas las sentencias recurribles ordinariamente en casación lo fueran de forma directa.

En cuanto a sus requisitos, se exigía que hubiera *acuerdo entre las partes* en relación con esta modalidad de recurso. Este acuerdo podía ser expreso o considerarse prestado tácitamente en aquellos casos en los que no se formulase oposición frente a la solicitud de alguna de las partes. Además, era necesario que la cuestión a resolver fuera «*estrictamente jurídica*».

En relación con el *procedimiento*, la parte agraviada por la sentencia de primera instancia podía solicitar que se tuviera por preparado el recurso de casación directo en el mismo escrito en el que se interponía el de apelación ante el juzgado de primera instancia.³ De este escrito se daba traslado a las demás partes para que efectuaran

² Art. 1688 LEC 1881: «Respecto de las sentencias de primera instancia en los juicios a que se refieren los ordinales 1.º y 3.º del artículo anterior, las partes, al interponer el recurso de apelación, podrán solicitar también, en el mismo escrito, que se tenga por preparado el recurso de casación, por entender que la cuestión a resolver es estrictamente jurídica. Del escrito por el que se promueva el recurso de casación directo, se dará traslado a las demás partes personadas para que, en el plazo de cinco días, manifiesten lo que consideren oportuno. De haber conformidad expresa o si transcurre el plazo sin formularse oposición, se tendrá por separado el recurso de casación. El auto del Juzgado resolviendo lo que proceda no será susceptible de recurso alguno, pero en caso de estimarse improcedente el recurso de casación, se tendrá por interpuesto el de apelación».

³ Se consideraba que el recurso de casación se preparaba de forma principal y a través de un otrosí se interponía el recurso de apelación. SERRA DOMÍNGUEZ, M. “Artículo 1.688” en CORTES, V. (coord.), *Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tecnos, Madrid, 1985,

alegaciones y, en su caso, mostraran su conformidad —expresa o tácita — con la preparación del recurso directo. De existir acuerdo y tratarse de una cuestión estrictamente jurídica, el juez debía tener por preparado el recurso directo. En ese caso, se remitirían al TS lo autos y se emplazaría a las partes para personarse ante él e interponer el recurso extraordinario. En caso contrario, el juez dictaba una resolución no recurrible por la que rechazaba la preparación del recurso directo y, en su caso, tenía por interpuesto el de apelación. De esta manera, la interposición del recurso de apelación y la preparación del recurso de casación directo en el mismo escrito permitía al juzgado dar al procedimiento la tramitación procesal debida en función de la admisión o rechazo de la preparación de la casación directa.⁴

Debe apuntarse desde ahora que el hecho de que el juzgado de primera instancia considerara procedente la preparación del recurso de casación directo, no suponía automáticamente su admisión por parte del TS. Una vez elevados los autos, personadas las partes e interpuesto el recurso, el alto tribunal debía examinarlo conforme a los criterios generales de admisión. Por tanto, para un correcto entendimiento de cómo operaba el recurso directo debe diferenciarse entre la admisión de la preparación del juzgado de primera instancia y la posterior interposición ante y admisión por el TS.

En resumen, el recurso de casación directo en la LEC 1881 se caracterizaba por (i) la naturaleza estrictamente jurídica de la cuestión y el acuerdo de las partes como requisitos para acceder a esta modalidad de recurso; y (ii) la interposición conjunta del recurso de apelación y la preparación del de casación directo en el mismo escrito.

2.2 El recurso de casación directo en la práctica judicial

Existen varias resoluciones del TS inadmitiendo o conociendo de recursos de casación directos durante el periodo en vigor de la norma —aproximadamente 17 años— y, posteriormente, en relación con los procedimientos pendientes estando en vigor ya la LEC (Disposición Transitoria 4⁵).⁶

p. 815. En términos similares, DE LA OLIVA, A., FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M., *Derecho procesal civil II*, Centro de Estudios Ramón Areces, 4ª ed., Madrid, 1985, p. 579.

⁴ Como explica SERRA DOMÍNGUEZ, la modalidad directa del recurso no excluye la aplicación del resto de requisitos generales de los recursos ordinarios y extraordinarios; entre ellos, el gravamen como requisito objetivo. SERRA DOMÍNGUEZ, M. “Artículo 1.688”, *op. cit.*, p. 816.

⁵ Las SSTS núm. 743/2006 de 10 julio [RJ\2006\6066]; 263/2005 de 26 abril [RJ\2005\3766]; 549/2005 de 7 julio [RJ\2005\9568]; 263/2005 de 26 abril [RJ\2005\3766]; 695/2005 de 28 septiembre [RJ\2005\7154] y 507/2004 de 10 junio [RJ\2004\4746] son las últimas resoluciones dictadas por el TS en esta modalidad de recurso de casación.

⁶ Entre ellas, y a título ejemplificativo, las SSTS núm. 35/1998 de 31 enero [RJ\1998\121]; 59/1992 de 4 febrero [RJ\1992\6878]; de 21 diciembre 1989 [RJ\1989\8861]; de 31 marzo 1989 [RJ\1989\2288]; de 11 marzo 1988 [RJ\1988\1961]; de 23 julio 1987 [RJ\1987\5811]; de 25 septiembre 1985 [RJ\1985\4408]; 934/2000 de 11 octubre [RJ\2000\7725]; 464/2000 de 3 mayo [RJ\2000\3383]; núm. 827/1999 de 14 octubre [RJ\1999\7327]; 839/1998 de 18 septiembre [RJ\1998\7283]; 665/1998 de 7 julio [RJ\1998\6271]; AATS de 25 abril 1995 [RJ\1995\10010]; de 7 abril 1994 [RJ\1999\6078]; de 13 enero 1994 [RJ\1999\6077].

En general, la jurisprudencia del TS en torno al recurso directo se centra en la delimitación de aquello que debe entenderse por una cuestión «estrictamente jurídica» conforme al art. 1688 LEC 1881.⁷

En relación con ello, el TS entendió—y con algunas dudas, también la doctrina⁸— que la naturaleza «estrictamente jurídica» de la cuestión suponía la exclusión del error de hecho en la apreciación de la prueba (art. 1692.4 LEC 1881) y del resto de motivos que supusiesen vicios *in procedendo* (art. 1692.1º, 2º y 3º LEC 1881).⁹ Así, el único motivo susceptible de fundar un recurso de casación directo sería la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fuesen aplicables (art. 1692.5º LEC 1881). Lo contrario, se decía, convertiría al TS en una segunda instancia encargada de reparar las infracciones procesales de la instancia.

Por ello, visto desde una perspectiva actual, puede afirmarse que la LEC 1881 solo permitía un recurso de casación directo (art. 477.1º LEC) y no un recurso extraordinario por infracción procesal directo (art. 469º LEC).¹⁰

A través de la exclusión del error de hecho en la valoración de la prueba se excluía por completo cualquier posibilidad de modificar los hechos fijados como ciertos en la instancia. En la medida en que era necesario el consentimiento expreso o tácito de las partes para la preparación del recuso directo, esto suponía indirectamente un consenso en relación con los hechos fijados en la instancia.¹¹

En este contexto, el TS conoció de algunos «supuestos patológicos» en los que el juzgado de primera instancia indebidamente tuvo por preparado el recurso directo. Se tratan de casos en los que no existía acuerdo entre las partes o en los que se alegaban cuestiones procesales que no entraban dentro de lo que se entendía por una cuestión «estrictamente jurídica». En estos casos, el TS se encontraba ante una «situación anómala creada por el propio Juzgado» (STS de 31 marzo 1989).

Como se ha dicho, debe separarse de forma clara la *preparación* del recurso directo ante el juzgado de primera instancia (art. 1688 LEC 1881) y la *interposición*

⁷ STS núm. 35/1998 de 31 enero [RJ\1998\121].

⁸ SERRA DOMÍNGUEZ, M. “Artículo 1.688”, *op. cit.*, pp. 815, 818. TOVAR MORALES aceptaba la exclusión del ordinal 4º del art. 1692, pero consideraba que era posible el recurso directo por el resto de los 4 motivos. TOVAR MORALES, A., *El recurso de casación civil*, Aranzadi, Pamplona, 1985, p. 39.

⁹ ATS de 25 abril 1995 [RJ\1995\10010]: «el motivo cuarto se articula al amparo del ordinal 3.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 359 de la misma, para denunciar *incongruencia de la sentencia recurrida, cuestión que evidentemente no encaja en el concepto restringido “estrictamente jurídica”* que conscientemente empleó el legislador de 1984 al introducir en la Ley de Enjuiciamiento Civil la casación “per saltum”, razón por la cual esta Sala ya ha declarado en su Auto de 7 abril 1994 (Recurso número 2307/1993) que *los problemas procesales no son incardinables en aquel concepto*» (énfasis añadido). En el mismo sentido las SSTS núm. 549/2005 de 7 julio [RJ\2005\9568] y 507/2004 de 10 junio [RJ\2004\4746].

¹⁰ No puede olvidarse que antes de la LEC y de la separación entre el recurso de casación y r.e.i.p., el recurso de casación era el recurso extraordinario para alegar los vicios *in procedendo* e *in iudicando*.

¹¹ DE LA OLIVA, A., FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M., *Derecho procesal, op. cit.*, p. 579. SERRA DOMÍNGUEZ, M. “Artículo 1.688”, *op. cit.*, p. 815.

ante y posterior admisión por el TS (arts. 1704-1710 LEC 1881). Una vez tenido por preparado —correcta o incorrectamente— el recurso directo, la única posibilidad del TS era admitirlo o inadmitirlo. Sin embargo, en la medida en que la resolución que (incorrectamente) lo tenía por preparado suponía el «salto» de la segunda instancia —y, con ello, la exclusión de cualquier ulterior recurso legal frente a la sentencia—, el TS optaba por reenviar las actuaciones al juzgado de primera instancia para que tuviera por interpuesto el recurso de apelación en su día presentado en el mismo escrito.¹² En otros casos, el TS optaba directamente por admitir y conocer del recurso directo indebidamente preparado.¹³ La justificación de este reenvío o admisión de un recurso directo improcedente era la indeterminación legal de aquello que era una cuestión «estrictamente jurídica» y la correspondiente inseguridad y perjuicio que generaba a las partes.

Estos asuntos tramitados incorrectamente permiten ver el desconocimiento y confusión que existía entre los operadores jurídicos en relación con los presupuestos y tramitación de esta modalidad de recurso —preparación, interposición y admisión— y los papeles que tenían atribuidos el juzgado de primera instancia y el TS en ella. La deficiente regulación legal del art. 1688 LEC 1881, junto con evidentes razones de índole sociológica que más adelante se analizarán, pueden considerarse las principales causas del fracaso de esta modalidad de recurso extraordinario en nuestro ordenamiento.

¹² En este sentido, el ATS de 25 abril 1995 [RJ\1995\10010]: «la inadmisión no producirá el efecto añadido de declarar firme la sentencia recurrida sino, en consonancia también con la reseñada especialidad, *el de que por el Juez se tenga por interpuesto el recurso de apelación, pues, de un lado, las cuestiones planteadas por el recurrente pueden ser alegadas en apelación y, de otro, si ahora se declarase firme sin más la sentencia impugnada se habría privado a la misma parte de un recurso legalmente procedente*, entendiéndose esta Sala que su impericia al recurrir en casación no es causa razonablemente suficiente para que pierda la posibilidad de apelar» (énfasis añadido). Igualmente, el ATS 7 abril 1994 [RJ\1999\6078]: «[y] si bien es cierto que la conducta del recurrente, anunciando un recurso de casación por “cuestión estrictamente jurídica” para luego fundarlo exclusivamente en cuestiones procesales, podría tal vez merecer la sanción de inadmisión [...] también lo es que *la propia imprecisión del art. 1688 de la LECiv y la salvaguardia del principio de tutela judicial efectiva aconseja inclinarse por la solución más adecuada al curso normal del proceso, es decir, reputar como de apelación el recurso*» (énfasis añadido). También el ATS de 13 enero 1994 [RJ\1999\6077].

¹³ Este fue el caso de la STS de 31 marzo 1989 [RJ\1989\2288]: «se preparó el recurso de casación “per saltum” o “directo” [...] no obstante lo cual se anunció que se fundamentaría en los motivos 1.º, 4.º (éste por error en la apreciación de la prueba) y 5.º del art. 1692 [...] *Se encuentra, pues, el T. S. ante una situación anómala, creada por el propio Juzgado y por la parte, al no haber asumido ni la modificación legislativa en cuanto a la práctica de las diligencias para mejor proveer (infracción de los arts. 340, 342, 627 y 628 de la LEC), ni la instauración del recurso de casación “per saltum” (que debió rechazarse por violación del art. 1688, al no entablarse para resolver una cuestión “estrictamente jurídica” [...] en supuesto tan excepcional debe interpretar las normas que ordenan el procedimiento sin límites a la declaración de nulidad del acto lesivo proveniente del propio órgano jurisdiccional de la primera instancia, prescindiendo de formalismos enervantes, con el reenvío y reposición de las actuaciones al estado y momento en que se cometió la falta [...] tener por denegada la preparación del recurso directo y por admitida la apelación sólo daría una respuesta parcial a los tan repetidos derechos procesales fundamentales que ampara la Constitución. En consecuencia y sin necesidad de examinar los restantes motivos del recurso, procede anular las actuaciones desde la Resolución de 18 de septiembre de 1986*» (énfasis añadido).

En definitiva, la imprecisión del término «estrictamente jurídica» del art. 1688 LEC 1881 y la incorrecta tramitación por parte de los juzgados de primera instancia supuso la producción de un cuerpo doctrinal del TS de dudosa aplicación del sistema diseñado.

3. LA *SPRUNGREVISION* DE LA § 566 ZPO

En Alemania, el recurso de revisión directo en el orden jurisdiccional civil fue introducido en 1924 en la § 566 ZPO.¹⁴ Además, progresivamente se fue regulando en los órdenes jurisdiccionales penal (§ 335 StPO), administrativo (§ 134 VwGO), laboral y social (§ § 76 ArbGG y 161 SGG).¹⁵

Con independencia de las diferencias entre el recurso de casación —regulado por la LEC 1881 o por la actual LEC— y el de revisión contemplado en el ordenamiento alemán, la función y naturaleza extraordinaria de ambos permiten analizar y comparar de forma conjunta su modalidad directa.¹⁶

En cuanto a su *fundamento*, se considera que el recurso de revisión directo maximiza el interés de las partes y el principio de economía procesal al permitir una resolución más rápida, y previsiblemente barata, de la contienda judicial.¹⁷ En apretado resumen, se considera que es susceptible de recurso de revisión directo cualquier resolución recurrible en apelación en la que no esté excluida la posterior revisión.¹⁸

Como regla general, el recurso de revisión directo exige el *consentimiento escrito* de todas las partes que debe plasmarse en un documento firmado a mano que puede remitirse por distintos medios al tribunal y que debe presentarse junto con el escrito de preparación o, en todo caso, antes de que expire el plazo para ello.¹⁹

En el ordenamiento alemán, la preparación del recurso directo supone para todas las partes una *renuncia a un eventual recurso de apelación — Verzicht auf das Rechtsmittel der Berufung—*.²⁰ Esta renuncia es operativa con independencia de la posterior admisión o inadmisión de la revisión directa. En la medida en que el consentimiento de las partes supone una renuncia al recurso de apelación, se considera

¹⁴ *Deutsches Reichsgesetzblatt* I, 1924, pp. 145. Una traducción al inglés de la redacción actual de la norma está disponible en: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html

¹⁵ BEPLER, “Die Gegnerzustimmung zur Sprungrevison - ein Verfahrensvergleich”, *NJW*, 1989, pp. 686 y ss.

¹⁶ FAIRÉN GUILLÉN, V., *La Ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 1985, p. 333.

¹⁷ KRÜGER, “§ 566” en *Münchener Kommentar zur ZPO*, C. H. Beck, 5ª ed., München, 2016, Rn. 1.

¹⁸ JACOBS, “§ 566” en STEIN, JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung. Band 6*, Mohr Siebeck, 22ª ed., Tübingen, 2013, Rn. 2.

¹⁹ BALL “§ 566” en MUSIELAK, VOIT, *ZPO*, Franz Vahlen, München, 17ª ed. 2020, Rn. 3. MüKoZPO/KRÜGER, “§ 566”, *op. cit.*, Rn. 5-7. KESSAL, WULF, “§ 566” en VORWERK, WOLF, *BeckOK ZPO*, C. H. Beck, 36ª ed., Rn 3-5. STEIN-JONAS/JACOBS, “§ 566”, *op. cit.*, Rn. 3-6.

²⁰ § 566 ZPO (1) 1: «Der Antrag auf Zulassung der Sprungrevison sowie die Erklärung der Einwilligung gelten als Verzicht auf das Rechtsmittel der Berufung». MUSIELAK-VOIT/BALL “§ 566”, *op. cit.*, Rn. 3. MüKoZPO/KRÜGER, “§ 566”, *op. cit.*, Rn. 12-13.

que es un acto procesal con eficacia directa.²¹ De este modo, el consentimiento de los litigantes se proyecta sobre (i) la renuncia al recurso de apelación; y (ii) la modalidad directa del recurso de revisión.

Además del consentimiento de todas las partes, legalmente se exige como *requisito* del recurso directo que el asunto tenga una importancia legal significativa o que su resolución sea necesaria para el futuro desarrollo y aplicación uniforme de la jurisprudencia [§ 566 ZPO (4)].²² A pesar de su tenor literal, la § 566 ZPO (4) no contempla un auténtico presupuesto del recurso directo.

La exigencia de que el asunto tenga importancia legal o sea necesario para el desarrollo y aplicación uniforme de la jurisprudencia es un requisito general del recurso de revisión por cuestiones de Derecho [§ 543 (2) ZPO].²³ Por lo tanto, el § 566 ZPO (4) realmente no exige una especial justificación para acceder a esta modalidad de recurso; sino que reproduce aquellos exigidos de ordinario para el recurso de revisión.²⁴

La ZPO excluye expresamente la posibilidad de alegar en el recurso directo cualquier tipo de defecto o infracción procesal —*Mangel des Verfahrens*—. ²⁵ Se considera que esto no impide que se aprecien por el tribunal de revisión aquellos defectos procesales apreciables de oficio.²⁶

En relación con el *procedimiento*, el recurso se prepara directamente ante el tribunal que conocerá de la revisión, que es aquel que tiene la competencia para admitirlo: el BGH como *Revisionsgericht*.²⁷ De este modo, se excluye de su tramitación toda intervención del juzgado que conoció en primera instancia del asunto —el *Amts-* o *Landgericht*—. En caso de ser admitido, se solicitarán por el BGB los autos al órgano judicial que conoció en la instancia y se seguirán los trámites ordinarios del recurso de

²¹ En todo caso, se considera que es una renuncia «condicionada» a la efectiva preparación del recurso de revisión directo ante el BGH. Si cualquiera de las partes ha renunciado por escrito al recurso y aceptado esta modalidad de revisión y el recurso finalmente no es preparado por los motivos que fuesen, se considera que la renuncia no despliega sus efectos. MUSIELAK-VOIT/BALL “§ 566”, *op. cit.*, Rn. 3. MüKoZPO/KRÜGER, “§ 566”, *op. cit.*, Rn. 6.

²² § 566 ZPO (4) «Die Sprungrevision ist nur zuzulassen, wenn 1. die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder 2. die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert».

²³ § 543 (2) ZPO: «Die Revision ist zuzulassen, wenn 1. die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat oder 2. die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert».

²⁴ «Für die Entscheidung über den Zulassungsantrag gelten gern. Abs. 4 S. 1 *die gleichen Kriterien wie bei der Zulassung der Revision*» STEIN-JONAS/JACOBS, “§ 566”, *op. cit.*, Rn. 15 (énfasis añadido).

²⁵ § 566 ZPO (4): «Die Sprungrevision kann nicht auf einen Mangel des Verfahrens gestützt werden».

²⁶ MUSIELAK-VOIT/BALL “§ 566”, *op. cit.*, Rn. 12. MüKoZPO/KRÜGER, “§ 566”, *op. cit.*, Rn. 9. STEIN-JONAS/JACOBS, “§ 566”, *op. cit.*, Rn. 16.

²⁷ MUSIELAK-VOIT/BALL “§ 566”, *op. cit.*, Rn. 6. MüKoZPO/KRÜGER, “§ 566”, *op. cit.*, Rn. 8.

revisión. En otro caso —y como consecuencia de la renuncia al recurso de apelación— la sentencia adquiere firmeza y, con ello, fuerza de cosa juzgada.²⁸

Conviene subrayar que la admisión de la preparación de esta modalidad de recurso no supone la admisión del propio recurso: una vez examinados la recurribilidad de la resolución y el consentimiento de todas las partes es posible que este se inadmita por cualquiera de los motivos generales.²⁹

Además, se contempla que en caso de que se estime el recurso y sea necesario el reenvío de las actuaciones — *Zurückverweisung* —, este se realizará al órgano judicial que conoció en primera instancia.³⁰ En su caso, la nueva sentencia dictada será susceptible de recurso de apelación y de otro eventual recurso de revisión —directo o no—. ³¹ Por lo cual, la renuncia inicial al recurso de apelación ya no es operativa cuando el recurso de revisión es resuelto y las actuaciones son reenviadas.

Por último, debe señalarse que es posible que las partes acuerden contractualmente antes o durante el procedimiento que una eventual sentencia dictada en primera instancia solo sea susceptible de ser recurrida directamente en revisión. Se trata de un contrato procesal obligatorio —*Prozessvertrag*— integrado a su vez por una renuncia contractual al recurso de apelación (§ 515 ZPO) que puede desplegar los efectos procesales y materiales pretendidos por las partes.³²

4. UN ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO

Una vez expuesta la regulación del recurso directo de casación y revisión en nuestro ordenamiento y en el alemán, es oportuna una comparación que permita hacer

²⁸ § 566 ZPO (6): «Wird der Antrag auf Zulassung der Revision abgelehnt, so wird das Urteil rechtskräftig». MUSIELAK-VOIT/BALL “§ 566”, *op. cit.*, Rn. 9. MüKoZPO/KRÜGER, “§ 566”, *op. cit.*, Rn. 21.

²⁹ MUSIELAK-VOIT/BALL “§ 566”, *op. cit.*, Rn. 70. STEIN-JONAS/JACOBS, “§ 566”, *op. cit.*, Rn. 17.

³⁰ § 566 ZPO (8): «Das weitere Verfahren bestimmt sich nach den für die Revision geltenden Bestimmungen. § 563 ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass die Zurückverweisung an das erstinstanzliche Gericht erfolgt. Wird gegen die nachfolgende Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts Berufung eingelegt, so hat das Berufungsgericht die rechtliche Beurteilung, die der Aufhebung durch das Revisionsgericht zugrunde gelegt ist, auch seiner Entscheidung zugrunde zu legen». STEIN-JONAS/JACOBS, “§ 566”, *op. cit.*, Rn. 19. Sobre el reenvío en el ordenamiento procesal alemán *vid.* SCHUMANN BARRAGÁN, G., “La asunción de la instancia y la práctica del reenvío en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo” en CACHÓN CADENAS, M., PÉREZ DAUDÍ, V. (coords.), *El enjuiciamiento civil y penal hoy: IV Memorial Manuel Serra Domínguez*, Atelier, Barcelona, pp. 797-809. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/61141/>

³¹ MüKoZPO/KRÜGER, “§ 566”, *op. cit.*, Rn. 24.

³² «Die Parteien eines bevorstehenden Prozesses können auch persönlich vereinbaren, dass gegen das zukünftige erstinstanzliche Urteil des Landgerichts nur Sprungrevision möglich sein soll» MüKoZPO/KRÜGER, “§ 566”, *op. cit.*, Rn. 13. En el mismo sentido, MUSIELAK-VOIT/BALL “§ 566”, *op. cit.*, Rn. 5. BeckOK ZPO/KESSAL, WULF, “§ 566”, *op. cit.*, Rn. 5. STEIN-JONAS/JACOBS, “§ 566”, *op. cit.*, Rn. 12. Conforme a la BGH, Urteil vom 10.07.1985 - VIII ZR 285/84 (Zweibrücken): «Die Parteien eines bevorstehenden Prozesses können wirksam persönlich vereinbaren, daß gegen das zukünftige erstinstanzliche Urteil des Landgerichts nur Sprungrevision und keine Berufung eingelegt werden darf».

algunas reflexiones sobre su fundamento, operatividad y opciones que en abstracto están disponibles para el legislador.

4.1 La renuncia al recurso de apelación

La principal y más evidente diferencia entre la regulación española y alemana es la renuncia al recurso de apelación. Esta renuncia tiene consecuencias directas en su naturaleza, tramitación y uso por parte de los operadores jurídicos.

Conforme al art. 1688 LEC 1881, de no acceder el juzgado de primera instancia a la preparación del recurso de casación directo, se tendrá por interpuesto el de apelación presentado en el mismo escrito. En la medida en que la solicitud no supone una renuncia al recurso de apelación, un eventual rechazo de la preparación del recurso directo no ocasiona un perjuicio en la esfera procesal de las partes. Más allá del tiempo y coste en su tramitación, no existe ningún riesgo que las partes asuman al preparar el recurso directo. Un eventual rechazo de esta supondrá la interposición del recurso de apelación y en su caso, una vez resuelto este, la posibilidad de interponer el recurso de casación cuya preparación directa en su día no se admitió.

La renuncia al recurso de apelación como parte integrante del recurso directo fue propuesta por el Grupo Parlamentario Popular en la tramitación legislativa de la Ley 34/1984, de 6 de agosto mediante la Enmienda 279º en el Congreso de los Diputados y la 150º en el Senado.³³ Como se dijo en el Informe de la Ponencia en el Congreso «[e]l párrafo 4 debe desaparecer según los autores de la Enmienda 279 (Grupo Popular), en base al argumento de que quien acuda directamente a la casación debe soportar el riesgo posible de perder su opción a la apelación».³⁴ La enmienda fue rechazada.

La renuncia al recurso de apelación que contempla el ordenamiento alemán (§§ 515 y 566 ZPO) supone que, rechazada la preparación del recurso directo, se excluya cualquier ulterior revisión de la resolución que devendrá firmeza y con fuerza de cosa juzgada. Los efectos asociados a la renuncia explican la exigencia de que el consentimiento se preste como regla general por escrito y firmado a mano: existe una disposición del ejercicio de los derechos procesales de las partes que cualifica esta exigencia.

La eventual renuncia al recurso de apelación supone para las partes el riesgo de que su conflicto jurídico sea resuelto en una única instancia. Se trata de un riesgo que en la práctica puede disuadirlas de intentarlo y repercutir en el uso del recurso directo. A su vez, este riesgo asegura un uso adecuado del mecanismo. Parece razonable pensar que solo aquellas partes que estén seguras de la viabilidad del recurso directo se «atrevan» a prepararlo.

³³ Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 128 (c) de 11 de mayo de 1984, p. 111.

³⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales núm. 30-I-3 de 9 de diciembre de 1983, p. 320/48.

Con independencia de los incentivos que puede tener la inexistencia de una renuncia a la apelación, esta genera evidentes problemas técnicos en la tramitación del recurso directo y la dinámica procesal. Las partes tendrán que preparar e interponer dos recursos que por su propia naturaleza ordinaria y extraordinaria difieren en los motivos alegables, el ámbito y la propia técnica. Esta situación se agravaría actualmente si se tiene en cuenta que el recurso directo de casación se tendría directamente que *interponer* junto con el de apelación en el mismo escrito (art. 479 LEC).

Por último, debe señalarse que en nuestro ordenamiento la posibilidad de que los justiciables utilicen los recursos legalmente establecidos es una parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).³⁵ Una eventual renuncia al recurso de apelación supone un acto procesal con trascendencia constitucional: se renuncia al ejercicio puntual del referido derecho fundamental. Esto tiene incidencia en la justificación y regulación del instituto y en los remedios antes las eventuales vulneraciones procesales que puedan sufrir los justiciables.

4.2 La competencia para conocer de la preparación del recurso directo

La segunda y más evidente diferencia entre las regulaciones examinadas es la competencia para conocer de la preparación del recurso directo: el juzgado que conoció en primera instancia o el tribunal de casación o revisión.

Como se ha señalado, la mala técnica legislativa del art. 1688 LEC 1881 y la confusión en torno a su naturaleza y requisitos generó situaciones en las que se tenía erróneamente preparado el recurso directo. Estas «situaciones patológicas» generaron confusión e impidieron una aplicación uniforme y correcta del sistema diseñado.³⁶

La confusión entre las fases, la competencia de cada tribunal y las consecuencias de la inadmisión del recurso directo por el TS fue algo que ya se advertía en la propia tramitación parlamentaria de la Ley.³⁷

Las soluciones legales a los inconvenientes identificados en la práctica judicial en nuestro país pasaban por: contemplar expresamente la renuncia al recurso de apelación; por atribuir la competencia para conocer de la preparación del recurso directamente al TS; o por establecer una regulación específica a esta «situación anómala

³⁵ Por todas, la STC núm. 37/1995 de 7 febrero [RTC 1995\37].

³⁶ SERRA DOMÍNGUEZ criticaba la mala técnica legislativa y la imprecisión de los términos empleados en la norma. SERRA DOMÍNGUEZ, M. “Artículo 1.688”, *op. cit.*, p. 815. FERNÁNDEZ BALLESTEROS afirmaba que el art. 1688 LEC 1881 se trataba de una «*copia — premiosa y empeorada—*» del art. 566 ZPO DE LA OLIVA, A., FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M., *Derecho procesal*, *op. cit.*, p. 579. En un sentido similar, FAIRÉN GUILLÉN, V., *La Ley de Reforma Urgente*, *op. cit.*, p. 333.

³⁷ El Sr. Diputado Ruiz Gallardón afirmaba que «con la introducción del número 4 en este artículo 1.688 se establece un régimen de retroceso del procedimiento que a nosotros nos parece poco conveniente [...] Llega ese recurso de casación al Tribunal Supremo en trámite de admisión -y ya llegaremos al trámite de admisión-, estima improcedente el recurso de casación -improcedente, ¡cuidado!, no es que desestime en cuanto al fondo- y entonces, según el número 4, *necesariamente vuelve otra vez a la apelación*. Y eso es cabalmente lo que yo pretendo corregir suprimiendo este inciso» Diario de Sesiones el Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia e Interior. Núm. 127, 1 de marzo de 1984 (énfasis añadido).

creada por el propio Juzgado» (STS de 31 marzo 1989) que contemplara la errónea preparación del recurso directo como causa de inadmisión o que previera expresamente el reenvío al juzgado de primera instancia.

4.3 Los presupuestos del recurso directo

Técnicamente son presupuestos del recurso directo aquellos *requisitos adicionales y específicos* que se exigen a esta modalidad de recurso. Por ello, no deberían ser tales aquellos presupuestos que son exigibles a cualquier recurso de casación o revisión «ordinario». Además, debe determinarse si estos pretendidos presupuestos suponen *(i)* una limitación de las resoluciones recurribles ordinariamente; *(ii)* una limitación de los motivos alegables o, en su caso, *(iii)* auténticos presupuestos del recurso directo.

Como puede comprobarse, el único requisito del recurso directo conforme el art. 1688 LEC 1881 y su interpretación jurisprudencial era el consentimiento entre las partes. La naturaleza «estrictamente jurídica» de la cuestión no es un presupuesto del recurso, sino la exclusión de todos aquellos motivos que supusieran cuestiones procesales actualmente reconducibles al r.e.i.p.

En el ordenamiento alemán, como se ha dicho, la exigencia de que la cuestión tenga importancia jurídica en sí misma o para la producción de jurisprudencia [§ 566 ZPO (4)] supone una reproducción de los requisitos exigibles en general al recurso de revisión [§ 543 (2) ZPO] (*vid. supra*). Por tanto, el único presupuesto real de la revisión directa era también el acuerdo entre las partes.

En definitiva, y más allá de una eventual limitación de las sentencias recurribles y motivos alegables, el acuerdo entre las partes es el único requisito auténtico de la casación directa. Es razonable plantearse si esto es adecuado o sería deseable la inclusión de cualquier otro.

En general, el recurso de casación en los ordenamientos europeos continentales —y sin ninguna duda en el nuestro— tiene una naturaleza extraordinaria y una clara función nomofiláctica —*ius constitutionis*—. Esto se proyecta en una limitación y regulación estricta de su admisión.

Si se examinan, los propios criterios de admisión y el desarrollo no jurisdiccional de los mismos ya exigen una justificación objetiva que trascienda al mero interés de las partes para que el recurso extraordinario sea admitido. No parece lógico exigir un interés casacional «cualificado», una contradicción sistemática entre AAPP o una cuantía más elevada como requisito de esta modalidad de recurso.

En su caso, sería imaginable algún requisito que tengan su fundamento en la peculiaridad del recurso directo: el salto de la segunda instancia. Estos podrían fundarse en razones de interés público o privado que justifiquen una respuesta inmediata del TS que zanje la controversia o que produzca un criterio jurisprudencial cuanto antes. Se estaría ante una especie de «perriculum in mora» derivado de la dilatación de la

respuesta del TS. Se puede pensar *v.gr.* en la necesidad de zanjar una controversia entre dos empresas cotizadas o en la producción de jurisprudencia en relación con una materia en la que existe una litigación en masa que ocasiona una importante presión sobre la administración de justicia. Con independencia del interés público o privado que se pretenda maximizar, los presupuestos que eventualmente se establezcan deben explicarse en función del factor temporal que caracteriza esta modalidad de recuso extraordinario.

4.4 La exclusión de los motivos procesales

La exclusión de los motivos procesales —expresamente en el ordenamiento alemán e interpretada jurisprudencialmente como consecuencia de una mala técnica legislativa en el nuestro— supone una característica tradicional de los recursos directos. Cabe reflexionar si es una elección razonable.

Si se examina, no llegan a entenderse mínimamente los argumentos en nuestro país que sostenían que las cuestiones procesales no eran cuestiones «estrictamente jurídicas» conforme al art. 1688 LEC 1881.

La aplicación del Derecho procesal y material supone la subsunción de unos hechos a un supuesto de hecho previsto en abstracto por un precepto jurídico. La discusión jurídica puede centrarse en la realidad de esos hechos, en la correcta o incorrecta subsunción de los hechos al supuesto de hecho de la norma o en los efectos jurídicos que se derivan de ella. Más allá de una legítima decisión de política legislativa, no existe ninguna razón técnica que justifique seriamente la exclusión de la casación o revisión por motivos procesales.

Esta exclusión es una manifestación de un pensamiento o dogma erróneo y artificial de la separación absoluta entre el Derecho procesal y material —«*Das Trennungsdogma*»³⁸ y de la función que ambos desempeñan en el proceso. En la medida en que el proceso debe estar construido técnicamente sobre las mismas valoraciones que impregnan el Derecho material, una absoluta separación entre ambos falsea el análisis y el entendimiento del fenómeno procesal. Además, actualmente vivimos un proceso de *materialización del Derecho procesal* en el que este se convierte en un instrumento más para la realización de los intereses jurídicamente protegidos por la norma material.³⁹ Este proceso de materialización —concretado *v.gr.* en el principio de efectividad consagrado por el TJUE— supone otra muestra de la imposibilidad de separar de forma absoluta el estudio y aplicación del Derecho material y procesal.

Además, debe señalarse que de permitirse recursos directos por cuestiones procesales —i.e., re.i.p. directos— no se cambiaría su naturaleza extraordinaria o la función del TS. Las sentencias recurribles, los motivos del re.i.p. y la propia configuración de los criterios de admisión, preservan la naturaleza extraordinaria del re.i.p. y excluyen todo riesgo de convertir al TS en un pretendido tribunal de segunda

³⁸ KONZEN, H., *Rechtsverhältnisse zwischen Prozessparteien*, Dunker and Humblot, Berlin, 1976, pp. 19-23, 173, 331-336.

³⁹ KEHRBERGER, R. F., *Die Materialisierung des Zivilprozessrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019.

instancia. Serán las partes las que, en función de su gravamen, decidan si ante pretendidas vulneraciones procesales acuden sin ninguna limitación a un recurso ordinario o, por el contrario, decidan «saltarlo» para ir a uno extraordinario de forma directa.

No se advierten las razones que justifiquen «saltar» la segunda instancia por razones procesales y no por motivos materiales. La propia configuración de los recursos como *extraordinarios* excluye este riesgo: *la previsión de una modalidad directa no cambia su naturaleza*.

4.5 La eficacia procesal de la autonomía de la voluntad

El consentimiento de todas las partes es un presupuesto común del recurso de casación directo (art. 1688 LEC 1881, § 566 ZPO y art. 360 CPC). Es la autonomía de la voluntad el elemento que legitima el «salto» de la segunda instancia y, por tanto, la que explica la disposición en la esfera procesal de los litigantes y en la tramitación del proceso. El art. 1688 LEC 1881 o la § 566 ZPO son *normas procesales dispositivas* que dotan de eficacia jurídico-procesal a la voluntad de las partes.

La existencia de normas procesales dispositivas fue explicada ya por VON BULÖW en el s. XIX.⁴⁰ Se tratan de normas procesales que autorizan a los litigantes a influir en una situación procesal determinada. En general, como cualquier norma dispositiva, están formadas por dos elementos: la habilitación legal o autorización para modular los efectos jurídicos de la norma — *Ermächtigungsnorm* — y una regulación subsidiaria que se aplicará en el caso de que las partes no hagan uso de la autorización que la norma les otorga — *subsidiäre Regelung*—. En su caso, la vinculación del órgano judicial no deriva de la voluntad de las partes, sino de su *vinculación positiva a la norma jurídica* que dota a aquella de eficacia procesal.

En la medida en que en nuestro ordenamiento procesal rige el principio de legalidad (art. 1 LEC) es necesaria una norma procesal dispositiva que permita expresa o implícitamente a las partes disponer de común acuerdo de la tramitación del procedimiento.

Con independencia de que el recurso directo suponga o no una renuncia al recurso de apelación, el consentimiento debe ser necesario en todo caso. El «salto» de la segunda instancia afecta directamente a la esfera procesal de las partes —i.e. sus derechos y cargas procesales— y al desarrollo del *iter* procesal previsto y *previsible* legalmente al que las partes adecuan sus defensa y estrategia procesal y que integra su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Esta afectación existe con independencia del gravamen que a cada parte le ocasione la sentencia de primera instancia.⁴¹

Se ha dicho que en Alemania es posible que las partes celebren contratos procesales obligatorios por los que acuerden —antes o durante el procedimiento— la renuncia al recurso de apelación y el que una eventual sentencia dictada en primera

⁴⁰ BULÖW, O., “Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung”, *ACP*, 64, 1881, pp. 1-109.

⁴¹ SERRA DOMÍNGUEZ, M. “Artículo 1.688”, *op. cit.*, pp. 816, 817.

instancia solo sea recurrible directamente en revisión. Aunque un análisis de la cuestión desborda por completo la intención de estas líneas, debe señalarse que en nuestro ordenamiento es válida y eficaz una renuncia contractual al recurso de apelación. Por su objeto, supone una disposición contractual del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos establecidos legalmente (art. 24.1 CE). En cambio, la validez y eficacia de un contrato procesal por el que se acuerde que frente a la sentencia de instancia únicamente cabe un recurso de casación directo requeriría de una norma procesal dispositiva que dote de eficacia procesal a este pacto.

5. EL RECURSO DE CASACIÓN DIRECTO: UNA PROPUESTA *DE LEGE FERENDA*

Una vez examinados los recursos directos en la LEC 1881 y la ZPO alemana e identificadas sus principales diferencias y deficiencias, cabe plantearse desde una perspectiva *de lege ferenda* la posibilidad de reintroducirlo en nuestro ordenamiento.

5.1 El interés y la estrategia procesal de las partes

Pronosticaba SERRA DOMÍNGUEZ que el en su día novedoso art. 1688 LEC 1881 «no ha tenido en cuenta la escasa trascendencia práctica del recurso que arriesga convertirse en una posibilidad utópica» ya que, citando a SATTÁ, «es evidente que los litigantes precisamente porque litigan, no están dispuestos a ponerse de acuerdo para excluir la apelación. Resulta difícil suponer que la parte beneficiada por la sentencia de primera instancia [...] acceda a abreviar la duración del proceso».⁴²

De modo que ya desde su origen se dudaba del éxito de una institución que requería del acuerdo de los litigantes en el seno de una sociedad latina en la que se concibe el litigio como una lucha constante de posiciones encontradas. En la medida en que es la autonomía de la voluntad de las partes —de *todas* las partes— el fundamento de esta modalidad de recurso es evidente que en la práctica su éxito depende de un elemento práctico de sociología jurídica: la estrategia procesal y los intereses de los litigantes. Es oportuno reflexionar sobre el potencial real del recurso directo en nuestro ordenamiento a la luz del panorama actual.

La litigación en masa de una pluralidad de asuntos más o menos homogéneos producida en los últimos ha creado un mercado de la litigación con caracteres específicos que pueden condicionar el atractivo de un eventual recurso directo.

Por un lado, en este tipo de litigación está aquella parte que tiene la condición de demandado en una pluralidad de litigios homogéneos. En función de la fortaleza de sus argumentos y posición jurídica, su estrategia procesal y gestión conjunta de los procedimientos pasará por intentar impedir un pronunciamiento del alto tribunal que unifique el criterio a seguir o por obtenerlo cuando antes. En aquellos casos en los que existe una posición débil, se intentará impedir un pronunciamiento del TS que unifique el criterio y dividir así los riesgos territorialmente entre las distintas AAPP. Esto

⁴² SERRA DOMÍNGUEZ, M. “Artículo 1.688”, *op. cit.*, p. 815.

permitiría, mediante una estrategia consistente en la máxima «divide y vencerás», explotar la contradicción entre las distintas AAPP que permita la obtención de algunas sentencias favorables. Una posición jurídica sólida supondrá el interés en obtener un pronunciamiento en sede casacional que unifique el criterio.

Ante una situación inversamente proporcional en la parte demandante, se le suma el modelo de negocio e industria nacidos en el contexto de esta litigación en masa. En un escenario como el actual en el que los modelos de negocio de la abogacía pasan por un pacto de *cuota litis* o por la fijación del precio de los servicios jurídicos en función de las eventuales costas judiciales susceptibles de ser recuperadas bajo un modelo de «sino gana, no paga», al riesgo de un eventual pronunciamiento desfavorable del TS se le suma la eventual condena en costas en las distintas instancias como elementos que influirán de forma directa en su atractivo.

Por ello, y en el contexto actual de litigación en masa, un eventual acuerdo para acceder a esta modalidad de recurso se cree improbable. Su utilización como un instrumento para obtener un pronunciamiento del TS que dé prontamente un criterio jurisprudencial para una pluralidad de asuntos homogéneos es deseable, aunque previsiblemente limitada en la práctica.

Esto supone que sea en el contexto de litigios individuales en lo que en abstracto los recursos directos pueden tener más incidencia.

En estos casos, también influirá la posición jurídica de las partes, así como el resto de las cuestiones que en general pueden condicionar su defensa y estrategia procesal. En concreto, debe tenerse en cuenta que la duración del procedimiento —y, con ello, las posibilidades procesales de alargar o acortar la contienda judicial— y el «pasivo procesal» que suponen las eventuales condenas en costas en las distintas instancias son elementos imprescindibles de presión y fuerza para llegar a un acuerdo judicial o extrajudicial.

Hay un factor técnico que influye directamente en la decisión de hacer uso del recurso directo: la naturaleza jurídica o fáctica del conflicto. En la medida en que como regla general se excluye la posibilidad de atacar la valoración de la prueba o los hechos fijados como ciertos en la sentencia, en función de la naturaleza fáctica o jurídica del debate procesal puede tener más o menos importancia los hechos fijados en la sentencia y, con ello, su modificación en la segunda instancia

En general, parece razonable pensar que se acudirá a un recurso directo en aquellos casos en los que la propia existencia del proceso suponga un perjuicio jurídico, económico o reputacional agravado para las partes. Se puede pensar en litigios *v.gr.* entre entidades con proyección social, sometidas a la supervisión de un ente regulador, de un mismo grupo empresarial, entre partes que mantienen y pretenden seguir manteniendo una relación comercial de larga duración, en determinados litigios sobre derechos de propiedad industrial, etc. Será atractivo un recurso directo cuando, aunque existe un conflicto jurídico que mantenga posición encontradas, exista un interés común en su pronta disolución.

El otro contexto en el que el recurso directo es funcional es en el seno de los referidos contratos procesales. En general, la relación de las partes no es la misma antes

y después del surgimiento del conflicto jurídico. En el momento de la contratación — que de ordinario es cuando se celebrarán los contratos procesales— las partes están en un estado de cooperación que se proyecta hacia un objetivo común: el desenvolvimiento de la relación contractual proyectada. Una vez surgida la controversia, la relación entre las partes cambia: sus posiciones se encuentran y se torna difícil llegar a acuerdos que permitan la disolución del conflicto.

La posibilidad de celebrar contratos procesales fomenta en el momento de la contratación la cooperación y permite alcanzar acuerdos con trascendencia procesal que, satisfaciendo el interés de ambas, serían imposibles una vez surgido el conflicto. En el momento de la contratación las partes se encuentran en un estado de ignorancia — *behind a veil of ignorance*— respecto de un eventual procedimiento judicial.⁴³ Esto les impide saber a ciencia cierta cómo les afectará el contrato procesal proyectado. Esta «ignorancia» supone que las partes valoren el acuerdo en términos más objetivos y, con ello, podría permitir que sea de interés para las partes acordar que una eventual sentencia dictada en primera instancia solo sea recurrible directamente ante el TS.

5.2 El interés público y privado en la regulación del recurso directo

El recurso de casación directo maximiza los intereses promovidos por el ordenamiento procesal civil: la cooperación entre las partes y la economía procesal. Además, no supone en ningún caso una afectación de instituciones procesales básicas como la naturaleza de los recursos extraordinarios o la función del TS.

En cuanto a la asignación de recursos materiales y humanos en la administración de justicia, la introducción del recurso de casación directo en el sistema judicial tampoco conlleva una afectación de la distribución de recursos atribuidos a cada instancia. En todo caso, y en función de una eventual renuncia al recurso de apelación, se reduciría la carga de trabajo sobre la segunda instancia. Ahora bien, esto no supone necesariamente un correlativo aumento de la carga de trabajo o funciones atribuidas al TS.

Como se ha señalado repetidas veces, la posibilidad de que las partes interpongan un recurso de forma directa no cambia la naturaleza y función de los recursos extraordinarios. En todo caso, y con independencia de que exista la posibilidad de hacerlo de forma directa, las partes podrán interponer después de la segunda instancia el recurso extraordinario y el TS tendrá que examinar su admisión conforme a los criterios generales. Por ello, la modalidad directa del recurso extraordinario no supone un aumento en la carga de trabajo del TS, sino que la adelanta temporalmente.

La institucionalización del recurso directo supone un fortalecimiento de la primera instancia y un correspondiente debilitamiento de la segunda. Esto puede afectar al natural y necesario debate y diálogo judicial entre las distintas instancias que puede

⁴³ KLEMENT, A., KAPELIUK, D., “Changing the Litigation Game: An Ex Ante Perspective on Contractualized Procedures”, *Texas Law Review*, 2013, Issue 6, p. 1484. KLEMENT, A., KAPELIUK, D., *Contractualizing Procedure*, 2008, p. 20. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1323056>.

—o por lo menos, debería— servir como promotor de cambios jurisprudenciales y, con ello, de desarrollo del Derecho.

En relación con los intereses privados, el recurso directo permite a los litigantes una resolución más rápida y previsiblemente económica de su controversia. Esto supone un claro atractivo de la jurisdiccional estatal frente a otros sistemas alternativos de resolución de conflictos. La posibilidad de interponer directamente los recursos extraordinarios —con el eventual riesgo de que sean o no admitidos— permite la obtención más temprana de una sentencia firme con efectos de cosa juzgada y, con ello, la disolución de la controversia jurídica.⁴⁴

5.4 Una propuesta *de lege ferenda*

Un análisis de Derecho comparado y la experiencia histórica permitirían formular una propuesta *de lege ferenda* operativa y que mantenga un equilibrio entre los intereses públicos y privados que concurren en el proceso civil.⁴⁵

En la medida en que no existe ninguna razón técnica que justifique un tratamiento diferenciado de las cuestiones procesales y materiales, debería ser posible un recurso directo de casación y extraordinario por infracción procesal frente a las sentencias y por los motivos ordinarios. Los criterios ordinarios de admisión ya contemplados son suficientes para garantizar y preservar la función nomofiláctica de los recursos y la naturaleza del TS. No se considera necesario la introducción de una

⁴⁴ En este sentido, y en relación con el art. 1688 LEC 1881, TOVAR MORALES, A., *El recurso de casación*, *op. cit.*, p. 39.

⁴⁵ La regulación que se propone es la siguiente: Artículo [X]. 1. Serán recurribles directamente en casación las sentencias dictadas en primera instancia en los casos y por los motivos del artículo 477 LEC. 2. El recurso de casación directo exigirá del consentimiento expreso de todas las partes y se considerará, en todo caso y con independencia de su inadmisión por el Tribunal Supremo, una renuncia al recurso de apelación conforme al artículo 19 LEC. La renuncia estará condicionada a que finalmente se interponga el recurso conforme a esta modalidad. 3. El recurso de casación directo se interpondrá ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla. 4. Del escrito de interposición se dará traslado al resto de partes personadas por un plazo de 5 días para que muestren su conformidad o disconformidad con la interposición del recurso directo. Si transcurre el plazo sin formularse oposición, se considerará que esta modalidad de recurso no es aceptada por las partes. En ese caso, las partes tendrán un plazo de 10 días para interponer un recurso de apelación frente a la sentencia. 5. Si la resolución impugnada fuera susceptible de recurso directo, este se hubiere formulado dentro de plazo y todas las partes personadas hubieren manifestado su consentimiento, en el plazo de tres días el letrado de la administración de justicia tendrá por interpuesto el recurso. En caso contrario lo pondrá en conocimiento del tribunal para que se pronuncie sobre su admisión del recurso por medio de auto. 6. Contra el auto del tribunal por el que deniega la interposición de un recurso de casación directo cabrá recurso de queja conforme el artículo 494 LEC. 7. En caso de tenerse por interpuesto el recurso de casación directo, se remitirán todos los autos originales al Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes por término de treinta días. 8. La admisión y tramitación del recurso directo ante el Tribunal Supremo se realizará conforme las reglas ordinarias del recurso de casación. 9. Las partes pueden renunciar contractualmente antes o durante el procedimiento al recurso de apelación y pactar que una eventual sentencia de primera instancia solo sea recurrible directamente en casación. DISPOSICIÓN ADICIONAL. 1. En tanto que no se confiera a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para ello, el recurso extraordinario por infracción procesal directo procederá, por los motivos previstos en el artículo 469, respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 477, la Disposición final decimosexta y el artículo [X].

especie de interés casacional cualificado o «*periculum in mora*» agravado que justifique esta modalidad de recurso.

Se considera que la mejor opción pasa por considerar que el acuerdo de todas las partes sea el único requisito del recurso directo y de que este supone una renuncia al recurso de apelación. Esto reafirma su naturaleza y función. La renuncia al recurso de apelación impone regular mecanismos que aseguren la autonomía de la voluntad de las partes —*v.gr.* un poder especial—, su control judicial (art. 19 LEC) y un sistema de recursos.

En relación con el procedimiento, la mejor opción pasa porque el recurso directo sea interpuesto directamente ante el juzgado de primera instancia. Si la resolución impugnada se considera recurrible y se ha formulado dentro de plazo, se tendrá por interpuesto el recurso directo, emplazando a las partes para que se personen ante el TS y este proceda al examen de su admisión conforme a los criterios ordinarios. En caso de no acceder a la petición el juzgado de primera instancia —y siempre que exista una renuncia al recurso de apelación— deberá existir un recurso de queja ante el TS.

Por último, y en la medida en que es en el seno de los contratos procesales el ámbito en el que mayor utilidad puede tener el recurso directo, parece oportuno regularlos de forma expresa para dotarles de eficacia procesal.

6. CONCLUSIÓN

La regulación de un recurso directo de casación o extraordinario por infracción procesal supone dotar de eficacia procesal a la autonomía de la voluntad de las partes en el proceso civil. Una resolución más rápida y económica del litigio supondría un claro atractivo de la jurisdicción estatal frente a otros sistemas alternativos de resolución de conflictos. En la medida en que la modalidad directa no cambia la naturaleza extraordinaria de los recursos, su regulación no afectaría a instituciones procesales básicas o la distribución de recursos entre las distintas instancias del sistema judicial.

Un análisis histórico y de Derecho comparado permiten regular en nuestro ordenamiento un recurso extraordinario directo que se ajuste a las necesidades del sistema y mantenga un equilibrio entre los intereses públicos y privados que concurren en el proceso civil.

RECURSO DE CASACIÓN CIVIL: EFICACIA Y SEGURIDAD EN LA ADMISIÓN. ALGUNAS REFLEXIONES PARA EVITAR POSIBLES DAÑOS Y PERJUICIOS AL RECURRENTE COMO CONSECUENCIA DE LA INADMISIÓN DEL RECURSO

Juan PANISELLO MARTÍNEZ
Abogado

SUMARIO. 1. PREÁMBULO. 2. INTERÉS CASACIONAL. 3. REQUISITOS FORMALES Y TUTELA JUDICIAL. 4. ACLARANDO EL ALCANCE DEL ARTÍCULO 477 DE LA LEC. 5. LA DESESTIMACIÓN COMO CONSECUENCIA DE LA INADMISIÓN. 6. CONSIDERACIÓN FINAL. BIBLIOGRAFÍA.

1. PREÁMBULO

La Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo, en Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017 (RJ 2017\367), en uso de la potestad que le otorga el art. 264.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) a las Salas de Justicia en Pleno, por considerar que el Acuerdo de 30 de diciembre de 2011 había cumplido las finalidades para las que se adoptó, adoptó nuevos criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, con la pretensión de simplificar los criterios vigentes hasta la fecha, así como precisar el alcance de las nuevas causas legales de inadmisión del recurso de casación.

Tras la experiencia de aplicación de la reforma llevada a cabo por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, así como la modificación de las causas de inadmisión del recurso de casación, mediante la nueva redacción del art. 483.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (en adelante, LEC), efectuada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, se consideró conveniente revisar los criterios de admisión de los recursos extraordinarios, los cuales forman parte del sistema de recursos, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional [(SSTC 150/2004, de 20 septiembre (RTC 2004\150); 114/2009, de 14 mayo (RTC 2009\114) y 10/2010, de 27 abril (RTC 2010\10), entre otras].

El recurso de casación puede ser objeto de estudio desde muy diferentes puntos de vista y sus finalidades en ocasiones más allá del ámbito jurídico, si bien se precisa alcanzar los objetivos para los que fue concebido. Así puntos de vista de otros sectores doctrinales, como el de la filosofía del Derecho y el Derecho Constitucional, pero también el de la Justicia, se plantean la conveniencia de examinar y eventualmente incorporar otras tradiciones jurídicas, como la norteamericana, en orden a alcanzar una doctrina jurisprudencial verdaderamente adecuada a las cambiantes realidades sociales.

El recurso de casación desde casi sus inicios ha ido acompañado por la necesidad de reducir el número de asuntos que llegaban hasta el Tribunal Supremo. En esa orientación se interpretó la exclusión del reenvío en los casos de estimación del

recurso por infracción de norma aplicable a la resolución sobre el objeto del proceso o la concentración en una sentencia de los pronunciamientos sobre los motivos de casación y el objeto del proceso operada por reforma de 1984. En una primera aproximación a métodos orientados a restringir el acceso a la casación, y con salvaguarda de los valores en tensión *-ius litigatoris* y unificación de la jurisprudencia-, podemos diferenciar entre métodos de selección internos y externos.

En cuanto a los métodos de selección internos se acude a procedimientos alternativos mediante cauces preferenciales y simplificados, a través, por ejemplo, de un procedimiento sin audiencia pública ante el Tribunal Supremo, con comparecencia de las partes y debate oral. Otros procedimientos podrían consistir en atribuir el conocimiento del recurso a un colegio restringido mediante procedimiento alternativo preferencial, así como en rebajar la exigencia de la resolución que decide el recurso de casación, motivando de manera esquemática o mediante pronunciamientos menos exhaustivos. En cuanto a los métodos de selección externos van desde el denominado *writ of certiorari* norteamericano, que consiste en una presentación directa a la Corte Suprema para que ésta requiera a un tribunal inferior el envío de una causa para su posterior examen, hasta la selección por parte de los tribunales inferiores, la *summa cassationis* y el interés casacional.

En relación con la selección de recursos y los condicionantes del modelo normativo actual de la Ley de Enjuiciamiento Civil, recordar que con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución española de 1978 diferentes reformas habían limitado el acceso a la casación, como la exclusión de reenvío hasta la modificación de 1992, que eliminó toda posibilidad de que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo revisara ninguna clase de error de hecho en la apreciación de la prueba, para evitar que se convirtiera en una tercera instancia; limitando su examen a la comprobación y subsunción de tales hechos inmodificables en una norma formalmente idónea.

Desde la doctrina constitucional sobre el Derecho al recurso, la configuración legal del mismo queda abierta a los criterios del legislador ordinario que deberá tener presente dar respuesta a la necesidad de protección de la igualdad en la aplicación de la ley y las diferentes vías que pueden adoptarse con tal fin. Dicha necesidad ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos que relacionan el fundamento de un mayor rigor en la formulación de los requisitos de la casación y en su aplicación judicial por la función de naturaleza pública del recurso (STC, Pleno, 25 marzo 2004; RTC 2004\47). Así, las expectativas de selección resultaban diversas: desde fijar un criterio único o varios, hasta conferir al Tribunal Supremo una potestad personal de elección, discrecional o reglada vinculada a conceptos jurídicos indeterminados. La LEC, a la hora de atender a los fines de unificación de la jurisprudencia y de protección de la igualdad, se decantó por atender a la existencia de “interés casacional”, vinculándolo a que la sentencia recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o a que resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Estos dos motivos se asemejan en cierta medida a la antigua casación para unificación de doctrina, pero en realidad representan una realidad diversa. Así, la posibilidad de recurrir por unificación de doctrina requiere igualdad de los hechos entre la sentencia recurrida y la contrastada; en tanto que la posibilidad de recurrir por interés

casacional constituye un juicio jurídico de contornos más imprecisos. El criterio principal de selección era la cuantía mínima incrementada a lo largo del tiempo. La reforma llevada a cabo por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, incorporó un nuevo motivo de inadmisión al recurso de casación, en el caso de que carezca de manera manifiesta de fundamento o cuando ya se hubiesen resuelto en el fondo otros recursos esencialmente iguales.

Sin embargo, el fin unificador tampoco resulta así completamente garantizado, al limitar la posibilidad de intervención nomofiláctica del Tribunal Supremo a los supuestos de falta de uniformidad en la aplicación del Derecho o de indeterminación del sentido en que deben ser interpretadas las normas más recientes, sin incorporar la necesidad de superar la jurisprudencia en vigor. Aspecto éste último que se contempla a través de ser promovido únicamente por aquellos tribunales que a partir de su jurisprudencia discrepante consientan al Tribunal Supremo revisar sus antecedentes y su propia doctrina. Así, con arreglo a lo dispuesto en el art. 477.3 LEC se debe comparar la sentencia que se pretende impugnar por “interés casacional” con otra sentencia, pero no directamente, sino con la doctrina jurisprudencial que se deduce de sentencias del Tribunal Supremo, y a la que la sentencia ha de oponerse, o con sentencias de varias Audiencias Provinciales con las que la sentencia impugnada coincide en resolver una cuestión sobre el que aquellas sentencias mantienen jurisprudencia contradictoria; o si la resolución impugnada aplica normas de reciente vigencia sobre las que falte doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

El Acuerdo de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 30 diciembre 2011, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, confirma la prevalencia del fin unificador de la jurisprudencia, añadiendo que el interés casacional va enfocado a la fijación de la doctrina que estime correcta en los términos del art. 487.3 LEC. Así, la interposición del recurso por interés casacional para fijación de la jurisprudencia debe indicar el motivo: oposición o desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre alguno de los puntos o cuestiones resueltos por la sentencia recurrida. Y, además, al fundamentar la oposición o desconocimiento requiere de algunas circunstancias, como la existencia y cita de dos o más sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo donde se vulnere o desconozca la jurisprudencia establecida en ellas, justificando que la resolución del problema jurídico planteado en el recurso se opone al criterio seguido por la jurisprudencia.

El Acuerdo de 2011 insiste en la exclusión de las cuestiones de hecho, salvo que se trate de sentencias del Pleno o de aquellas dictadas fijando doctrina por razón de interés casacional, bastando en tal caso la cita de una sola invocando su jurisprudencia, cuando, además, no haya existido sentencia posterior que modifique el criterio; o si a criterio de la Sala de lo Civil, la parte recurrente justifica debidamente la necesidad de modificar la jurisprudencia en relación con el problema jurídico planteado porque haya evolucionado la realidad social o la común opinión de la comunidad jurídica sobre una determinada materia. Esta orientación se consagra y desarrolla en el Acuerdo de 27 de enero de 2017, en el que destaca la reducción drástica de la revisión probatoria y una serie de aspectos formales, de estructura y forma del recurso. En lo relativo al recurso

de casación y más en concreto al “interés casacional”, que tiene por objeto “fijar doctrina jurisprudencial”, se precisa la necesidad de justificar con toda claridad dicho interés, recordando que el recurso será inadmitido, entre otros supuestos: si la oposición a la jurisprudencia invocada o pretendida carece de consecuencias para la decisión del litigio, atendida la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida; si el criterio aplicable para resolver el problema planteado depende única o sustancialmente de las circunstancias fácticas de cada caso; o si la aplicación de la jurisprudencia invocada o pretendida solo puede llevar a una modificación del fallo mediante la omisión total o parcial o de los hechos que la Audiencia Provincial considere probados. Tratándose del interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se reitera el concepto de jurisprudencia (dos o más sentencias de la Sala de lo Civil, o una sentencia de Pleno, siempre que no exista sentencia posterior que haya modificado su criterio de decisión); señalando la posibilidad de no citar las sentencias, cuando a criterio de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, el recurrente justifique la necesidad de establecer jurisprudencia o modificar la establecida en relación al problema jurídico planteado por evolución de la realidad social o la común opinión jurídica sobre una determinada materia, insistiendo, sin embargo, en el carácter excepcional de esta posibilidad, y en el control que la propia Sala de lo Civil ejerce sobre la necesidad de dicha modificación.

2. INTERÉS CASACIONAL

En su vertiente jurídica el término “casar” hace referencia a anulación o ruptura de una sentencia. El recurso de casación es un medio de impugnación mediante el cual se intenta que se reforme una resolución judicial que afecta de manera negativa al que recurre, por considerar incorrecta la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico realizadas por los órganos inferiores, y así unificar la interpretación que debe darse de las mismas.

El recurso de casación pertenece a la categoría de los llamados recursos extraordinarios, al existir limitación en cuanto a las resoluciones recurribles y en cuanto a los motivos del recurso, así como exigencias formales específicas y rigurosas para los escritos que los articulan. Los recursos de casación no implican, como regla general, una plena revisión de lo actuado, a modo de tercera instancia judicial. Debe partirse de que el recurso de casación no es un recurso ordinario que de paso a una tercera instancia en la que el recurrente pueda someter al tribunal la decisión del conflicto con plenitud de cognición [STS 398/2018 de 26 junio (RJ 2018\3287) y ATS de 19 junio 2019 (JUR 2019\200528)], pues la casación sirve para comprobar si ha sido correcta la aplicación del Derecho sustantivo a la cuestión de hecho [SSTS 532/2011, de 18 julio (RJ 2011\6120) y 429/2018, de 9 julio (RJ 2018\2796), entre otras]. A modo de ejemplo, citar la STS 429/2018, de 9 julio (RJ 2018\2796), en la que se señala que "*el recurso de casación no es un recurso ordinario que de paso a una tercera instancia en la que el recurrente pueda someter a este tribunal la decisión del conflicto con plenitud de cognición, sino un recurso extraordinario dirigido a controlar la correcta interpretación y aplicación por la sentencia de apelación de la norma, principio de derecho o jurisprudencia aplicable al caso*".

En este sentido se reduce de forma sustancial el ámbito de revisión de la valoración probatoria. La valoración de la prueba realizada por la Audiencia Provincial ya no se puede cuestionar con el argumento de que ha sido incoherente, ilógica, absurda o arbitraria. Únicamente cabe la posibilidad de impugnar los errores manifiestos que hayan podido producirse en la valoración de la prueba. A modo de ejemplo, señalar el ATS 21 marzo 2018, (RJ 2018\1269) el cual indica que *“la valoración de la prueba no puede ser materia de los recursos extraordinarios. Solo el error patente puede alegarse como motivo del recurso”*. La Sala de lo Civil también en STS 698/2019, de 19 diciembre (RJ 2019\5348), ha recurrido a la falta de efecto útil del recurso como justificación para no admitirlo a trámite, *“pues no puede surtir efecto en casación un motivo que no determine la alteración del fallo recurrido”*.

En cuanto al objeto del recurso de casación, con arreglo a reiterada jurisprudencia citada en la STS 691/2018, de 11 diciembre (RJ 2018\5435), es trascendental tener presente que *“se da contra la sentencia dictada en apelación y no contra la de primera instancia, sin que puedan reproducirse en el mismo cuestiones que no se plantearon en la alzada y que, en consecuencia, integran cuestiones nuevas”*. Como señala la STS 16/2013, de 24 enero (RJ 2013\1831), con cita de la STS 603/2008, de 23 junio (RJ 2008\3229), *“el objeto del recurso extraordinario no es la sentencia de primera instancia, que ha sido sustituida y eliminada del mundo jurídico por la de segunda instancia, incluso si ésta se remite a aquélla, que existirá jurídicamente por la remisión y no por sí misma”*.

La función esencial del Tribunal Supremo es la de creación de jurisprudencia. Para esta función de creación de jurisprudencia, en el recurso de casación civil resulta esencial el concepto de “interés casacional”, que es el que va a permitir resolver la contradicción en la interpretación por parte de los órganos inferiores o fijar doctrina jurisprudencial sobre normas novedosas. La Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal generaliza el recurso de casación por razón de interés casacional, según su preámbulo para *“cumplir de forma más eficaz los fines legalmente establecidos”*, esto es, la creación de criterios jurisprudenciales uniformes. Ese objetivo del recurso de casación de crear jurisprudencia no debe hacer perder de vista que *“ni puede exigirse que el órgano judicial quede vinculado permanentemente a sus propios precedentes, máxime cuando éstos han podido incurrir en una incorrecta aplicación de la normativa aplicable, ni todo cambio de criterio implica un apartamiento arbitrario”* [STC 160/1993, de 17 mayo (RTC 1993\160), con cita STC 90/1993, de 15 marzo (RTC 1993\90)].

La verdadera finalidad del Tribunal Supremo es la fijación de la doctrina legal, no la solución del caso concreto. Esta vocación ya se aprecia en la fase de admisión del recurso de casación, al llegarse a reconocer por la jurisprudencia que *“a pesar de la existencia de esa defectuosa técnica casacional se ha optado por la admisión del recurso en atención a que, desde el escrupuloso respeto a los hechos probados y no combatidos, la cuestión jurídica a la que la Sala ha de dar respuesta aparece clara, sin necesidad de esfuerzos para averiguarla y concretar la norma que se dice infringida”* [STS 231/2016, de 8 abril (RJ 2016\3659)].

3. REQUISITOS FORMALES Y TUTELA JUDICIAL

Una de las novedades de los criterios es la relativa a las nuevas exigencias de forma. Así, en el ATS de 24 mayo 2017 (RJ 2017\2440), se sanciona que el motivo del recurso “*no se encabeza en los términos adecuados a las exigencias del recurso de casación*”, ya que “*sólo en el párrafo segundo del texto*” se identifica la norma que se considera infringida y se cita la sentencia que recoge la doctrina del Tribunal. Igualmente, dentro de estas nuevas exigencias de forma, para aliviar la carga de trabajo de los magistrados se limita la extensión de los escritos, al recomendar que no se superen las veinticinco páginas. En este sentido, el ATS de 19 abril 2017 (JUR 2017\96228) pone en evidencia que la forma y estructura elegida por el recurrente no cumple con los requisitos, al indicar que el recurso “*tiene una extensión desmesurada, lejos de las recomendaciones contenidas en el acuerdo de 2017 antes mencionado, que alude a 25 páginas*”.

La admisión a trámite del recurso de casación es de neta caracterización y contenido legal [SSTC 3/1983, de 25 enero (RTC 1983\3) y 216/1998 de 16 noviembre (RTC 1998\216)]. Por un lado, está condicionado al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad establecidos por el legislador y delimitados por vía interpretativa por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sin que la interpretación de las normas rectoras del acceso a la casación tenga que ser necesariamente la más favorable al recurrente [SSTC 63/2000, de 13 marzo (RTC 2000\63); 258/2000, de 30 octubre (RTC 2000\258) y 258/2000, de 30 octubre (RTC 2000\258)]. Y, por otro lado, el principio *pro actione*, proyectado sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, no opera con igual intensidad en las fases iniciales del pleito que en las posteriores [ATS de 11 septiembre 2019 (JUR 2019\266461)]. No existe un Derecho de relevancia constitucional a recurrir en casación y corresponde al Tribunal Supremo, por vía interpretativa de la legislación procesal pertinente, la última decisión en relación con el control de admisión de los recursos de casación [SSTC 114/2009, de 14 mayo (RTC 2009\114) y 233/2005, de 26 septiembre (RTC 2005\233)].

La formalidad o el rigor en el control de admisibilidad ha sido avalado por el Tribunal Constitucional, al indicar que no existe propiamente un Derecho derivado de la Constitución a disponer de un recurso contra las resoluciones judiciales, salvo en lo relativo a sentencias penales condenatorias, de manera que, con esta última excepción, son cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diversos órdenes jurisdiccionales las que determinan los concretos supuestos en que procede un recurso, de modo que su establecimiento y regulación pertenecen, en principio, al ámbito de libertad del legislador [SSTC 91/2005, de 18 abril (RTC 2005\91) y 71/2002 de 8 abril. RTC 2002\71]. Por ello resulta innegable la configuración del recurso de casación como un remedio procesal extraordinario, con fundamento en motivos tasados *numerus clausus*, y cuya admisibilidad queda sometida, no sólo a los requisitos meramente extrínsecos -tiempo y forma- y a los presupuestos comunes exigibles para los recursos ordinarios, sino a otros intrínsecos, sustantivos, relacionados con el contenido y viabilidad de la pretensión, cuyo régimen es más severo por su propia naturaleza [SSTC 37/1995, de 7 de febrero (RTC 1995\37); 125/1997, de 1 de julio (RTC 1997\125) y 89/2002, de 22 de abril RTC 2002\89)].

Cuando está en juego el acceso a la jurisdicción, los Tribunales siempre vienen obligados a no realizar una interpretación rigorista o formalista de las exigencias legales, permitiendo incluso la subsanación de los defectos no esenciales en que haya podido incurrir la parte. Al mismo tiempo, es claro que los requisitos establecidos por las normas procesales cumplen un importante papel para garantizar derechos ajenos, permitir la contradicción y propiciar una tutela judicial acorde con los trazos del Estado de Derecho. Como señala el Tribunal Constitucional no debe rechazarse el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte, pues lo relevante no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido y si éste es suficiente para llegar al conocimiento de la pretensión ha de analizarse y no descartarse de plano [SSTC 18/1993, de 18 enero (RTC 1993\18); 37/1995, de 7 febrero (RTC 1995\37); 135/1998, de 29 junio (RTC 1998\135) y 163/1999 de 27 septiembre (RTC 1999\163)]. Dicho de otro modo, los requisitos procesales que condicionan el acceso a los recursos legalmente establecidos han de ser interpretados a la luz del Derecho fundamental a la Tutela Judicial efectiva, consagrado en el artículo 24.1 CE, en el sentido más favorable a su efectividad, de modo que tales requisitos no se conviertan en meras trabas formales o en exigencias que supongan un obstáculo injustificado [SSTC 5/1988, de 21 de enero (RTC 1988\5) y 176/1990, de 12 de noviembre (RTC 1990\176)].

Esta tensión entre flexibilidad y observancia de las normas se proyecta de modo específico cuando hay que examinar la concurrencia de los requisitos de un recurso de casación. Por un lado, opera la proyección antiformalista de la tutela judicial, como recalcan las SSTC 3/1983, de 25 enero (RTC 1983\3); 4/1995, de 10 enero (RTC 1995\4) y 135/1998, de 29 junio (RTC 1998\135), entre otras. En especial, no debe rechazarse el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte, pues lo relevante no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido y si éste es suficiente para llegar al conocimiento de la pretensión ha de analizarse y no descartarse de plano [SSTC 18/1993, de 18 enero (RTC 1993\18); 135/1998, de 29 junio (RTC 1998\135) y 163/1999, de 27 septiembre (RTC 1999\163)].

Por otro lado, surge la necesidad de cumplir las exigencias procesales de los recursos. El principio *pro actione* no opera con igual intensidad en el acceso al recurso que en el acceso a la jurisdicción [STC 37/1995, de 7 febrero (RTC 1995\37)] pues el acceso a los recursos sólo surge de las leyes procesales que regulan dichos medios de impugnación [SSTC 211/1996 de 17 diciembre (RTC 1996\211) y 258/2000, de 30 octubre (RTC 2000\258)]. La concurrencia de los presupuestos y el cumplimiento de los requisitos procesales exigidos para la admisibilidad de los recursos es fiscalizable con parámetros de constitucionalidad, salvo que la decisión judicial incurra en arbitrariedad o descansa en error patente [SSTC 58/1995, de 10 de marzo (RTC 1995\58); 127/1997, de 14 julio (RTC 1997\127) y 23/1999, de 8 de marzo (RTC 1999\23)].

La clave está en la matizada afirmación que ya hace tiempo realizara el propio Tribunal Constitucional en la Sentencia 17/1985 de 9 febrero (RTC 1985\17), al indicar que “*en el recurso de casación las exigencias formales adquieren una especial*

relevancia, pues los requisitos de esta naturaleza parecen consustanciales a ese instituto procesal". Ahora bien, *"es preciso distinguir entre el rigor formal, que viene exigido o, cuando menos, justificado, por la naturaleza del mismo recurso"*, para enmarcar el cuadro de actividad dentro del cual ha de desenvolverse la Sala en la decisión del recurso, *"y un exceso formalista que no puede cumplir otra función que la de dificultar la utilización del instrumento procesal"*.

4. ACLARANDO EL ALCANCE DEL ARTÍCULO 477 DE LA LEC

El artículo 477.1 LEC configura como motivo único del recurso de casación civil "la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso", de modo que no acierta quien al plantear el recurso invoca la infracción de jurisprudencia y el interés casacional del asunto y no denuncia de manera clara y sin ambages un incumplimiento de norma. Son numerosos los pronunciamientos del Tribunal Supremo en los que se ha ocupado de aclarar el alcance del artículo 477 LEC [STS 965/2011, de 28 diciembre (RJ 2012\3531); 957/2011, de 11 enero (RJ 2012\3647); 185/2012, de 28 marzo (RJ 2012\4869); 348/2012, de 6 junio (RJ 2012\9703); 459/2014, de 10 de septiembre (RJ 2014\5303) y 121/2017, de 23 febrero (RJ 2017\652)], de entre los cuales podemos destacar algunos de los aspectos más relevantes.

- El recurso de casación exige claridad y precisión en la identificación de la infracción normativa, lo que se traduce no sólo en la necesidad de que su estructura sea muy diferente a la de un mero escrito de alegaciones, sino también en la exigencia de una razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado; la fundamentación suficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico alegada; y el respeto a la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida.
- No es posible transformar la casación en una tercera instancia, a fin de que sea la Sala la que, supliendo la actividad que la norma atribuye a la parte, investigue si el agravio denunciado deriva de una infracción sustantiva, identifique la norma vulnerada y construya la argumentación del recurso a fin de precisar en qué y porqué resulta infringido el Derecho aplicable a la decisión del caso.
- La función nomofiláctica que cumple el recurso de casación exige que en el recurso se identifique con absoluta precisión la norma que se pretende infringida y cuya interpretación por esta Sala cumple la finalidad que a la Jurisprudencia asigna el artículo 1.6 del Código Civil.
- No se cumple tal exigencia cuando en un mismo motivo se alegan pluralidad de normas, como acontece en este caso en el que, además de las que se identifican de forma específica, se añaden las concordantes y siguientes, con desconocimiento de una muy reiterada y uniforme jurisprudencia que afirma que la cita de la norma o normas infringidas no puede hacerse mediante fórmulas como "y siguientes", "y concordantes" u otra similar.

- El recurso de casación no tolera el acarreo de argumentos heterogéneos. No cabe una argumentación por acarreo que se limite a la genérica afirmación de que la sentencia no acierta en la decisión de los extremos que se indican, quizás admisible en las instancias, pero inadecuada a la casación.
- El escrito de interposición de un recurso de casación exige una estructura ordenada y con tratamiento separado de cada cuestión mediante el motivo correspondiente.
- La estructura del recurso debe ser muy diferente a la de un mero escrito de alegaciones, sin mezclar cuestiones de hecho y de Derecho, o sustantivas y procesales o, también, jurídicas, pero heterogéneas entre sí, ya que no es función de la Sala averiguar en cuál de ellas se halla la infracción.
- No está permitido en casación la denuncia acumulada de diversos preceptos cuando no pueden ser objeto de infracción conjunta ni de una respuesta unitaria.
- El recurso que opta por acumular preceptos infringidos sin detallar las infracciones infringe la normativa casacional y dificulta la defensa del recurrido.
- El recurrente debe argumentar la infracción con razonable claridad para permitir la individualización del problema jurídico planteado.
- Es esencial identificar esa norma jurídica infringida al exponer el motivo de casación.
- La identificación de la norma infringida debe hacerse en el encabezamiento del motivo, esta enumeración que se hace luego, al final del desarrollo de las alegaciones, tampoco cumple la función de identificación de la concreta norma legal infringida, en atención al carácter heterogéneo de las normas legales invocadas, por su variedad y disparidad.
- Esta exigencia legal no se cumple con fórmulas genéricas referidas a la infracción de normas, como puede ser “Infracción del Código civil”. La referencia en general al Código civil y luego la cita de determinados artículos que resulte demasiado genérica -p. ej. art. 24 CE-, igualmente resulta insuficiente para fundar un motivo de casación, sin perjuicio de que además se citan en relación con las insuficientemente identificadas normas infringidas.

Centrándonos en la exigencia de denunciar la norma infringida, la Sala Primera del Tribunal Supremo viene insistiendo en que el recurso de casación, conforme al art 477 LEC, ha de basarse en una concreta infracción de una determinada norma jurídica aplicable en la resolución de las cuestiones objeto de infracción [SSTS 17 febrero 2017 (RJ 2017\942), 399/2017, 27 de junio 2017 (RJ 2017\3053), 19 febrero 2018 (RJ 2018\577)].

- Es esencial identificar esa norma jurídica infringida al exponer el motivo de casación.
- La identificación de la norma infringida debe hacerse en el encabezamiento del motivo, esta enumeración que se hace luego, al final del desarrollo de las alegaciones, tampoco cumple la función de identificación de la concreta norma

legal infringida, en atención al carácter heterogéneo de las normas legales invocadas, por su variedad y disparidad.

- Esta exigencia legal no se cumple con fórmulas genéricas referidas a la infracción de normas, como puede ser “Infracción del Código civil”. La referencia en general al Código civil y luego la cita de determinados artículos que resulte demasiado genérica -p. ej. art. 24 CE-, igualmente resulta insuficiente para fundar un motivo de casación, sin perjuicio de que además se citan en relación con las insuficientemente identificadas normas infringidas.

5. LA DESESTIMACIÓN COMO CONSECUENCIA DE LA INADMISIÓN

La deficiente formulación del recurso de casación comporta que el mismo deba ser inadmitido a trámite, al establecer el art. 483.2.2º LEC que procede la inadmisión del recurso “*si el escrito de interposición del recurso no cumplierse los requisitos establecidos, para los distintos casos, en esta Ley*”, con la consecuencia lógica de desestimación del recurso. No obsta que en su momento fuera admitido a trámite, dado el carácter provisorio de la admisión acordada inicialmente, por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia [SSTS 18 febrero 2011 (RJ 2011\2359), 20 septiembre 2012 (RJ 2012\9015), 1 octubre 2013 (RJ 2013\7437), 1 marzo 2017 (RJ 2017\666), 27 febrero 2020 (RJ 2020\592)].

En relación con la inadmisión del recurso por insuficiencia o falta de fundamento, la STS de 4 julio 2018 (RJ 2018\2791), establece la necesidad de identificar de forma precisa el motivo, de los cuatro previstos en el art. 469.1. LEC, sobre el que se construye el recurso, porque, en otro caso, se incurre en "una patente falta de claridad y precisión a la hora de ubicar correctamente cada infracción procesal en el concreto motivo legalmente previsto, carga del recurrente que no puede ni debe ser suplida por esta sala" y, en consecuencia, en causa de inadmisión del recurso por carencia manifiesta de fundamento (arts. 473.2. 1.º en relación con el art. 469.1, y art. 473.2. 2.º LEC).

La inadmisión del recurso como consecuencia de la desestimación no puede considerarse contraria al Derecho a la tutela judicial efectiva. Como señala el Tribunal Constitucional “la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos” [SSTC 11 febrero 2002 (RTC 2002\32), 18 julio 2005 (RTC 2005\204), 17 de julio 2006 (RTC 2006\237), 15 enero 2007 (RTC 2007\7), 14 marzo 2011 (RTC 2011\28), 14 marzo 2011 (RTC 2011\29), 16 mayo 2011 (RTC 2011\69), 200/2012, de 12 de noviembre 2012 (RTC 2012\200)].

6. CONSIDERACIÓN FINAL

Por mucho que se flexibilicen las exigencias para la admisión del recurso de casación civil, conviene no olvidar el rigor con el que debe articularse, al ser los abogados concedores de sus obligaciones.

7. BIBLIOGRAFIA

- ALMAGRO NOSETE, J. (2002). Los recursos extraordinarios de casación y de infracción procesal. *Justicia: revista de Derecho procesal*. (3-4), 11-46
- BUENDÍA CÁNOVAS. A (2012) El recurso de casación civil y su adaptación a los acuerdos adoptados por las juntas de magistrados de la Sala 1ª del Tribunal Supremo. *Revista Aranzadi Doctrinal*, (6). Disponible en base datos Aranzadi (BIB 2012\2934).
- DEL RÍO FERRETTI, C. (2015). La casación civil: el desafío de la correcta racionalización y *iurisprudentia novit curia* en una futura reforma legal. *Revista Chilena de Derecho*, 42(2), 483-513. Disponible en (<https://dialnet.unirioja.es>).
- HUALDE LÓPEZ, I. (2015). Una aproximación al Tribunal Supremo y *certiorari* norteamericano. *Cuadernos de derecho transnacional*. 7(1), 71-95. Disponible en (www.uc3m.es/cdt).
- HUALDE LÓPEZ, I. (2017). Algunas consideraciones sobre el tribunal y el recurso de casación civil francés. *Cuadernos de derecho transnacional*, 9(1), 161-214. Disponible en (www.uc3m.es/cdt).
- HUALDE LÓPEZ, I. (2017). El proyecto de reforma de la casación francesa. *Revista InDret*, (3). Disponible en (www.indret.com).

INADMISIÓN DE RECURSOS EXTRAORDINARIOS EN EL ORDEN CIVIL DE LA JURISDICCIÓN Y EXCESIVA EXTENSIÓN DE LOS ESCRITOS EN QUE SE INTERPONEN¹

Julio SIGÜENZA LÓPEZ
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Murcia

1. Hace ahora casi cuatro años, el 27 de enero de 2017, los magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, reunidos en pleno no jurisdiccional, acordaron diversas decisiones en orden a la admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

Entre otras, por lo que ahora nos interesa, que una extensión excesiva del escrito de interposición de dichos recursos puede ser considerada innecesaria «y, en consecuencia, dar lugar a la inadmisión del recurso»².

2. La adecuada comprensión de lo convenido requiere tener presentes algunos antecedentes que permitan situarlo en su verdadero contexto. Ya que, como es sabido, tanto el reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³ como el del Tribunal General de la Unión Europea⁴ o el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵, aprobados esta misma década, contienen medidas semejantes, existiendo asimismo un acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, adoptado el 16 de abril de 2016, que fija la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo⁶.

3. A la vista de dichos precedentes, podría pensarse que el referido acuerdo –publicado en la página web del Consejo General del Poder Judicial⁷– no es sino lógica

¹ El presente trabajo forma parte del Proyecto de Investigación «Proceso, métodos complementarios o alternativos y nuevas tecnologías para una justicia más garantista: los retos pendientes en la tutela jurisdiccional» (DER2017-85675-R), financiado por MINECO/AEI/FEDER, UE.

² Aunque una primera lectura de lo que se dispone en dicho acuerdo podría dar a entender que lo que seentende excesivo es que se empleen más de veinticinco páginas en el desarrollo de cada motivo de impugnación, ya que así parece señalarse en el apartado III. 3.1 del mismo, una posterior, más sosegada y ponderada, permite entender que, en línea con lo dispuesto por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo en su acuerdo de 20 de abril de 2016, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que se entiende suficiente, con carácter general, es que el recurso en sí no exceda de dicha extensión en su conjunto.

³ Vid. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2020:0421:FULL>.

Tras su aprobación, ha sido modificado el 18 de junio de 2013 (DO L 173, de 26.6.2013, p. 65), el 19 de julio de 2016 (DO L 217, de 12.8.2016, p. 69), el 9 de abril de 2019 (DO L 111, de 25.4.2019, p. 73) y el 26 de noviembre de 2019 (DO L 316, de 6.12.2019, p. 103).

⁴ Véase DO L 105, de 23/04/2015.

Tras su aprobación, ha sido objeto de modificaciones el 13 de julio de 2016 (DO 2016, L 217, pp. 71, 72 y 73), el 31 de julio de 2018 (DO 2018, L 240, p. 67) y el 11 de julio de 2018 (DO 2018, L 240, p. 68).

⁵ Vid. https://echr.coe.int/Documents/Rules_Court_SPA.pdf

⁶ Publicado por acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 19 de mayo de 2016 (BOE de 6 de julio de 2016).

⁷ Cfr. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-del-Pleno-No-Jurisdiccional-de-la-Sala-de-lo-Civil-del-Tribunal-Supremo-de-27-01-2017> (consultado en línea el 27 de febrero de 2020).

consecuencia de una tendencia, cada vez más acusada, a fijar límites a la extensión de determinados escritos de parte y, por ende, que se trata de una decisión acertada, coherente y absolutamente entrada en razón.

No es esta, sin embargo, nuestra opinión.

Y no porque nos parezca desacertado que los escritos procesales deban ajustarse a determinados patrones, que no nos lo parece, sobre todo cuando a través de ellos se interpone algún recurso extraordinario, que, habida cuenta su excepcionalidad, no abre una nueva instancia, aun cuando sí constituye una nueva oportunidad para los justiciables. En absoluto. Nuestra discrepancia se fundamenta en dos razones distintas. En primer lugar, en que nos parece equivocado que dicha medida sea acordada por un órgano jurisdiccional que, en nuestro sistema de justicia, carece manifiestamente de competencia para adoptarla. Y, en segundo término, en que nos parece igualmente desacertado que en ella se prevea que la inobservancia de los límites de extensión y de otros requisitos de forma que contiene puede determinar la inadmisión de los recursos extraordinarios que se interpongan ante dicho tribunal cuando semejante posibilidad no se encuentra prevista en la ley.

A nuestro entender, los magistrados de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que adoptaron el mentado acuerdo se extralimitaron claramente en sus funciones al exigir el cumplimiento de determinadas medidas en relación con la extensión y formato de determinados escritos procesales que no están facultados para exigir, ignorando con ello que, en los procesos civiles, los tribunales y quienes antes ellos acudan o intervengan deben actuar conforme a lo que dispone la ley (*vide* lo dispuesto en el artículo 1 de la LECiv, intitulado «principio de legalidad procesal»), no conforme a lo que determinen los tribunales, por más relevantes que estos sean, que, al actuar así, asumen tareas que son propias de los legisladores, lo que resulta sumamente grave, habida cuenta el mensaje que con ello se traslada.

4. Dicho acuerdo, tras un breve preámbulo, en el que se explican las razones por las que se adopta, se estructura en cuatro puntos: (i) motivos de recurso (aunque más bien debería titularse «motivos de los recursos», ya que se refiere tanto al recurso de casación como al extraordinario por infracción procesal); (ii) resoluciones recurribles; (iii) requisitos de los recursos; y (iv) enumeración de las causas de inadmisión de los recursos.

5. El tercero de ellos se subdivide, a su vez, en tres apartados: (1) requisitos de la estructura de los recursos; (2) requisitos del encabezamiento de cada motivo del recurso; y (3) requisitos del desarrollo de cada motivo del recurso, significándose en el primero que el carácter extraordinario de los dos recursos a que se refiere el acuerdo justifica que se exijan requisitos más estrictos, e incluso un mayor rigor formal, que en los recursos ordinarios, añadiendo a continuación que los magistrados de dicha sala vienen «observando con preocupación creciente cómo muchos de los escritos de interposición de los recursos presentan una extensión desmesurada que, lejos de facilitar su resolución, dificulta el trabajo de la fase de admisión, entorpece el correcto entendimiento de las pretensiones del recurrente, induce a confusión en el debate y provoca que, en muchas ocasiones, los argumentos realmente relevantes queden oscurecidos en un cúmulo de alegaciones reiterativas e incluso contradictorias»; y que, por ello, cuando proceda decidir si ha de admitirse a trámite un recurso de casación, deberá darse cumplimiento estricto a lo previsto en el artículo 481.1 de la LECiv, que refiere que, en el escrito de interposición, «*se expondrán, con la necesaria extensión, los fundamentos y se podrá pedir la celebración de vista*», entendiéndose que no se cumplirá dicho requisito cuando la argumentación sea tan extensa que no permita conocer el verdadero fundamento del motivo.

6. Sentado lo anterior, en el tercer apartado del mencionado punto tercero, y para ambos recursos extraordinarios, no solo para el de casación, como acaso podría deducirse de lo anterior, se concluye que una extensión excesiva, en los términos antedichos, «puede ser considerada innecesaria y, en consecuencia, puede dar lugar a la inadmisión del recurso. La sala considera que, por lo general, es suficiente una extensión de veinticinco páginas con interlineado 1,5 y fuente Times New Roman con un tamaño de 12 puntos en el texto y de 10 puntos en las notas a pie de página o en la transcripción literal de preceptos o párrafos que se incorporen».

7. Los magistrados de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo asumieron así, el 27 de enero de 2017, y con las mismas palabras, el criterio que apenas nueve meses antes, el 20 de abril de 2016, había adoptado la Sala de Gobierno de dicho tribunal en relación con la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación ante su Sala Tercera⁸, pero con una notable diferencia. Pues adoptaron dicha decisión sin estar legalmente autorizados para acordarla, como sí lo estaba aquella⁹, extralimitándose por tanto en sus competencias, en virtud de un acuerdo aprobado en un pleno no jurisdiccional que, en modo alguno, les habilitaba para exigir los criterios que en él se contienen y, menos aún, para hacer depender de su cumplimiento la admisión de los recursos extraordinarios que nuestro ordenamiento prevé.

Al hacerlo, actuaron, de facto, como si fueran legisladores, cuando ciertamente no lo son, estipulando unos criterios sobre la extensión máxima y otras condiciones de los escritos de interposición de los recursos extraordinarios que puede interponerse ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que no exige la ley y que, en ocasiones, incluso son abiertamente contrarios a lo que esta dispone¹⁰.

⁸ En realidad, el acuerdo acordado por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo se adoptó antes de que entrase en vigor el artículo 87 bis.3 de la LJCA, precepto que autoriza a fijar dichas limitaciones en relación con los escritos de interposición y de oposición a dicho recurso extraordinario, no en relación con otros.

Con todo, nótese que dicha norma, si bien posibilita que aquellas puedan adoptarse, en modo alguno exige que deban fijarse. Dicho de otra forma: el legislador reconoce a la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo la facultad de acordar determinadas medidas en orden a la extensión y otras condiciones no esenciales de los escritos antes citados, pero no impone que la ejercite. Pues, como facultad que es, deja en sus manos la posibilidad de adoptarla.

⁹ Vid. lo previsto en el artículo 87 bis de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, precepto que, sin embargo, como se expone en nuestro estudio, no estaba en vigor cuando la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo adoptó el acuerdo a que nos referimos.

¹⁰ Por ejemplo, cuando, al interpretar si un recurso de casación presenta interés casacional, se aparta de lo que dispone el artículo 477.3 de la LECiv («se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo...») y determina que, aunque el concepto de jurisprudencia comporta reiteración en la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo (y así es, si no atenemos a lo que dispone el artículo 1.6 del Código Civil: «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho»), ello solo es en principio, pues «Cuando se trate de sentencias del Pleno o de sentencias dictadas fijando doctrina por razón de interés casacional, bastará la cita de una sola sentencia, pero siempre que no exista ninguna sentencia posterior que haya modificado su criterio de decisión». La lectura de lo que acabamos de decir, hace innecesario, por superfluo, cualquier añadido. Es evidente que, en el acuerdo antedicho, la Sala Primera del Tribunal Supremo se extralimita en sus competencias y va más allá de lo que dice la ley.

8. En efecto, un estudio atento de lo dispuesto por nuestro legislador permite advertir que este ha previsto nueve causas de inadmisión comunes a los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, cuatro razones específicas por las que cabe inadmitir a trámite este último y cinco por las que procede rechazar la tramitación del primero.

De las nueve primeras, hay seis que son previas al análisis de la cuestión de fondo que plantea el recurrente y debe controlar inicialmente la Audiencia Provincial ante la que se interponga el recurso. Dichas causas de inadmisión son las siguientes:

Primera.- La falta de postulación procesal, esto es, de actuar representado procesalmente por medio de procurador y defendido por letrado habilitado para ejercer su profesión (artículos 23 y 31 de la LECiv).

Segunda.- La falta de legitimación del recurrente por no afectarle desfavorablemente la resolución que se impugna (artículo 448.1 de la LECiv).

Tercera.- En los procesos que lleven aparejado el lanzamiento o despojo de una posesión o tenencia por fuerzas policiales, no haber manifestado, acreditándolo por escrito, que se han satisfecho las rentas vencidas y las que, con arreglo al contrato suscrito en su día, deban pagarse por adelantado (artículo 449.1 de la LECiv).

Cuarta.- La interposición del recurso después de que haya finalizado el plazo de veinte días hábiles previsto al efecto, contado a partir del día siguiente a aquel en que se notificó la decisión impugnada (artículos 470.1 y 479.1 de la LECiv).

Quinta.- El incumplimiento de los requisitos de admisión señalados en los artículos 470.2 de la LECiv (en el caso del recurso extraordinario por infracción procesal) y/o en el artículo 479.2 de dicha norma (en el caso del recurso de casación).

Sexta.- La falta de constitución del depósito para recurrir, en aquellos supuestos en que sea necesario (Disposición Adicional decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ).

Las restantes se controlan por la Sala Primera del Tribunal Supremo, al afectar a la cuestión de fondo del pertinente recurso, que, como es lógico, también puede verificar si se cumplen las seis anteriores. Son las siguientes:

Primera.- La falta de concurrencia de los presupuestos establecidos para que una resolución sea recurrible (artículos 473.2 1º y 483.2 2º de la LECiv).

Segunda.- La carencia manifiesta de fundamento (artículos 473.2 2º y 483.2 4º de la LECiv), entendiéndose que concurre dicha causa de inadmisión, por ejemplo, en el caso del recurso extraordinario por infracción procesal, cuando se afirme que la resolución impugnada carece de motivación y, en realidad, se discrepe de lo que se argumenta en ella; y, en el recurso de casación, cuando no se haya identificado la infracción que se dice cometida.

Tercera.- La formulación del recurso con manifiesto abuso de derecho o incurriendo en fraude de ley o procesal (artículo 11.2 de la LOPJ).

Los cuatro motivos específicos por los que cabe inadmitir a trámite el recurso extraordinario por infracción procesal son estos:

Como señala BANACLOCHE, mientras no exista un precepto legal que establezca los requisitos formales que deben tener los recursos de casación e infracción procesal, establecer criterios extralegales en esta materia puede vulnerar el principio de legalidad procesal referido en el artículo 1 de la LECiv (BANACLOCHE PALAO, J., en *Los recursos en el proceso civil de declaración. Regulación y estrategias procesales*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p. 235).

Primero.- La falta de identificación en el escrito de interposición de cuál es la sentencia impugnada o su identificación de forma confusa (artículo 470.1 de la LECiv).

Segundo.- La falta de exposición razonada sobre cuál es la infracción cometida o, en su caso, sobre la manera en que influyó en el resultado del pleito (artículo 471 de la LECiv), entendiéndose comprendida en esta causa de inadmisión la falta de justificación de por qué las infracciones procesales alegadas en el escrito de interposición comportan una efectiva indefensión para el recurrente o determinan la nulidad de lo actuado.

Tercero.- El planteamiento de cuestiones sustantivas, propias del recurso de casación (artículo 473.2.1º de la LECiv, en relación con el artículo 469.1 del mismo texto legal).

Cuarto.- La inadmisión del recurso de casación con el que se presenta conjuntamente, o la falta de formulación del recurso de casación por interés casacional, cuando el recurso extraordinario por infracción procesal se fundamente en que procede contra la sentencia impugnada dicho recurso de casación (Disposición Final decimosexta 1, reglas 5ª y 2ª, de la LECiv).

Finalmente, los cinco motivos por los que cabe inadmitir específicamente el recurso de casación son los siguientes:

Primero.- Que, pese a lo dicho por el recurrente, la sentencia impugnada no se haya dictado en un proceso interpuesto para la tutela judicial civil de derechos fundamentales distintos a los que reconoce el artículo 24 de la Constitución (artículo 477.2 1º de la LECiv).

Segundo.- Que, cuando se haya interpuesto por razón de la cuantía, ésta no exceda de 600.000 euros (artículo 477.2 2º de la LECiv).

Tercero.- En los casos en los que la cuantía del proceso no supere la cantidad de 600.000 euros, o este se haya tramitado por razón de la materia, que la resolución del recurso no presente interés casacional (artículo 477.2 3º de la LECiv).

Cuarto.- Que se haya interpuesto recurso de casación contra la misma sentencia ante un Tribunal Superior de Justicia (artículo 478.2 de la LECiv).

Quinto.- Que se hayan resuelto otros recursos sustancialmente iguales en sentido contrario al pretendido por el recurrente (artículo 483.2 4º de la LECiv).

9. Que nos conste, hasta la fecha, la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo no ha inadmitido ningún recurso extraordinario por haber sobrepasado la extensión de veinticinco páginas fijada en el acuerdo de 27 de enero de 2017, no haber respetado la regla de interlineado 1,5 que asimismo se refiere en él, o haber utilizado una fuente de escritura o un tamaño de letra distinto al indicado en dicha resolución.

Por tanto, hasta este momento, ninguno de esos supuestos defectos ha determinado, por sí solo, que se rechazase la tramitación de un recurso de los que dicho órgano de justicia está llamado a conocer.

Sin embargo, ello no significa que no haya hecho referencia a ninguno de ellos y, más en concreto, que no haya censurado que el escrito en que se contenía superase el espacio antes reseñado, ya que, en no pocas resoluciones, ha denunciado dicha circunstancia, reprobándola, como más adelante tendremos ocasión de referir.

10. De igual forma, ha subrayado otros aspectos destacados del citado acuerdo relacionados con el anterior, como, por ejemplo, la necesidad de que se identifique con claridad y precisión la infracción normativa que se denuncia

«lo que se traduce, no sólo en la necesidad de que su estructura sea muy diferente a la de un mero escrito de alegaciones, sino también en la exigencia de una razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado (art. 481.1 y 3 LEC); la fundamentación suficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico alegada (art. 481.1 LEC); y el respeto a la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida. Por ello, esta Sala ha declarado de forma reiterada que la imprescindible claridad y precisión del recurso de casación, implícitamente exigidas en el citado art. 477.1 LEC, exigen una estructura ordenada que posibilite un tratamiento separado de cada cuestión, con indicación de la norma sustantiva, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo o el principio general del Derecho infringidos. Y, además, que el recurrente argumente la infracción con razonable claridad para permitir la individualización del problema jurídico planteado, de tal forma que no cabe una argumentación por acarreo que se limite a la genérica afirmación de que la sentencia yerra en la decisión de los extremos que se indican, quizás admisible en las instancias, pero inadecuada en la casación[...]»¹¹.

O que:

«el recurso de casación exige claridad y precisión en la identificación de la infracción normativa (art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), lo que se traduce no solo en la necesidad de que su estructura sea muy diferente a la de un mero escrito de alegaciones, sino también en la exigencia de una razonable claridad expositiva que permita la individualización del problema jurídico planteado (artículo 481.1 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil); la fundamentación suficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico alegada (artículo 481.1); y la improcedencia de denunciar infracciones procesales.

El recurso de casación debe estructurarse a través de motivos, sin que sea posible que un motivo a su vez se divida en varios submotivos, debiendo dedicar un motivo para cada una de las infracciones denunciadas. Cada motivo debe estructurarse en un encabezamiento que indique la norma infringida, la modalidad de acceso a la casación y un breve resumen de la infracción cometida, y un desarrollo del motivo. En el presente caso, el motivo se subdivide en dos partes, cuando el precepto infringido es el mismo, a los efectos desarrollar la supuesta infracción de una manera más extensa, lo que además dificulta la comprensión de la misma; por lo que la estructura que presenta el motivo, determina que se incurra en causa de inadmisión»¹².

¹¹ AATS de 19 de abril de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3409A), Pte. Sr. Vela Torres; 7 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2176A), Pte. Sr. Arroyo Fiestas; y 28 de febrero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:12686A), Pte. Sra. Parra Lucán, que citan en su apoyo la STS de 16 de septiembre de 2016 (RJ 2016, 5033), de la que fue ponente el Sr. Vela Torres, así como el ATS de 3 de julio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:7437A), Pte. Sr. Sancho Gargallo.

¹² ATS de 29 de enero de 2020 (RJ 2020, 171), Pte. Sr. Saraza Jimena, que transcribe en este punto lo dispuesto en la STS de 26 de junio de 2018 (RJ 2018, 3287), de la que él mismo fue ponente.

Por lo que no extraña que haya llegado a señalar:

«el recurso de casación incurre, respecto de ambos motivos, en la causa de inadmisión de incumplimiento de los requisitos legales art. 483.2.2º LEC, por su deficiente técnica casacional, su farragosidad, ambigüedad, y falta de precisión -hasta el punto de reproducir literalmente algunos extremos del Acuerdo de esta sala de 2017 sobre criterios de admisión, bastando para ello observar la extensión del mismo -75 páginas, generando confusión. Aun así, también incurre en causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento (art. 483.2.4ª LEC), al obviar la ratio decidendi de la sentencia recurrida y al pretender una imposible tercera instancia, y haber resuelto la sentencia recurrida en atención al interés de la menor.

Sobre la primera causa de inadmisión, esta sala ha determinado en STS de Pleno n.º 232/2017, de 6 de abril, que:

“[...]Hemos declarado en numerosas ocasiones que el recurso de casación exige claridad y precisión en la identificación de la infracción normativa (art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), lo que se traduce no sólo en la necesidad de que su estructura sea muy diferente a la de un mero escrito de alegaciones, sino también en la exigencia de una razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado (art. 481.1 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), la fundamentación suficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico alegada (art. 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y el respeto a la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida.

Por ello, esta sala ha declarado de forma reiterada que la imprescindible claridad y precisión del recurso de casación, implícitamente exigidas en el citado art. 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exigen una estructura ordenada que posibilite un tratamiento separado de cada cuestión, con indicación de la norma sustantiva, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo o el principio general del Derecho infringidos. Y además, que el recurrente argumente la infracción con razonable claridad para permitir la individualización del problema jurídico planteado, de tal forma que no cabe una argumentación por acarreo en la que se mezclen argumentos sobre las cuestiones más diversas y se denuncien en un mismo motivo infracciones legales de naturaleza muy diversa. La naturaleza extraordinaria del recurso no tolera el acarreo de argumentos heterogéneos y la invocación de normas carentes de conexión cuando generan imprecisión.

No corresponde a la sala, supliendo la actividad que la regulación del recurso de casación atribuye a la parte, investigar si el agravio denunciado deriva de una infracción sustantiva, identificar la norma vulnerada y construir la argumentación del recurso, seleccionando los

En parecidos términos, entre los más recientes, véanse los AATS de 19 de diciembre de 2019 (JUR 2019, 5295), Pte. Sr. Marín Castán; 15 de enero de 2020 (JUR 2020, 23063), Pte. Sr. Díaz Fraile; 15 de enero de 2020 (JUR 2020, 23078), Pte. Sr. Marín Castán; 22 de enero de 2020 (RJ 2020, 49), Pte. Sr. Marín Castán; y 22 de enero de 2020 (RJ 2020, 95), Pte. Sr. Marín Castán.

argumentos adecuados, a fin de precisar en qué y por qué resulta infringido el derecho aplicable a la decisión del caso [...]»¹³.

11. Sin duda, el acuerdo tiene también aspectos positivos. Pues cualquier orientación que permita conocer con detalle los criterios que se siguen al admitir o inadmitir a trámite los recursos extraordinarios de casación y por infracción procesal que contempla nuestra legislación procesal civil debe ser bienvenida. Máxime cuando procede, como es el caso, del mismo órgano jurisdiccional que debe decidir tan relevante cuestión¹⁴.

12. Pero el que ello sea así no debe impedir que se pongan de manifiesto las críticas que, en justicia, procedan.

Una, sin duda la más destacada, ya ha quedado referida: los magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo adoptan en él una serie de decisiones que, en puridad, no les corresponde acordar, ya que son competencia exclusiva del legislador, que, pudiendo hacerlo, no las ha establecido, ni ha habilitado a otros –ni a los magistrados antedichos, ni a la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo– para que lo hagan.

Otra, no menos sobresaliente, tiene que ver con el cauce seguido para adoptar los criterios que se fijan en el acuerdo. Ya que éste se acordó al amparo de la potestad que el artículo 264.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial reconoce a nuestros tribunales de justicia para unificar criterios y coordinar prácticas procesales, especialmente cuando los magistrados que integren sus salas o secciones mantengan en sus resoluciones diversos criterios interpretativos sobre cómo debe aplicarse la ley en asuntos sustancialmente iguales. Lo que es evidente que no ha acontecido aquí, ya que ni existen resoluciones de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que sostengan criterios diferentes en relación con la admisión o inadmisión de los recursos extraordinarios cuya resolución tiene encomendados, ni con este acuerdo se busca concertar prácticas procesales divergentes sobre dichas cuestiones.

Una tercera censura, igualmente relevante, es la de que no explicita en qué casos una extensión superior a la que se fija en el acuerdo puede ser considerada innecesaria y, por ende, puede dar lugar a la inadmisión del recurso planteado. Dicho silencio, sumamente preocupante, habida cuenta las consecuencias que se anudan como probables a dicha eventualidad, resulta reprobable y es contrario a las más elementales exigencias de transparencia y seguridad jurídica que cabe demandar en supuestos como el que nos ocupa.

Un último reproche tiene que ver con la imposición de una determinada fuente o tipo de letra, sin que se justifique el motivo o razón de ser por la que no puede utilizarse otra, si así se desea. Si la causa radica en que el tratamiento informático de los escritos procesales así lo requiere, debería saberse y sería comprensible. Si no ésta, parece más bien una decisión caprichosa y, por tanto, arbitraria, ajena, por ello, a cualquier criterio razonable.

13. El acuerdo se adopta, y esta es su verdadera finalidad, para revisar los criterios de admisión de los recursos a que se refiere existentes hasta ese momento, así como para fijar las reglas a las que deben sujetarse los letrados de la Administración de Justicia y los magistrados de las Audiencias Provinciales ante los que se interpongan, que han de

¹³ ATS de 9 de octubre de 2019 (JUR 2019, 286450), Pte. Sr. Sancho Gargallo.

¹⁴ Una visión positiva de lo acordado puede consultarse en PICÓ I JUNOY, J., «Lectura positiva del acuerdo de 27 de enero de 2017 del pleno no jurisdiccional de la Sala 1ª de TS», en *Diario La Ley*, número 8942, 2017, (consultado en línea el 28 de febrero de 2020).

decidir inicialmente sobre su admisibilidad, y, más adelante, los letrados del Gabinete Técnico de la Sala Primera del Tribunal Supremo, encargados de realizar, en su caso, las propuestas de admisión. Y también, claro está, para señalar a los profesionales del noble arte de la abogacía cómo esperan los magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo que se cumplimenten los escritos en que dichos recursos se interpongan para que puedan superar el pertinente trámite de admisión.

14. Como antes señalamos, no tenemos constancia de que, hasta la fecha, se haya inadmitido un recurso extraordinario por incumplir la extensión mencionada en el mentado acuerdo, o por no respetar los requisitos formales que, tras dicha disposición, se refieren en el mismo.

Sin embargo, el que ello sea así, no significa que no sea una variable que se haya ponderado al inadmitir un recurso de casación o extraordinario por infracción procesal, ni que la citada disposición no tenga consecuencias de cara al futuro más inmediato.

15. Lo primero se evidencia en distintos autos de inadmisión.

Por ejemplo, en el ATS de 19 de abril de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3409A), Pte. Sr. Vela Torres, en el que, al inadmitir el recurso de casación interpuesto por uno de los litigantes, se afirma:

«El presente recurso tiene una extensión desmesurada, lejos de las recomendaciones contenidas en el acuerdo de 2017 antes mencionado que alude a 25 páginas, introduciendo citas de documentos o sentencias mediante la técnica del escaneado, lo que le confiere una estructura ilegible y una apariencia visual caótica y desorganizada».

O en el ATS de 7 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2176A), Pte. Sr. Arroyo Fiestas, en el que se dispone:

«El acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017 antes mencionado, en línea con el acuerdo anterior de 30 de diciembre de 2011, recoge la preocupación creciente de la sala en lo que a la extensión de los escritos de interposición de los recursos se refiere, y contiene un mandato claro de dar cumplimiento estricto a lo previsto en el art. 481.1 LEC, de forma que la necesaria extensión del escrito de interposición sea la adecuada para que el recurso cumpla su función, sin que se cumpla este requisito cuando los escritos de interposición de los recursos presentan una extensión desmesurada que, lejos de facilitar su resolución dificulta el trabajo de la fase de admisión, entorpece el correcto entendimiento de las pretensiones del recurrente, introduce confusión en el debate y provoca que los argumentos relevantes queden oscurecidos en un cúmulo de alegaciones reiterativas e incluso contradictorias».

O en los AATS de 28 de noviembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:12686A), Pte. Sra. Parra Lucán; 3 de julio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:7437A), Pte. Sr. Sancho Gargallo; y 25 de septiembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:9348A), Pte. Sr. Baena Ruiz, en los que se subraya:

«El acuerdo antes mencionado (se refieren al de 27 de enero de 2017) subraya la preocupación creciente de esta sala en lo que a la extensión desmesurada de los escritos de interposición de los recursos se refiere, lo que lejos de facilitar su resolución, dificulta el trabajo de la fase de admisión, entorpece el correcto entendimiento de las pretensiones del recurrente e introduce confusión en el debate» (la aclaración es nuestra).

16. Lo segundo se pone de manifiesto al examinar el acuerdo aprobado por la junta de magistrados de las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Madrid el 19 de septiembre de 2019 y, más recientemente, hace pocos meses, el denominado «Primer documento de trabajo sobre medidas organizativas y procesales para el plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma»¹⁵, elaborado por el Consejo General del Poder Judicial.

El acuerdo adoptado por la junta de magistrados de las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Madrid el 19 de septiembre de 2019

17. El 19 de septiembre del pasado año, la junta general de magistrados de las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Madrid, entre las que se incluye su sección mercantil¹⁶, aprobó, por mayoría¹⁷, asumir «los criterios y consecuencias establecidos por el Acuerdo de Pleno (no jurisdiccional) de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 27/01/2017, sobre admisión de los recursos, respecto del número de páginas e interlineado, fuente y tamaño, tanto del texto como de las notas a pie de página o en la transcripción literal de preceptos o párrafos de sentencias que se incorporen».

18. Lo anterior se traduce en que, según dicha decisión¹⁸, a partir de su entrada en vigor, y en el orden civil, la Audiencia Provincial de Madrid solo admitirá a trámite aquellos recursos de apelación que:

- 1.- Tengan una extensión que no supere las 25 páginas.
- 2.- Mantengan un interlineado o espacio entre las líneas del escrito de 1.5 puntos.

¹⁵ Tras la declaración del primer estado de alarma decretado este año en nuestro país como consecuencia de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19, muchas voces mostraron su preocupación por la situación que se produciría tras la reactivación de la actividad procesal. Una de las más autorizadas fue la del CGPJ, cuya Comisión Permanente aprobó el 2 de abril de 2020 el documento titulado «Directrices para la elaboración de un plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma», en desarrollo del cual se elaboró el que ahora comentamos. Este «Primer documento de trabajo...», que contiene 108 medidas de carácter organizativo y procesal, fue actualizado el 6 de mayo siguiente, pasándose en este segundo documento a 115 propuestas, eliminándose 22 de las 108 iniciales, a la vez que se introdujeron modificaciones en 36 y se añadieron 29 que no estaban en el anterior.

¹⁶ Según se refiere en el documento en el que constan éste y otros acuerdos, a su adopción concurrieron 47 magistrados, 42 presentes y 5 representados.

El documento en cuestión puede consultarse en: <https://www.anzizulopezcastellanos.com/wp-content/uploads/2019/11/acuerdos-secciones-civiles-AP-MADRID.pdf>

¹⁷ No por unanimidad, como se refiere en la resolución adoptada por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial al resolver el recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

¹⁸ El pasado 13 de febrero de 2020, la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial acordó inadmitir el recurso de alzada interpuesto por el Colegio de Abogados de Madrid contra el acuerdo adoptado por la junta de magistrados de las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Madrid el 19 de septiembre de 2019, por el que se decidió asumir los criterios y consecuencias que la Sala Primera del Tribunal Supremo había fijado en el acuerdo de pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017, respecto del número de páginas, interlineado, fuente y tamaño de letra que han de cumplir los escritos que se presenten ante ella.

La inadmisión se fundó en que la alzada carecía de objeto, al dirigirse contra un acto no susceptible de recurso, toda vez que el acuerdo adoptado no tenía carácter decisorio, aunque naciese con aspiración de establecer un criterio que se siguiese a partir de ese momento por quienes lo suscribieron, y, por tanto, no produce efecto alguno frente a terceros, produciéndolo, en su caso, a partir de su incorporación a una resolución procesal, momento en el cual podrá impugnarse a través de los pertinentes recursos procesales.

3.- Utilicen como fuente o tipo de letra la denominada «Times New Roman».

4.- Empleen un tamaño de letra de 12 puntos en el cuerpo de escritura y de 10 puntos en las notas a pie de página, o en la transcripción literal de preceptos o párrafos de sentencias.

Por lo demás, al referirse el citado acuerdo a los escritos de admisión de los recursos de apelación civil, y solo a ellos, parece que las mentadas condiciones no son exigibles a los escritos de oposición y, en su caso, de impugnación de la sentencia por quien inicialmente no hubiere recurrido (artículo 461.2 de la LECiv), aun cuando podría defenderse lo contrario con base en que dichos escritos han de formularse «*con arreglo a lo establecido para el escrito de interposición*» (artículo 461.2 *in fine* de la LECiv).

19. En consecuencia, los magistrados que integran las secciones civiles en la Audiencia Provincial de Madrid siguen el ejemplo de los magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, si bien con una notable diferencia.

Pues, aunque unos y otros adoptaron sus decisiones sin tener cobertura legal para hacerlo, al no existir precepto alguno en la LECiv semejante al artículo 87 bis 3 de la LJCA, lo cierto es que el acuerdo adoptado por los integrantes de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo encuentra cierta justificación en dos razones que, en modo alguno, concurren en el supuesto que nos ocupa.

De un lado, en la función que cumplen en nuestro sistema de justicia civil los recursos extraordinarios: tanto el recurso de casación, sobre todo cuando conoce del mismo el máximo intérprete de la legalidad ordinaria, como el llamado recurso extraordinario por infracción procesal.

De otro, en que anteriores acuerdos de los magistrados de dicha sala, que también establecían criterios interpretativos en orden a la admisión del recurso de casación, no fueron reprobados por el Tribunal Constitucional¹⁹, supremo intérprete de nuestra Ley Fundamental (artículo 1.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

¹⁹ En efecto. A modo de ejemplo, véase lo que se dispone en las siguientes resoluciones, debiendo destacarse que, en todos los casos, el Ministerio Fiscal interesó la estimación del amparo, que, finalmente, no fue otorgado:

STC 150/2004, de 20 de septiembre, de la que fue ponente el Sr. García-Calvo y Montiel: «Por discutible que pueda considerarse la argumentación que ha conducido a la inadmisión del recurso de casación, la densidad del control que puede ejercerse sobre las decisiones judiciales de inadmisión de recursos por la vía del amparo constitucional en el que se invoque el art. 24.1 CE no habilita a este Tribunal a revisar resoluciones como la aquí impugnada" (AATC 191/2004, de 26 de mayo y 201/2004, de 27 de mayo). Criterio que debe mantenerse en la presente resolución».

STC 114/2009, de 14 de mayo, de la que fue ponente la Sra. Casas Baamonde: «...el recurrente recibió una respuesta fundada en Derecho y con arreglo a los consolidados criterios interpretativos al respecto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, cuya conformidad con el derecho a la tutela judicial efectiva hemos tenido ocasión reiterada de declarar en las SSTC 150/2004, de 20 de septiembre, FJ 3; 164/2004, de 4 de octubre, FJ 3; y 11/2009, de 12 de enero, FJ 3; así como en los AATC 191/2004, de 26 de mayo, y 201/2004, de 27 de mayo».

STC 35/2011, de 28 de marzo, de la que fue ponente el Sr. Rodríguez Arribas: «...el derecho al recurso no nace directamente de la Constitución, salvo en el supuesto antes apuntado, sino de lo que hayan dispuesto las leyes procesales, y se incorpora al derecho fundamental en su configuración legal.

De ahí que se haya destacado que la admisión de un recurso y la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales a que está sujeto constituye, en principio, una cuestión de legalidad ordinaria que corresponde determinar a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les confiere en exclusiva el art. 117.3 CE, sin que del art. 24.1 CE dimane un derecho a obtener en todo caso una decisión sobre el fondo de un recurso interpuesto, que puede ser inadmitido, sin tacha constitucional alguna, por razones formales o materiales. Por ello el control constitucional que este Tribunal puede realizar de las resoluciones judiciales dictadas sobre los presupuestos o requisitos de admisión de los recursos es meramente externo, debiendo limitarse a comprobar si tienen motivación, si han incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad, únicas

Por lo demás, en el caso del recurso de casación, la LECiv prevé que, en el escrito en que se interponga, deben exponerse «con la necesaria extensión» los fundamentos en que se apoya (cfr. su artículo 481), mención que no se hace al regular el recurso de apelación, a propósito del cual solo se dispone que, el escrito en que se formalice, deberá contener «las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna» (vid. su artículo 458.2).

20. Lo anterior, siendo importante, no debe hacernos desconocer las consecuencias que se anudan a la inobservancia de lo acordado, que no son otras que la posible inadmisión del recurso de apelación interpuesto.

21. Como antes indicamos, que nos conste, hasta la fecha, la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo no ha inadmitido ningún recurso extraordinario por exceder de la extensión que fijó en el acuerdo que sus magistrados adoptaron el 27 de enero de 2017, ni por incumplir las restantes condiciones formales que dispusieron en él. Tampoco nos consta que lo haya hecho hasta el momento la Audiencia Provincial de Madrid, aun cuando habrá que estar atento al criterio que siguen en el futuro los magistrados que integran sus distintas secciones civiles. Pues no sería extraño que, en función de las decisiones que eventualmente adopten y de cómo se resuelvan, en su caso, las impugnaciones que se interpongan contra ellas, si asumen el acuerdo que comentamos, otras Audiencias Provinciales sigan su ejemplo.

22. Por nuestra parte, entendemos que un esfuerzo de concisión y claridad en los escritos de interposición de los recursos de apelación civil es conveniente y necesario. Pues no por emplear muchas palabras se expresa mejor lo que se quiere decir, ni se

circunstancias que pueden determinar la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5; 46/2004, de 23 de marzo, FJ 4; 150/2004, de 20 de septiembre, FJ 3; 164/2004, de 4 de octubre, FJ 2; 248/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 309/2005, de 12 de diciembre, FJ 2; 15/2006, de 16 de enero, FJ 3; 51/2007, de 12 de marzo, FJ 4; 181/2007, de 10 de septiembre, FJ 2; 20/2009, de 26 de enero, FJ 4; y 27/2009, de 26 de enero, FJ 3).

El control por parte de este Tribunal es, si cabe, más limitado en lo referido al recurso de casación. De una parte, porque la resolución judicial que se enjuicia es del Tribunal Supremo, a quien le está conferida la función de interpretar la ley, también, evidentemente, la procesal, con el valor complementario que atribuye a su jurisprudencia el Código civil (art. 1.6). De otro lado, por la naturaleza particular del recurso de casación, con fundamento en motivos tasados *numerus clausus* y sometido, no sólo a requisitos extrínsecos (tiempo y forma) y a los presupuestos comunes exigibles para los recursos ordinarios, sino a otros intrínsecos, sustantivos, relacionados con el contenido y la viabilidad de la pretensión. Como recurso extraordinario que es, su régimen procesal es más severo por su propia naturaleza (SSTC 248/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 309/2005, de 12 de diciembre, FJ 2; y 15/2006, de 16 de enero, FJ 3; y ATC 185/2005, de 9 de mayo).

Y en concreto, en numerosas ocasiones hemos proclamado la adecuación constitucional al art. 24.1 CE de las resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo denegando el acceso a la casación, por defectuosa preparación o interposición, como cuando el planteamiento se hizo faltar de cita del precepto legal vulnerado (STC 214/2003 de 1 de diciembre, FJ 4), omisión —en interés casacional— del contenido de las Sentencias citadas (STC 46/2004, de 23 de marzo, FJ 4) o de sus razonamientos (STC 131/2005, de 23 de mayo, FJ 3), falta de interés casacional (STC 164/2004, de 4 de octubre, FJ 3) o no alcanzar la *summa gravaminis* (STC 309/2005, de 12 de diciembre, FJ 3).

Sin embargo, respecto de la motivación de las decisiones de inadmisión de recursos, hemos dicho (por todas STC 51/2007, de 12 de marzo, FJ 3) que «la fundamentación en Derecho sí conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable, o incurra en un error patente, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 6; 213/2003, de 1 de diciembre, FJ 4)».

defienden mejor los derechos e intereses de los justiciables. Ya que, como dejo escrito Miguel de Cervantes, ningún razonamiento «hay gustoso si es largo»²⁰.

Sin embargo, siendo ello verdad, también lo es que, en el caso que nos ocupa, conviene tener presente otras cuestiones.

En primer lugar, que el recurso de apelación que abre la segunda instancia es un recurso ordinario que tiene como principal propósito que, con base en los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, se revoque un auto o una sentencia y que, en su lugar, se dicte otra resolución favorable al recurrente, mediante un nuevo examen de las actuaciones que se llevaron a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en su caso, se practique ante el tribunal de apelación. Ello implica, sí, un esfuerzo de precisión y sobriedad. Pero el que, en cada caso, sea necesario, sin fórmulas apriorísticas. Pues, como señalaba GÓMEZ ORBANEJA, citando a CHIOVENDA, el tribunal de apelación se encuentra frente a la demanda en la misma situación que el juez de primera en el momento de ir a fallar»²¹. Pues «La segunda instancia incluye un nuevo *juicio* (no un nuevo proceso) sobre el material, alegaciones y pruebas, reunido en la primera (sólo excepcionalmente, sobre el adicionalmente aportado después de dictarse la resolución impugnada); y no es, por tanto, un juicio sobre lo hecho por el primer juez, sino directamente sobre los mismos derechos y pretensiones deducidos oportunamente por lo litigantes»²²; en ella, el tribunal vuelve a juzgar, revisando lo que se hizo en primera instancia. Por lo que, en función del caso de que se trate, puede ser necesario extenderse sobre determinadas cuestiones, a fin de que se revoque la decisión que puso fin a aquella, discrepando incluso de la valoración de la prueba realizada por el juez que conoció en primera instancia.

En segundo término, que no resulta adecuado fijar un límite de extensión a los escritos en que se interponga un recurso de apelación sin contemplar excepciones al mismo. Todos los que hemos tenido la necesidad de presentar un recurso de apelación sabemos que hay casos más complejos y difíciles que otros. Por lo que fijar una misma extensión para todos, sin dar opción a que pueda haber supuestos que se aparten de la regla general, resulta en sí mismo desproporcionado e injusto.

Y, finalmente, que no resulta conveniente que nuestros tribunales puedan fijar criterios limitativos que no están legalmente establecidos. Aceptar lo contrario es un despropósito. Supone confundir la función que, en un Estado de Derecho, están llamados a desarrollar los órganos jurisdiccionales con la que tienen encomendada nuestros legisladores. Implica aceptar que, sin cobertura legal, los primeros pueden exigir determinados requerimientos. En suma, que los acuerdos que puedan adoptar los magistrados que los integran tienen un valor semejante o equivalente al de la ley, lo que no es tolerable. Entenderlo de otra forma conllevaría desconocer que las Cortes Generales, que representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado, son las que ejercen la potestad legislativa del Estado (artículo 66, apartados 1 y 2, de la Constitución Española), lo que sería sumamente grave.

²⁰ CERVANTES SAAVEDRA, M. DE, *Don Quijote de La Mancha*, Edición del Instituto Cervantes (dirigida por Francisco Rico), Primera Parte, Capítulo XXI, Centro Virtual Cervantes, (consultado en línea el 28 de febrero de 2020).

²¹ GÓMEZ ORBANEJA, E., en *Derecho Procesal Civil*, 8ª edición, Vol. Primero, Parte General. El Proceso declarativo ordinario, Madrid, 1976, p. 472. Dicho con otras palabras: «el tribunal de apelación se encuentra, respecto de los puntos y cuestiones sometidas a su decisión por las partes, en la misma posición en que se encontró el de la primera instancia» (STS de 21 de diciembre de 2009 (RJ 2010, 298), Pte. Sr. Ferrándiz Gabriel).

²² GÓMEZ ORBANEJA, E., *ob. cit.*, p. 469.

El llamado «Primer documento de trabajo sobre medidas organizativas y procesales para el plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma», elaborado por el Consejo General del Poder Judicial

23. A raíz del estado de alarma decretado por el Gobierno de la nación para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, el Consejo General del Poder Judicial publicó el denominado «Primer documento de trabajo sobre medidas organizativas y procesales para el plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma»²³, en el que se incluyó una medida, la número 1.5, propuesta con vocación de permanencia, en la que:

- se propone la limitación de la extensión de los escritos procesales, «mediante la introducción de un precepto en las leyes procesales que así lo disponga, a semejanza de la limitación de los escritos en la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativa para la interposición del recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo», así como el establecimiento de un protocolo sobre la forma y extensión de las resoluciones judiciales.
- se indica que dicha restricción debe adoptarse para todos los órdenes jurisdiccionales, comenzando por la jurisdicción contencioso-administrativa, y, en concreto, por la sala de este orden de la Audiencia Nacional.
- Y se refiere que tiene el doble objetivo de agilizar la tramitación de los procesos y de contribuir «al cumplimiento de la finalidad del proceso en un plazo razonable, evitando inútiles reiteraciones de argumentos jurídicos o la cita de innumerable jurisprudencia, con su reproducción íntegra. El correlativo protocolo para el dictado de las resoluciones judiciales, ha de contribuir a la misma finalidad».

24. La lectura de las 108 medidas propuestas en dicho escrito, que consta de 436 páginas, permite una primera conclusión preliminar: la de que se trata de un documento largamente preparado, en el que, junto a medidas que tienen que ver con la situación derivada de la emergencia sanitaria que determinó el estado de alarma en el que aún estamos inmersos cuando se escriben estas líneas, se refieren otras con las que se pretenden introducir mandatos que nada tienen que ver con la situación antedicha, que, por ello mismo, requieren de un debate más profundo y sosegado antes de quedar plasmados en una norma procesal de carácter general. Por ejemplo, la que hemos indicado.

A dicha crítica debe sumarse otra no menos relevante: la total ausencia de transparencia sobre el modo en que se ha elaborado este documento, sobre quiénes han participado en él, sobre los criterios seguidos para seleccionar a los integrantes de los distintos grupos de trabajo que hayan aportado sus sugerencias y sobre la razón por la que se han seleccionado las medidas publicadas y, supuestamente, se han excluido otras.

Todo ello, sin perjuicio, claro está, de lo discutible que resulta que la limitación de los escritos procesales, de todos sin excepción, contribuya al deseable propósito de que los procesos jurisdiccionales se desarrollen en un plazo razonable, anhelo que, a nuestro entender, solo puede conseguirse si se abordan otro tipo de medidas, de carácter estructural y organizativo, siempre con el necesario sosiego y la pertinente interlocución

²³ Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-reune-un-centenar-de-medidas-en-un-documento-base-preparatorio-del-plan-de-choque-para-evitar-el-colapso-de-la-Justicia-tras-el-fin-del-estado-de-alarma> (consultado en línea el 27 de mayo de 2020).

con el mundo académico y los sectores profesionales implicados. De lo contrario, normalmente, estarán llamadas al fracaso.

Coda

25. Cuanto antecede pone de manifiesto la necesidad de reflexionar con el debido detalle sobre distintas cuestiones puestas de manifiesto en el presente trabajo.

En primer lugar, sobre si conviene y es necesario limitar la extensión de los escritos procesales de las partes; singularmente, de aquellos en los que estas hacen uso de su derecho a impugnar determinadas resoluciones procesales ante el Tribunal Supremo.

En segundo término, y en directa relación con lo que se acaba de apuntar, si en el caso de que se considere adecuada dicha acotación, convendría extenderla a los escritos en los que los litigantes recurran la decisión que ponga fin a la primera instancia. O, incluso, yendo más allá, a los escritos de alegaciones iniciales (demanda; ampliación de esta, en su caso; y contestación a la misma).

A nuestro juicio, y con ello adelantamos nuestra respuesta, dicha restricción puede estar justificada cuando de la interposición de un recurso extraordinario se trata. Pero no cuando lo que se formula es un recurso ordinario, que, como es sabido, no está sujeto a razones o motivos tasados, estando abierto a las alegaciones que los pleiteantes tengan a bien exponer, a no ser, claro está, que, en tal supuesto, las restricciones fueran menos exigentes y se contemplasen las oportunas y necesarias excepciones. Lo que en ningún caso procedería, en nuestra opinión, habida cuenta los intereses en juego, es poner trabas a la extensión de los escritos de alegación iniciales, en los que los postulantes hacen uso de su derecho a acudir a la jurisdicción en demanda de la tutela de la que se consideran justos acreedores. Lo contrario sería poco escrupuloso y podría lesionar su derecho fundamental a ser tutelados judicialmente de forma efectiva.

En tercer lugar, de entenderse necesario que los escritos procesales acoten su extensión a determinado número de caracteres o a un número limitado de páginas, sobre la necesidad de que dicha prevención se estableciese en las leyes procesales que son de aplicación en los distintos órdenes jurisdiccionales y sobre la conveniencia o improcedencia de realizar alguna matización en relación con los que se dirijan a los tribunales del orden penal. Y si ello habría de hacerse siempre, y en todo caso, tras la debida interlocución con el mundo académico y los representantes de la abogacía, a fin de que puedan expresar sus opiniones y sea posible consensuar con ellos medidas como las que nos ocupan, que, en ningún caso, deben limitar o restringir de forma indebida los derechos constitucionales que, como ciudadanos, tenemos reconocidos.

Asimismo, sobre la necesidad –no solo conveniencia– de fijar excepciones razonables a la regla general que, en su caso, impusiera ese deber de contención a que antes nos referíamos, toda vez que no todos los supuestos son iguales y sería injusto no tratar de modo distinto los que de verdad lo merezcan.

26. Ser breve en los alegatos que se formulan ante la jurisdicción es una virtud y también, sin duda, un anhelo loable, siempre y cuando, eso sí, no se establezcan cortapisas inaceptables.

El propósito pretendido con las medidas que limitan su extensión escrita es bienintencionado y, por tanto, digno de consideración y estudio: su fin no es otro

que el de facilitar el trabajo de jueces y magistrados, que, en ocasiones, se encuentran con apuntes sumamente prolijos y farragosos que, precisamente por serlo, contienen ideas o expresiones desordenadas, confusas, inconexas o superfluas. Merece, pues, atención, reflexión y estudio.

Representan, sí, un reto. Pero también una oportunidad. El éxito de la intención con el que se formulan dependerá, en buena medida, de que seamos capaces de dialogar de forma sincera y abierta sobre lo que significan y pueden aportar sin merma alguna de los derechos que consideramos innegociables.

27. Bienvenida sea, por tanto, cualquier regla que tenga como objetivo la sobriedad y moderación de los escritos procesales, siempre y cuando venga acompañada, claro está, del necesario y sosegado debate, de planteamientos rigurosos y consensuados y de justeza y sentido común, que permita excluirla cuando las circunstancias así lo aconsejen para el logro de los fines que se persiguen con el proceso jurisdiccional, toda vez que en éste, como en su momento señaló CARRERAS, «no está en juego solamente la victoria de los litigantes, sino la Justicia y la salvaguardia del orden jurídico», lo que ha de permitir corregir cualquier extravío. No entenderlo así solo puede generar críticas y reproches, lógicas y razonables, a las que en tal caso obviamente nos sumaríamos, en respuesta a quienes parecen empeñados en acotar a toda costa la extensión de los escritos procesales de los justiciables, medida que, si se adopta sin atender las prevenciones antedichas, podría afectar al derecho de defensa, integrante del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de nuestra Constitución.

²⁴ CARRERAS LLANSANA, J., «Proceso, guerra y juego», en *Estudios de Derecho Procesal* (con Fenech), Ed. Bosch, Barcelona 1962, p. 78.

**LÍMITES IMPUESTOS POR LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL
SUPREMO PARA EL ACCESO A CASACIÓN DE LAS SENTENCIAS
DICTADAS EN JUICIOS VERBALES POR RAZÓN DE LA CUANTÍA:
ANÁLISIS DE UNA DOCTRINA DISCUTIBLE***

Jesús M^a GONZÁLEZ GARCÍA
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO: LOS PRESUPUESTOS GENERALES PARA QUE UNA RESOLUCIÓN SEA RECURRIBLE EN CASACIÓN. 2. LA IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN CONTRA LAS SENTENCIAS DE SEGUNDA INSTANCIA EN LOS JUICIOS VERBALES POR RAZÓN DE LA CUANTÍA: 2.1. Ideas generales. 2.2. Las razones de la Sala primera del Tribunal Supremo: el Auto de 26 de febrero de 2013. 3. LAS RAZONES REALES PARA VEDAR EL ACCESO A CASACIÓN A LAS SENTENCIAS DE SEGUNDA INSTANCIA DICTADAS EN JUICIOS VERBALES POR RAZÓN DE LA CUANTÍA: CONCLUSIÓN Y VALORACIÓN CRÍTICA.

1. PLANTEAMIENTO: LOS PRESUPUESTOS GENERALES PARA QUE UNA RESOLUCIÓN SEA RECURRIBLE EN CASACIÓN

El art. 477.2 LEC dispone así: «Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos:

1º Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución. 2º Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros. 3º Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional».

De la mera lectura de la norma (que nos dice cuáles son las resoluciones recurribles en casación civil) es posible individualizar tres presupuestos generales, cumulativos y comunes a todos los casos en que es procedente el recurso, sin cuyo cumplimiento no sería posible interponerlo con éxito: la resolución que se pretenda recurrir en casación, como condición *sine qua non*, debe tener forma de *sentencia* (arts. 206.1, 3ª LEC y 245 LOPJ), ha de haber sido dictada *en segunda instancia*, esto es, en «aquella en la que se conoce de los procedimientos que han puesto fin a la primera instancia»¹, y el tribunal que la dictó debe ser una *Audiencia Provincial*. Y ello sin

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Tutela judicial no contenciosa en materia de personas mayores y menores de edad: nuevos retos y propuestas de solución” (referencia DER2017-86838-P; IP: Julio Bana cloche Palao). Für W.

perjuicio de que, satisfechos dichos presupuestos, luego se haya de cumplir cualquiera de las restantes condiciones que impone el precepto: que la resolución recurrida se haya dictado en un proceso para la tutela civil de los derechos fundamentales, con excepción de los derechos de naturaleza procesal que se incluyen en los dos enunciados del art. 24 CE; que la cuantía de la demanda exceda de los 600.000 euros; o que, siendo de cuantía inferior a ésta o habiendo sido tramitado el procedimiento por razón de la materia, el asunto presente *interés casacional* (art. 477.2, párrafo 3º y 3 LEC)².

Es el juego entrecruzado de las reglas anteriores lo que explica, por ejemplo: a) que apenas exista jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre ejecución forzosa, dado que en el procedimiento de ejecución, como regla, no se dictan sentencias sino resoluciones judiciales con forma de providencia o de auto³ y los recursos que en él se plantean no dan lugar a una segunda instancia⁴; b) que las sentencias civiles de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas no sean recurribles en casación, dado que ni éstas son Audiencias Provinciales ni se dictan en segunda instancia, sino en instancia única⁵; c) asimismo, que no quepa recurso de casación contra las sentencias de las Audiencias Provinciales que anulan las dictadas en primera instancia por motivos procesales y en las que se ordene la retroacción de las actuaciones al momento de la primera instancia inmediatamente anterior al que se produjo la nulidad: en esos casos, según la jurisprudencia, no nos encontramos ante una sentencia de segunda instancia, al no haber habido un segundo enjuiciamiento del fondo de lo decidido en la primera⁶: en tal caso deberemos esperar a que, una vez devueltos los

¹ Según define la propia Sala primera: cfr. STS1ª 779/2009, de 10 de diciembre de 2012; así como numerosos autos: desde el ATS1ª de 28 de diciembre de 2004 (Rec. 922/2004) hasta el ATS1ª de 29 de julio de 2020 (nº Rec. 5162/2019). Como también ha establecido la Sala, «el recurso de apelación que abre la segunda instancia es una *revisio prioris instantiae* [revisión de la primera instancia] que permite un nuevo examen completo de la cuestión litigiosa (SSTS de 5 de mayo de 1997, RC 1294/1993, 31 de marzo de 1998, RC 141/1994 y, STC 3/1996, de 15 de enero)». O, como dijo la STS1ª de 7 de mayo de 1991 (Roj: STS 2377/199), FD tercero, la segunda instancia «concede al Tribunal una nueva oportunidad de resolver con plenitud de conocimiento según los términos en que esté planteada la litis, y la obligación de apreciar y valorar de nuevo todas las pruebas».

² Cfr. sobre esta materia, en general, ARMENGOT VILAPLANA, A., «Las resoluciones recurribles en casación: los requisitos generales de su recurribilidad», *El recurso de casación civil* (R. Bellido Penadés, dir.), Madrid, La Ley Wolters Kluwer, 2014.

³ Como excepción, la tercería de mejor derecho se resuelve por sentencia (art. 620 LEC). Omitimos la referencia a las resoluciones del Letrado de la Administración de Justicia, relevantes en la ejecución civil, y a su régimen especial de impugnación, ajeno al universo de la casación. También cabe casación, como excepción, contra los autos dictados en segunda instancia en procedimientos sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras (art. 55.2 de la Ley 29/2015, de 30 de julio).

⁴ Pues, a lo sumo, deciden incidentes declarativos. Pensamos, por ejemplo, en la prevista en el art. 695.4 LEC contra el auto que resuelve el incidente de oposición a la ejecución hipotecaria basado en la existencia de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo garantizado.

⁵ Lo que los convierte, por ej., en soberanos custodios de la interpretación de la legislación arbitral dentro de su demarcación desde que conocen de las demandas de anulación de laudos arbitrales.

⁶ Vid., por ej., las SSTS1ª de 24 de abril de 2019 (Rec. 3380/2016), 15 de junio de 2016 (Rec. 2721/2014), 20 de mayo de 2015 (Rec. 1187/2014) o 18 de febrero de 2014 (Rec. 1234/2013). Se hace eco de esta línea doctrinal BANACLOCHE PALAO, J., *Los recursos en el proceso civil de declaración. Regulación y estrategias procesales*, Madrid, La Ley Wolters Kluwer, 2014, p. 241: en su opinión, se trata de sentencias que, por su contenido, deberían haber tenido forma de auto.

autos al juzgado de primera instancia o al de lo mercantil competente, se dé una nueva oportunidad para revisar por la Audiencia Provincial, en segunda instancia, la primera sentencia, como paso previo a la interposición, con mejores expectativas de éxito, del recurso de casación; por idénticas razones, tampoco son recurribles en casación las sentencias absolutorias de la instancia de las Audiencias Provinciales, cuando no entran en el fondo del recurso por falta de competencia objetiva del juzgado que dictó la de primera instancia⁷.

Hay otros supuestos de exclusión del recurso de casación derivados del juego de los presupuestos generales del art. 477.2 LEC: por ejemplo, es criterio jurisprudencial consolidado considerar improcedente el recurso de casación en procedimientos de carácter incidental, pues en ellos la apelación contra la decisión del juez no abre una segunda instancia: faltaría pues uno de los tres presupuestos previstos en la norma. Así se ha entendido, p. ej., cuando se impugna la sentencia que pone fin al procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción (art. 781 LEC), dentro del expediente de adopción⁸; en la apelación contra la sentencia que denegó la declaración del concurso⁹; la que se dicta en el procedimiento sobre suspensión del acogimiento preadoptivo del menor¹⁰, en el juicio verbal de impugnación de inventario en procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales (art. 809.2 LEC)¹¹ o sobre formación de inventario promovido para la liquidación del régimen económico matrimonial¹²; entre otros casos. El Tribunal Supremo, en otras ocasiones, atribuye la condición de proceso autónomo a actuaciones que *a priori* presentan características propias de un incidente dentro de otro procedimiento, lo que lleva a considerar la apelación contra la sentencia como cauce de apertura de la segunda instancia y, consiguientemente, salva el presupuesto legal de acceso al recurso de casación¹³.

⁷ AATS1^a de 19 de noviembre de 2013 (Rec. 309/2013) y 18 de noviembre de 2008 (Rec. 493/2006), entre otros muchos. En este caso, como en el anterior (el de las sentencias que anulan la del juez con retroacción de actuaciones) el criterio de la Sala es razonable, toda vez que, en realidad, la sentencia de la Audiencia Provincial carece de materia *casacionable* —si vale la expresión—, pues no decide el fondo ni se pronuncia sobre la norma sustantiva o jurisprudencia aplicable al caso, hecho que hace inviable fundar un eventual recurso de casación contra dicha sentencia en infracción de ley o de doctrina legal.

⁸ AATS1^a de 8 de julio de 2020 (Rec. 5470/2019), 25 de septiembre de 2019 (Rec. 1658/2019), 25 de mayo de 2018 (Rec. 2939/2017), o 31 de mayo de 2017 (Rec. 440/2016), entre otras.

⁹ ATS1^a de 30 de enero de 2019 (Rec. 1/2017); ATS1^a de 26 de junio de 2018 (Rec. 94/2018): en interpretación del art. 20 de la derogada Ley Concursal y actual art. 25 del Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo. Idéntico criterio se aplicaba en caso de impugnación de la sentencia resolutoria del incidente de oposición a la declaración de quiebra, de acuerdo con la anterior legislación concursal: ATS1^a de 17 de julio de 2001 (Rec. 1849/2001).

¹⁰ ATS1^a de 2 de julio de 2013 (Rec. 114/2013).

¹¹ ATS1^a de 24 de junio de 2015 (Rec. 493/2014).

¹² ATS1^a de 3 de junio de 2015 (Rec. 1117/2014).

¹³ Así ocurre con la *tercería de mejor derecho*; decimos que da lugar a un *incidente* porque se plantea dentro de un proceso de ejecución sin ser objeto principal del mismo, ante el juez de la ejecución (es decir, regla de competencia funcional), con ocasión de una ejecución y su resolución final, de ser estimatoria, afectará a la ejecución y a los derechos del ejecutante, pero que —por supuesto, con razonados argumentos— recibe tratamiento de proceso autónomo y no de incidente, y ello abre la puerta a que la sentencia que la resuelve tenga acceso al recurso de casación. Como

Dos de los tres presupuestos generales previstos por el art. 477.2 LEC, inciso primero, para considerar una resolución judicial recurrible en casación podrían integrarse, *por confusión*, en uno solo, dado que toda sentencia que se dicta en segunda instancia lo es por una Audiencia Provincial (aunque sea verdad, como hemos visto, que no todas las sentencias que dicta una Audiencia Provincial en apelación son de segunda instancia). Los tribunales unipersonales civiles son órganos de primer grado, en primera o única instancia, pues no hay apelación contra la sentencia de juicio verbal ordinario cuando la cuantía no rebase 3.000 € (art. 455.1 LEC); y lo mismo cabe decir de las Salas de lo civil y penal de los Tribunales Superiores de Justicia, como órgano civil, que tampoco tienen competencia para decidir recursos de apelación ni conocer de segundas instancias, como tampoco la tiene la Sala primera del Tribunal Supremo. Dentro de nuestro sistema procesal civil, por tanto, el tribunal de apelación por excelencia y quien da acceso exclusivo a la segunda instancia —y, a su través, al recurso de casación— es la Audiencia Provincial (art. 82.2 LOPJ), por lo que, desde el punto de vista del acceso a la casación y en el estado actual de la jurisdicción civil, ninguna consecuencia tendría que el art. 477.2 LEC omitiera la mención a las Audiencias Provinciales.

Por tanto, *lege lata* y según los términos literales del art. 477.2 LEC en su primer inciso, es recurrible en casación cualquier sentencia de la Audiencia Provincial dictada en segunda instancia, siempre que la misma tenga cabida en cualquiera de los supuestos a que se refieren los tres ordinales del precepto. Eso, sin embargo, no responde a la realidad de las cosas, dado que el Tribunal Supremo ha decidido vedar el acceso a la casación de algunas sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales en procedimientos declarativos ordinarios (esto es, los que se tramitan por razón de la cuantía), sin opción de valorar en el caso concreto si el recurso, aun no alcanzando la cuantía de 600.000 €, presenta *interés casacional* en los términos del art. 477.3 LEC. Seguidamente analizamos las razones que han llevado al Alto Tribunal a tomar esa decisión en uno de los casos más significativos.

se señala, en este caso la apelación sí daría acceso a una segunda instancia, de acuerdo con la doctrina de la Sala primera: cfr. entre otros muchos, el ATS1^a de 7 de junio de 2011 (Rec. 2002/2010), que reproducimos parcialmente: «procede en primer lugar precisar que esta Sala ha declarado la *recurribilidad* en casación de las sentencias dictadas en juicios de tercería de mejor derecho, atendiendo a la diferente opción que el legislador ha efectuado para los procesos de tercería de mejor derecho, a los que no califica de estricto incidente sino como aquellos en los que, al pretender el tercerista un pronunciamiento eminentemente declarativo de la preferencia de su crédito, "es necesaria una Sentencia del tribunal con fuerza definitiva del crédito y de su preferencia, aunque esta Sentencia no prejuzgue otras acciones" (párrafos 18 y 19 del apartado XVII de la Exposición de Motivos de la Ley 1/2000), por lo que esta Sala, en una interpretación siempre adecuada al nuevo sistema de acceso a los recursos extraordinarios, ha declarado la *recurribilidad* de las Sentencias dictadas en juicios de tercería de mejor derecho, por el cauce de los ordinales 2º y 3º del art. 477.2 de la LEC 1/2000, según lo hubieran sido en un juicio de menor cuantía iniciado bajo la anterior LEC de 1881 (seguido por tanto, por razón de la cuantía conforme el art. 1534 LEC 1881) siendo ésta determinada y superior a 25.000.000 de pesetas, o en un juicio ordinario promovido ya bajo la nueva LEC 2000 (seguido, por tanto, por razón de la materia, según el art. 617 LEC 1/2000, con independencia de su cuantía), respectivamente (AATS de 15 de junio, 27 de julio y 28 de septiembre de 2004, en recursos 65/2004, 219/2004 y 28/2004, y de 6 de noviembre de 2007, en recurso 2404/2004)».

2. LA IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN CONTRA LAS SENTENCIAS DE SEGUNDA INSTANCIA EN LOS JUICIOS VERBALES POR RAZÓN DE LA CUANTÍA

2.1. Ideas generales

Nos estamos refiriendo a la sentencia de segunda instancia en el juicio verbal por razón de la cuantía. Esta resolución judicial tiene forma de sentencia y se dicta en segunda instancia por una Audiencia Provincial; cumple, por tanto, los presupuestos generales del art. 477.2, II LEC. Y, sin embargo, la Sala primera entiende que no es recurrible en casación y, por tanto, pone fin al proceso civil.

Como se ha recordado, la sentencia de juicio verbal tiene un acceso limitado al recurso devolutivo, de acuerdo con nuestra legislación procesal civil. Según el art. 455.1 LEC, «[l]as sentencias dictadas en toda clase de juicio, los autos definitivos y aquéllos otros que la ley expresamente señale, serán apelables, con excepción de las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando ésta no supere los 3.000 euros». La regla de exclusión se introdujo por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, *de medidas de agilización procesal*, con la reducción de la carga de trabajo de las Audiencias Provinciales entre sus objetivos¹⁴, y con la consecuencia de que, desde su

¹⁴ No es éste el momento de valorar las razones que llevaron al legislador a introducir esta modificación, por lo que nos limitaremos a hacer propias las críticas vertidas contra esta reforma legal por BANACLOCHE PALAO, J., «Análisis crítico de las reformas introducidas en materia de recursos civiles por la reciente Ley de agilización procesal», *Diario La Ley*, nº 7764, Sección Doctrina, 28 de diciembre de 2011, Año XXXII, Ref. D-483. Tan sólo nos ceñiremos a recordar que, de acuerdo con su Preámbulo (párrafo II), la norma responde a «la necesidad de introducir profundas reformas para asegurar la sostenibilidad del sistema y garantizar que los ciudadanos puedan disponer de un servicio público de calidad [...] tratando ahora de introducir en la legislación procesal mejoras que permitan agilizar los distintos procedimientos, sin merma de las garantías para el justiciable». No deja de ser chocante que el legislador asimile *justicia de calidad* a reducción de las garantías procesales, en la medida en que aceptemos que la posibilidad de revisar una sentencia civil ante una instancia superior conlleva mayores garantías procesales para las partes que lo contrario. Reconociendo que la soberanía del legislador para establecer el régimen de impugnación contra resoluciones judiciales dentro del proceso civil es constitucionalmente legítima, pues así lo entiende el Tribunal Constitucional, que no admite como vertiente dentro del derecho a la tutela judicial efectiva el derecho de acceso a los recursos salvo en lo que se refiere a los recursos legalmente establecidos (cfr. como decisión de referencia, la STC 37/1995, de 7 de febrero, y todas las que siguen pacíficamente su doctrina) y con la excepción de la sentencia penal de condena, no nos puede dejar indiferentes, desde un punto de vista procesal, esta reforma legal, que en aras de la agilidad del proceso (o de meros intereses estadísticos orientados a maquillar las tasas de resolución y pendencia de las Audiencias Provinciales), priva a los justiciables de una razonable posibilidad de recurso, y que tiene como consecuencia colocar en igual posición de soberanía ante el ciudadano a los jueces de paz –legos en Derecho y en procedimientos donde no se precisa postulación de abogado y procurador— y a la Sala primera del Tribunal Supremo, dado que, en uno u otro caso, no es posible interponer recurso contra ninguna de sus sentencias en el orden civil. Puede entenderse la reforma desde el punto de vista de ahorro de costes para el litigante, a quien podría no compensar una segunda instancia por asuntos de cuantía no elevada: pero no parece que los motivos de la reforma sean esos, máxime cuando tal vez debería ser cada cual, en ejercicio de su libertad, quien valorase su interés o no en recurrir y, en su caso, asumiese los costes que de ello se derivan. Cfr. VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., *El juicio verbal y sus especialidades*, Madrid, La Ley Wolters Kluwer, 2019, p. 107; o SÁNCHEZ GIMENO, S., «La modificación de la LEC operada por la Ley 37/2011», *Actualidad Jurídica Uriá y Menéndez*, 31/2012, en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3359/documento/art03.pdf?id=3874>. Por lo demás, nuestro sistema procesal podría hacer ideado otros medios para compensar los gastos que

vigencia, sólo son apelables las sentencias dictadas por los jueces de primera instancia en procedimientos por razón de la cuantía que rebasen los 3.000 €. Ya con anterioridad, y con idéntico fin de agilizar las apelaciones civiles, el artículo dos de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, (*complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*) había introducido un segundo párrafo en la nueva redacción dada al art. 82.2.1º LOPJ, párrafo segundo, en el sentido de que para conocer de los recursos contra resoluciones de los juzgados de primera instancia que se sigan por los trámites del juicio verbal por razón de la cuantía, la Audiencia se debe constituir con un solo magistrado. Destacamos aquí este dato, porque, como más adelante veremos, es determinante para el Tribunal Supremo en relación con la admisión del recurso de casación contra estas sentencias. Esta disposición, por lo demás, puso en paralelo las apelaciones en los juicios verbales civiles con la de los antiguos juicios de faltas y actuales procesos penales por delitos leves, en los que la Audiencia Provincial se constituye también por un solo magistrado para conocer del recurso de apelación penal (art. 82.1.2º LOPJ, párrafo segundo).

2.2. Las razones de la Sala primera del Tribunal Supremo: el Auto de 26 de febrero de 2013

La resolución de referencia es el ATS1ª de 26 de febrero de 2013 (en adelante, «el Auto»), resolutorio de un recurso de queja contra otro dictado por la Sección primera de la Audiencia Provincial de Salamanca el 6 de junio de 2012, primero de la serie, s.e.u.o.

En el caso, la Audiencia había acordado no tener por interpuesto el recurso casación contra una sentencia dictada por la propia Audiencia constituida por un solo magistrado, al amparo del art. 82.2.1º, II LOPJ, decisión que confirmó en queja la Sala primera del Tribunal Supremo. Las razones del Auto para inadmitir el recurso de casación han sido seguidas por numerosísimas resoluciones posteriores¹⁵ y el criterio se incorporó más adelante al Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, de 27 de enero de 2017 *sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*. Según los términos del Acuerdo, no son recurribles en casación —y, por el juego del régimen transitorio contenido en la disposición final 16ª de la LEC, tampoco en recurso extraordinario por infracción procesal— las sentencias dictadas «o que debieron dictarse» por un único magistrado, «por no actuar la Audiencia Provincial en tales casos como órgano colegiado». El Acuerdo, que se dicta al amparo del art. 264.1 LOPJ, en su inciso primero, no tiene carácter jurisdiccional pero sí valor doctrinal, hasta el punto de que algunas resoluciones

eso supone para el Estado, sin necesidad de llegar a la drástica solución finalmente vigente, en una reforma que afecta a un grupo de asuntos que no parece numeroso de acuerdo con la carga general de trabajo de las Audiencias Provinciales. También, GASCÓN INCHAUSTI, F., «Los recursos en el proceso civil tras la Ley de Medidas de Agilización Procesal», *Otrosí* (5ª época), núm. 10, abril-junio 2012, pp. 32-40.

¹⁵ A la fecha del cierre de nuestro trabajo, la base de datos del CENDOJ reporta noventa y cinco autos de la Sala Primera del Tribunal Supremo, desde el ATS1ª de 26 de febrero de 2013 hasta el ATS1ª de 14 de octubre de 2020 (Rec. 114/2020), en los que se mantiene pacíficamente este criterio.

judiciales de Audiencias Provinciales basan en él sus decisiones de inadmisión sin mención de norma legal habilitante y sin reparar en el hecho de que, hasta que no sea reformado el art. 1 del Código civil, este tipo de acuerdos no son fuente del Derecho, ni siquiera ostentan el valor de doctrina jurisprudencial¹⁶.

Lo interesante, desde el plano puramente argumental, es saber cómo llega el Tribunal Supremo a concluir, a partir del art. 477.2 LEC, inciso primero (recordemos: serán recurribles en casación «las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales») que la voluntad de la ley era excluir del enunciado legal las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, cuando se encuentran constituidas por un único magistrado. Veámoslo, aunque no nos resistimos a adelantar que las bases del razonamiento plantean un enlace racional muy débil entre sus premisas y la conclusión que se alcanza¹⁷. Pasemos a analizarlas.

a) El recurso de casación se establece sólo contra sentencias dictadas por un órgano colegiado, pues la Audiencias Provinciales son, por definición, órganos colegiados

El primero de los argumentos del Auto es el siguiente: la nueva configuración del recurso de casación –con respecto a la LEC 1881— en la redacción inicial de la LEC permite concluir que «*este recurso se estableció contra las sentencias dictadas por un órgano colegiado*» (FD segundo, punto 1). En soporte del argumento, se afirma que la LEC utiliza *audiencia provincial* en algunos artículos (466.1 , 467 , 468 y 477 LEC) como sinónimo de *órgano colegiado*, ya que, cuando entró en vigor la LEC, «las Audiencias Provinciales son órganos que siempre resuelven con carácter colegiado los recursos de apelación de su competencia, y, de este modo, se excluyen de la casación las sentencias de segunda instancia dictadas por un órgano no colegiado, como son las dictadas por los jueces de primera instancia resolviendo las apelaciones contra las resoluciones de los Juzgados de Paz». Para establecer si el argumento es racionalmente válido o si nos encontramos ante un razonamiento fallido que induce, desde un punto de vista argumentativo, a una conclusión errónea¹⁸ hay que atender a las bases sobre las que se construye. Vayamos, pues.

¹⁶ Dos ejemplos: el AAP de Cantabria (4ª), de 10 de octubre de 2018 , (rollo de apelación 159/2018) por el que se acordó inadmitir un recurso extraordinario por infracción procesal y otro de casación presentados contra una sentencia de esa Audiencia de 13 de julio de 2018, basó la decisión de inadmisión en que, según «el acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2017, no son susceptibles de recurso de casación las sentencias dictadas por un único magistrado, como ocurre con la sentencia ahora recurrida, lo que lleva a declarar la inadmisión del recurso de casación»: cfr. ATS1ª de 30 de enero de 2019 (Rec. 284/2018). También, en el mismo sentido, las SSAP Coruña, de 22 de septiembre de 2020 (ROJ: SAP C 1910/2020), FD 6, y 29 de marzo de 2019 (ROJ: SAP C 542/2019), FD 10.

¹⁷ Como veremos, todos los argumentos se enmarcan en la idea general de que, según la E. de m. de la LEC, no pertenece a nuestra tradición jurídica ni constituye exigencia constitucional que la función casacional se proyecte sobre cualquier sentencia, lo cual es rigurosamente cierto, pues no hay derecho constitucional de acceso a los recursos en el proceso civil (por todas, cfr. la STC 37/1995, de 7 de febrero): lo que no quiere decir que no haya derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos.

¹⁸ Es decir, ante una falacia. Sobre la materia, con extensión, VEGA REÑÓN, L., *La fauna de las falacias*, Trotta, 2018, 1ª ed., *passim*. En palabras de este lógico del lenguaje se trata de «una estratagema deliberadamente capciosa del inductor con un propósito suasorio o disuasorio para

En primer lugar, ¿es cierto, como se argumenta, que los enunciados de los arts. 466.1, 467, 468 y 477 LEC, utilizan la expresión *Audiencia Provincial* como sinónimo de *órgano colegiado*? Haremos una rápida comprobación:

El art. 466.1 LEC dice así: «Contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación».

Por su parte, el art. 467 LEC establece lo siguiente: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, contra las sentencias que dicten las Audiencias Provinciales a consecuencia de haberse estimado recurso extraordinario por infracción procesal no se admitirá de nuevo este recurso extraordinario si no se fundara en infracciones y cuestiones diferentes de la que fue objeto del primer recurso».

Art. 468 LEC: «Las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán, como Salas de lo Civil, de los recursos por infracción procesal contra sentencias y autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia».

Por último, la única mención a las Audiencias Provinciales en el art. 477 LEC, es precisamente la contenida en el estudiado inciso primero de su apartado segundo («Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales [...]»), sin más.

De ninguno de enunciados legales anteriores se desprende utilización de la expresión *audiencias provinciales* como sinónimo de *órgano colegiado* y en ninguno se usa indistintamente ambas expresiones, pues sólo delimitan el régimen de recursos contra las sentencias dictadas por las audiencias provinciales, sin consideración a la composición del órgano. En definitiva, esta primera premisa es inválida para conducir racionalmente a la conclusión de que, recordemos, el recurso de casación se estableció contra las sentencias dictadas por un órgano colegiado. Es más, ni siquiera es correcto entender, en términos gramaticales, que nos hallamos ante expresiones sinónimas; la expresión *órgano colegiado* tiene un significado más amplio que la de *audiencia provincial*: una cosa es considerar la colegiación como una característica propia de las audiencias provinciales y otra concluir que la colegialidad es inmanente a ellas, es decir, una característica sin la cual no podemos entender que nos encontremos ante una audiencia provincial (por mucho que, conforme a nuestra tradición, así ha sido durante siglos) o sin la cual las audiencias provinciales perderían su naturaleza o condición. Entenderlo así es tanto como negar, entre otras cosas, que la configuración y determinación de las características de los tribunales de justicia pertenece a la soberanía del legislador, sin otros condicionamientos que las garantías que impone la Constitución y el resto de las leyes: no en vano, la predeterminación de los órganos jurisdiccionales

conseguir un fin»: cita que extremos de su obra anterior *Si de argumentar se trata*, ed. Montesinos, Barcelona, 2007, p. 237.

sólo está sujeta a la ley y no a la percepción que otras instituciones –incluidos los tribunales— puedan tener de ellos¹⁹.

b) Sólo puede apreciarse el interés casacional cuando la Audiencia Provincial actúa como un órgano colegiado

En segundo lugar, sostiene el Auto que la identificación del término Audiencias Provinciales con órganos colegiados «está en consonancia con la introducción en la LEC de la modalidad de recurso de casación consistente en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales». El argumento parte de la base de que el recurso de casación sólo sería admisible por *interés casacional* (art. 477.2.3º LEC), y eso haría inviable el recurso en estos casos, dado que para que haya interés casacional, según la noción del art. 477.3 LEC, la sentencia recurrida ha de haber resuelto «puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales» y, tal como se afirma por el Alto Tribunal, solo puede hablarse de jurisprudencia de las Audiencias Provinciales si nos referimos a ellas como órganos colegiados (FD segundo, punto 2).

Menos sólido nos parece este argumento que el anterior. El Auto parte de la asunción apriorística de que sólo es jurisprudencia de las audiencias provinciales la que emana de la audiencia constituida como órgano colegiado, pero dicho argumento es puro voluntarismo, puesto que esa conclusión no deriva de enunciado legal alguno, sino de la propia opinión de la Sala: en otras, palabras, lo decidido por un magistrado de la Audiencia no es jurisprudencia, no porque lo diga la ley, «sino porque lo digo yo». El argumento encuentra un cierto soporte en el propio Acuerdo de 27 de enero de 2017, pues en él, a la hora de establecer criterio sobre cuándo existe jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales, se dice que lo anterior «comporta la existencia de criterios dispares entre secciones de Audiencias» y, formalmente, los magistrados de las Audiencias que resuelven apelaciones no se erigen en secciones autónomas –o en subsecciones— dentro de la sección a la que pertenecen. Sin embargo, como decimos, eso es así no por voluntad del legislador, sino del intérprete, en libérrima interpretación de la norma legal que deja irresuelto un grave problema generado por la aplicación del art. 82.2.1º, II LOPJ: el de que no va a haber forma de utilizar el recurso de casación civil, al amparo del interés casacional, para solventar las discrepancias que se puedan producir entre los magistrados de una misma sección, como órganos unipersonales, o entre cada una de sus sentencias y las de otras secciones, dentro de la misma audiencia provincial o en otra audiencia, una abdicación excesiva de los fines del recurso de casación, que supone pagar a precio de seguridad jurídica la reducción del número de asuntos que entran en el Tribunal Supremo. Es verdad, no obstante, que el propio Acuerdo dice que el requisito es susceptible de flexibilizarse (cuando el elevado número de secciones de una audiencia dificulte su aplicación): en definitiva, la propia Sala hace depender la admisibilidad del recurso, en este supuesto, de criterios

¹⁹ STC 65/1994, de 28 de febrero: conforme al derecho fundamental, es función del legislador, mediante Ley Orgánica, «configurar los límites de la jurisdicción y de la competencia de los órganos jurisdiccional, el estatuto personal de la judicatura, la imparcialidad o idoneidad concreta para un asunto determinado y la composición del órgano judicial, en un sentido abstracto».

discrecionales. Al margen de lo anterior, el argumento parece no tener en cuenta que también es posible fundar el interés casacional en la contradicción de una sentencia con la doctrina del Tribunal Supremo o de se hayan aplicado normas legales sobre las que no haya doctrina legal y tengan una vigencia inferior a cinco años.

A este respecto, no está de más recordar un viejo criterio de interpretación legal en cuya virtud *ubi lex non distinguit, non distinguere debemus*, algo se olvida el Auto cuando da un tratamiento diferente a unas y otras sentencias de las audiencias en segunda instancia. En resumidas cuentas, decir que las audiencias solo generan jurisprudencia contradictoria cuando resuelve de forma colegiada es insuficiente para justificar la decisión de inadmisión del recurso, pues, aunque se acepte, con ello no se evita que se pueda justificar el interés casacional en los otros dos supuestos del art. 477.3 LEC. Además, vedar el acceso a casación de las sentencias de las audiencias dictadas por un solo magistrado las deja fuera del control jurisdiccional del Tribunal Supremo, y a los magistrados en posición más ventajosa que la de las propias secciones de las audiencias en las que se integran, cuyas decisiones sí son susceptibles de control casacional.

c) Nuestro sistema procesal civil ya no admite la casación contra resoluciones de órganos unipersonales, porque ya no existe la casación directa o «per saltum»

Según el Auto, la desaparición de la vigente LEC del denominado recurso de casación directo *o per saltum* (introducido con la reforma de la Ley 34/1984 en el art. 1688 LEC 1881 contra las sentencias dictadas por los jueces de primera instancia, y único supuesto legal en el que se admitía el recurso de casación civil contra sentencias de primer grado), justifica que tampoco lo sean las sentencias de la Audiencia Provincial cuando se constituye como órgano unipersonal.

De nuevo nos encontramos ante un argumento débil: el desaparecido recurso de casación *per saltum* no es término de comparación adecuado para extraer la conclusión que extrae el Auto. Si algo caracterizaba a este peculiar recurso era la pretensión de evitar la segunda instancia cuando la controversia se redujese a una simple cuestión jurídica y las partes estuvieran de acuerdo ello, mientras que en el Auto se resuelve sobre la admisibilidad de un recurso contra una sentencia de segunda instancia. La derogación de la casación *per saltum* en el régimen vigente se explica mejor por su deficiente aplicación práctica y su complejo encaje en un modelo procesal de justicia a tres niveles que por el hecho de que la sentencia la dictara un órgano unipersonal. Por supuesto, también se justifica en el nuevo modelo de casación implantado en la LEC, para el cual lo anómalo era, más que la posibilidad de casación contra sentencias de tribunales unipersonales, garantizar que la casación sea siempre el tercer escalón jurisdiccional, previo paso por la segunda instancia (de ahí, la exclusión de la casación directa *o per saltum*): sólo así cobra sentido el nuevo sistema casacional, que se aplica una vez consumidas dos instancias, sin exigencia legal de cómo deben constituirse los tribunales de apelación para que sea recurrible la sentencia en casación²⁰.

²⁰ Así nos lo recuerda la Exposición de motivos de la LEC, § XIV: «Nada tiene de heterodoxo, ni orgánica ni procesalmente y menos aún, si cabe, constitucionalmente, cuando ya se han consumido dos instancias, circunscribir con rigor lógico el recurso extraordinario de casación y exigir a quien

d) La LEC no dice expresamente que se puedan recurrir las sentencias dictadas por un único magistrado de la Audiencia Provincial

En el Auto de 26 de febrero de 2013 encontramos un penúltimo argumento para justificar la inadmisión del recurso de casación. En él se parte del hecho de que, considerando la amplitud de la reforma del recurso de casación civil por la Ley 37/2011, *de medidas de agilización procesal*, el legislador nada explicitó acerca de la posibilidad de recurrir en casación esta clase de sentencias. *Expressis verbis*, se dice así: «No hay en esta reforma referencia alguna que permita deducir que se haya querido establecer el acceso a la casación de las sentencias dictadas en apelación por un solo magistrado, en los supuestos que contempla el artículo 82.2.1.º.II LOPJ»²¹.

La mención a la *amplitud* dada la casación en la Ley 37/2011 de la que habla el Auto parece aludir al nuevo enunciado que la norma da al art. 477.2.3º LEC en esa ley. En su redacción original la norma establecía que, fuera de los casos anteriores (proceso para tutela de derechos fundamentales o cuantía superior a —entonces— 25 millones pta. o 150.000 €), sólo cabía casación por interés casacional. La fórmula legal favorecía el acceso al recurso para asuntos en los que el procedimiento se determina por razón de la materia o de cuantía inferior a la prevista, a condición de que se justificase la existencia de interés casacional, lo que satisfacía el propósito de devolver a la casación civil la función de unificación en la interpretación del Derecho en todo tipo de asuntos y con independencia de su cuantía. Siendo así, el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en su Acuerdo no Jurisdiccional de 12 de diciembre de 2000, haciendo una interpretación restrictiva de la norma —y contraria a la voluntad del legislador—, excluyó de la casación los procedimientos por razón de la cuantía que no alcanzasen la fijada en el ordinal 2º del art. 477.2 LEC; de este modo, el acceso a la casación por interés casacional quedó limitado a los asuntos tramitados por razón de la materia (con exclusión de los afectantes a derechos fundamentales, que contaban con cauce de acceso propio), algo duramente criticado por los autores y con un muy débil soporte en la norma legal²². En consecuencia, lo que para el Auto de 26 de febrero de 2013 es dar

esté convencido de haberse visto perjudicado por graves infracciones procesales que no pretenda, simultáneamente, la revisión de infracciones de Derecho sustantivo».

²¹ El Auto no parece muy seguro del argumento, dado que se ve en la necesidad de reforzarlo con otros razonamientos que compiten entre sí para saber cuál es menos de recibo. Son los siguientes: primero: «El hecho de que en esta última reforma del recurso de casación se haya omitido cualquier referencia expresa a estas sentencias puede razonablemente ser interpretado en el sentido de que su intención es excluir estas sentencias del recurso de casación». Además: «Si se pretendía que esas sentencias tuvieran acceso a la casación se hacía necesaria una disposición expresa, ya que implica un cambio en la configuración inicial en la LEC del recurso que —como se ha dicho— se contempló contra las sentencias dictadas por órganos colegiados»; una auténtica petición de principios, que presupone como cierta una premisa indemostrada.

²² Nos remitimos a algunas de las críticas más fundadas: ORTELLS RAMOS, M., «La selección de asuntos para su acceso a la casación en derecho español: las técnicas de “unificación de doctrina” y de “interés casacional”», en Ortells Ramos, M. (coordinador), *Los recursos ante los Tribunales Supremos en Europa / Appeals to Supreme Courts in Europe*. Coloquio de Gandía y Valencia, 6, 7, y 8 de noviembre de 2008 (Madrid, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2008); DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (con De la Oliva, Vegas y Banacloche), Madrid, Civitas, 2001, pp. 829-831; SAAVEDRA GALLO, P., «El acceso a la aplicación uniforme de la ley civil», *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje al Profesor Almagro Nosete*, Madrid, 2007, pp. 512-513; BLASCO GASCÓ, F. de P., *El interés casacional. Infracción e inexistencia de jurisprudencia en*

amplitud a la casación, para el común de los exégetas de la norma es devolver la casación por interés casacional a los términos originalmente previstos por el legislador procesal, pues ahora, sin margen para la interpretación, se aclara que el recurso por interés casacional procederá, también, para asuntos que no alcancen la cuantía prevista en el ordinal 2º del art. 477.2 LEC.

De nuevo, la conclusión del Auto —y todos los que siguen su criterio— es la más complicada de todas las opciones posibles, obviando las enseñanzas de la *navaja de Okham* cuando se trata de hallar la hipótesis más razonable entre varias. De acuerdo con este principio filosófico, cuando es posible elegir entre varias hipótesis para explicar un fenómeno, lo más razonable es aceptar la más simple o la que requiere menos demostración. Aplicada al caso, la explicación más sencilla de qué quiere decir la norma se evidencia de la lectura de su enunciado: si el legislador no se toma la molestia de especificar que son recurribles las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial constituida por un único magistrado es porque es innecesario, dado que el tribunal de apelación, en estos casos, no es un órgano jurisdiccional diferente de la Audiencia Provincial; por idéntico argumento, sí tendría sentido (todo el sentido, cabe decir), que la norma explicitase lo contrario, si pretendiera excluir estas concretas sentencias de las audiencias del control casacional. Esta es la tozuda realidad de nuestro sistema de organización jurisdiccional: es la LOPJ la que enumera qué órganos integran la jurisdicción ordinaria, con excepciones²³, y es en el precepto que regula la competencia funcional de las audiencias provinciales donde se establece cómo se deben constituir las audiencias provinciales para conocer de las apelaciones contra sentencias dictadas en juicios verbales. En ningún momento nuestro sistema de organización judicial contempla a las audiencias provinciales formadas con un solo magistrado como una clase de tribunal civil diferenciado de las audiencias provinciales, sino como una especialidad en la composición de las audiencias en esta concreta clase de apelaciones.

A partir de esta premisa, se entiende sin dificultad que la mención a las audiencias provinciales en el inciso primero del art. 477.2 LEC puede —y debe— ser comprensiva también de los casos en que la audiencia haya de constituirse con un solo magistrado, toda vez que lo circunstancial (es decir, que se trate de una apelación contra la sentencia del juicio verbal) no debe afectar a lo sustancial (que es el hecho de que dicho magistrado forma parte, según el art. 82.2 LOPJ, de una Audiencia Provincial): en otras palabras, *no hay falta de soporte legal*, pues no hay argumentos razonables para entender que una sentencia dictada por un magistrado de una Audiencia Provincial (como la que pueda dictar cualquiera de sus Secciones) no forma parte de las resoluciones dictadas por dicha Audiencia, del mismo modo que tampoco los hay para concluir que la mención a la audiencia provincial en el art. 477.2 LEC, inciso primero, es excluyente de las sentencias dictadas por esa misma audiencia, cuando se deba constituir con un único magistrado; esa es, a nuestro entender, la mejor forma de explicar lo que el Auto entiende como «omisión» del legislador, y lo insólito es empeñarse en negar esta realidad. Sería algo así como considerar tribunales ajenos a

el recurso de casación, Cizur Menor, 2002, pp. 23-33; NIEVA FENOLL, J., *El recurso de casación civil*, Madrid, Ariel, 2002, pp. 210-213; o LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El interés casacional*, Dykinson Madrid, 2002, pp. 94-115.

²³Por ej., la Ley Orgánica 5/1995, *del Tribunal del Jurado*.

las Audiencias Provinciales a las secciones ordinarias o especializadas que las componen, por no estar mencionadas en el art. 477.2 LEC.

Esta evidencia es, sin embargo, insistentemente negada por el Tribunal Supremo, que en el Auto analizado concluye lo contrario, posición luego consolidada en el Acuerdo de 27 de enero de 2017, y que luego se traslada a muchos otros Autos de la Sala, de inadmisión o resolutorios de recursos de queja. Y es la necesidad de negar dicha evidencia lo que provoca la inflación de argumentos que en él se contienen en orden a justificar la posición del Alto tribunal que el tribunal prefiere: que no se consideren recurribles en casación las sentencias de segunda instancia dictadas por tribunales unipersonales.

Dicha solución puede estar justificada en sólidas razones de conveniencia: es verdad que dar entrada a estos asuntos al control de casación conllevaría un notable incremento de la carga de trabajo de la Sala primera y una más compleja gestión de los asuntos desde el punto de vista del interés casacional; también lo es que, en términos comparativos, en el régimen de recursos devolutivos en el proceso penal para el enjuiciamiento por delitos leves la sentencia de apelación, también dictada por la Audiencia Provincial constituida con un solo magistrado (art. 82.1.1º LOPJ), no es recurrible en casación por disposición expresa de la ley (art. 977 LECrim): sirva este ejemplo para poner de relieve cómo actúa el legislador cuando quiere negar el acceso a casación de una resolución que, conforme a las reglas generales del recurso, podría ser recurrible. Pero no creemos que, en términos de interpretación jurídica, se pueda identificar lo procesalmente conveniente —por razonable que sea— con lo que *lege lata* es. El simple hecho de que la reforma de la segunda instancia en los juicios verbales (por la Ley Orgánica 1/2009), tras la del art. 477.2.3º LEC por la Ley 37/2011, pueda incidir negativamente en la carga de trabajo de la Sala primera no parece suficiente motivo para deducir de la ley lo que la ley no dice. Es probable que el legislador de 2009 no valorase las consecuencias de una ulterior reforma del art. 477 LEC pero no parece el cauce seguido el más adecuado en términos jurídicos —aunque sí haya sido efectivo— para revertir las cosas al estado anterior. *In claris non fit interpretatio*.

e) La admisión del recurso de casación contra estas sentencias es contraria al fin de agilizar la tramitación de la segunda instancia en los juicios verbales

Nos quedaba por analizar un último argumento. El Auto de 26 de febrero de 2013 apela a que la reforma del art. 82.2 LOPJ por la Ley Orgánica 1/2009 tuvo por objeto «reducir el tiempo de respuesta en la segunda instancia en conflictos que, por tratarse de asuntos que no revisten especial complejidad, no precisan ser resueltos por un órgano colegiado»²⁴ y, según se dice en él, esa voluntad (buscada a través de la apelación ante un solo magistrado) sería contradictoria con que luego el asunto se pueda someter a otro órgano colegiado (el Tribunal Supremo) mediante el recurso de casación.

²⁴ ATS1ª de 26 de febrero de 2013, FD 2, punto 5 II, con mención del Preámbulo de Ley Orgánica 1/2009, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

El argumento anterior no es más que un mero juicio de intenciones –de las intenciones del legislador— pero sin caer en la cuenta que el objeto de la reforma era otro, a saber, agilizar la tramitación de la segunda instancia de los juicios verbales por razón de la cuantía y no la de la casación. Por ello, el Auto nos devuelve, de manera circular, a uno de los argumentos anteriormente analizados (que la ley no quiere someter a control de casación las sentencias dictadas por tribunales unipersonales), por lo que nos remitimos a lo entonces dicho; insistiendo en que la única voluntad que se exterioriza de la ley es que haya casación, tan solo, contra sentencias de las Audiencias Provinciales en segunda instancia, sin atisbo de manifestación del legislador sobre las consecuencias de que el tribunal de segunda instancia se constituya con uno o con varios magistrados. Difícilmente podría haber tenido la Ley Orgánica 1/2009 (donde se reformó el art. 82.2 LOPJ) ese propósito cuando en 2009, conforme lo dispuesto por el Acuerdo no Jurisdiccional de 12 de diciembre de 2000, nunca cabría recurso de casación en asuntos de cuantía inferior a la prevista en el art. 477.2.2º LEC.

3. LAS RAZONES REALES PARA VEDAR EL ACCESO A CASACIÓN A LAS SENTENCIAS DE SEGUNDA INSTANCIA DICTADAS EN JUICIOS VERBALES POR RAZÓN DE LA CUANTÍA: CONCLUSIÓN Y VALORACIÓN CRÍTICA

La debilidad de los anteriores argumentos nos permite alumbrar las razones reales del Tribunal Supremo para inadmitir el recurso de casación en este tipo de asuntos. Para ello partiremos de lo resuelto en algunos Autos de inadmisión del recurso de casación más recientes.

Es el caso, p. ej., del ATS1ª de 11 de marzo de 2020 (Rec. 373/2019) –con idéntico ponente al que ha ocupado el grueso de la presente reflexión—. En este Auto se desestima un recurso de queja contra el que la Audiencia Provincial de Madrid había acordado tener por no interpuestos sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación contra una sentencia recaída en juicio verbal sobre reclamación de cantidad inferior a 6.000 €. Lo significativo del caso es que la sentencia recurrida fue dictada por una Audiencia Provincial *constituida por tres magistrados*, y no por uno, como hubiera correspondido de acuerdo con el art. 82.2.1º, II LOPJ. Idéntica circunstancia se produce en el caso del ATS1ª de 16 de septiembre de 2020 (Rec. 2069/2018), en el que se inadmite un recurso de casación contra una sentencia de la Audiencia Provincial en un juicio verbal por razón de la cuantía; también en este caso la sentencia fue dictada por una sección al completo, y no por un solo magistrado.

En estos dos Autos –en la línea de otros no citados— se inadmite el recurso de casación haciendo irrelevante el hecho de que, en los dos, la Audiencia Provincial se constituyó colegiadamente y no por un único magistrado²⁵, y en eso se pone de relieve la debilidad de los razonamientos de la propia Sala en el Auto de 26 de febrero de 2013.

²⁵ El ATS1ª de 16 de septiembre de 2020 argumenta así: «la sentencia fue dictada en un juicio verbal con tramitación ordenada por razón de la cuantía (art. 250.2 LEC) que debió dictarse por la audiencia provincial constituida por un único magistrado, en virtud del artículo 82.2. 1º II LOPJ, sin actuar como órgano colegiado, de conformidad con las razones que esta sala ha expuesto en numerosos autos».

Si lo relevante en aquel para inadmitir la casación es que la sentencia se dictó por un solo magistrado, coherentemente se debería haber entendido recurrible la sentencia que fue dictada, aun incorrectamente, por los tres que integran la Sección. *Item* más: si, de acuerdo con el ATS1ª de 26 de febrero de 2013, el tribunal integrado por un solo magistrado de la Audiencia Provincial es diferente de la Audiencia Provincial (pues, como se ha detallado antes, la Audiencia Provincial es un órgano colegiado en todo caso –según el razonamiento que hemos criticado), lo razonable hubiera sido que Sala de lo civil del Tribunal Supremo, en uso de los poderes de oficio que le otorga el art. 227.2 LEC, hubiera declarado la nulidad de lo actuado en segunda instancia por falta de competencia funcional del tribunal que decidió la segunda instancia, devolviendo las actuaciones a la Audiencia para que decidiera el magistrado que correspondiera.

Debe tenerse en cuenta que lo decidido en estos dos Autos es conforme con el Acuerdo Plenario de 27 de enero de 2017, que, para ser precisos, justifica la irrecurribilidad en (o, si se prefiere, la improcedencia del recurso de) casación en los casos de sentencias dictadas «o que debieron dictarse» –queremos remarcarlo— por un único magistrado, «por no actuar la Audiencia Provincial en tales casos como órgano colegiado». Estos dos Autos, pasados por el tamiz del Acuerdo de 27 de enero de 2017, nos muestran la auténtica razón justificativa del criterio adoptado por la Sala primera; y este criterio no es otro que no se quiere –por la Sala— dar acceso a casación a los asuntos resueltos en juicios verbales por razón de la cuantía, con independencia de que sus segundas instancias hayan sido resueltas por un órgano unipersonal o colegiado. Esa es la realidad, tan presente en muchos de los criterios de inadmisión del recurso de casación y por infracción procesal, plasmados en centenares de autos dictados en estos veinte años de vigencia de la LEC, así como en los diferentes Acuerdos de Pleno no jurisdiccional con los que se ha querido dar a conocer los criterios de la Sala primera sobre los dos recursos extraordinarios.

No es nuestra intención debatir sobre las intenciones del Alto tribunal. La preocupación por cómo incide la tasa de entrada de recursos en el normal desenvolvimiento de las funciones casacionales es compartida por todos. Partiendo de esa realidad, la opción de la Sala de entender no recurribles las sentencias de segunda instancia en juicios verbales por razón de la cuantía es más ventajosa que otras, en aras de atemperar la carga de trabajo del Tribunal Supremo, pues supone un criterio automático de inadmisibilidad que, de no existir, obligaría al Alto tribunal a examinar en cada caso si había o no interés casacional, tarea ordinariamente más compleja.

No es ese, sin embargo, el lugar donde se debe centrar este debate. La cuestión no es si es conveniente que determinados asuntos tengan acceso al recurso de casación civil, sino si la decisión de inadmisión cuenta, en el caso estudiado, con el soporte de la ley; pues creemos que la ley debe ser el límite inquebrantable de los jueces y tribunales a la hora de administrar justicia, tal como nos recuerda el art. 117.1 CE, salvo que queramos convertir a los jueces y tribunales también en legisladores. Debe reconocerse, con todo, que nos movemos en un terreno de gran complejidad, pues, en efecto, la jurisprudencia constitucional ampara el refuerzo de los poderes de los tribunales a la hora de ejercer el control de acceso a los recursos extraordinarios. El canon de motivación para inadmitir un recurso es menos exigente, según la doctrina constitucional, que el exigido para acceder a la jurisdicción. Como dice la STC 37/1995,

de 7 de febrero, FJ 5, resolución de referencia sobre la materia, el principio *pro actione* «no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, que en las sucesivas, conseguida que fue una primera respuesta judicial a la pretensión cuya es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial, sin importar que sea única o múltiple, según regulen las normas procesales el sistema de recursos». Por ello, «[e]s distinto el enjuiciamiento que puedan recibir las normas obstaculizadoras o impeditivas del acceso a la jurisdicción o aquellas otras que limitan la admisibilidad de un recurso extraordinario contra una Sentencia anterior dictada en un proceso celebrado con todas las garantías».

En aplicación de esta doctrina, la Sala primera del Tribunal Supremo entiende que la interpretación de las normas rectoras del acceso a la casación no tiene que ser necesariamente la más favorable al recurrente [ATS1ª de 14 de octubre de 2008 (Rec. 1023/2006, junto con otros muchos²⁶)]. Esta doctrina ha sido avalada por el Tribunal Constitucional, quien no ha querido entrar en el control de los presupuestos de admisibilidad del recurso de casación civil —que considera materia de legalidad ordinaria—, e incluso por el TEDH (SSTEDH de 19 diciembre 1997, asunto *Brualla Gómez de la Torre c. España*; y de 25 enero 2005, asunto *Puchol Oliver c. España*). De acuerdo con su doctrina, el canon de control de admisibilidad en un recurso extraordinario como el de casación puede ser más exigente y rigorista que el de un recurso ordinario y, por supuesto, que el del acceso a la jurisdicción, de ahí que el principio *pro actione* no juegue con la misma intensidad: «Este recurso con fundamento en motivos tasados, *numerus clausus*, que solo permite revisar la interpretación del Derecho, dejando intocados los hechos que dieron por ciertos los Jueces de la instancia, está clasificado entre los extraordinarios y, en consecuencia, su admisibilidad queda sometida no solo a los requisitos meramente extrínsecos -tiempo y forma- y a los presupuestos comunes exigibles para el ordinario de apelación, sino a otros intrínsecos, sustantivos, relacionados con el contenido y viabilidad de la pretensión, cuyo régimen es más severo por su propia naturaleza» (STC 37/1995, de 3 de febrero, FJ 5). «La manera en la que se aplica el art. 6.1 del Convenio a este recurso extraordinario puede depender de particularidades derivadas de la apreciación de conjunto del proceso tramitado y del papel que desempeñe el tribunal de casación, pudiendo las condiciones de admisión de un recurso de casación ser más rigurosas que las propias de un recurso que haya de resolverse en grado de apelación» (STC 179/2015, de 7 de septiembre).

Amparándose en las razones anteriores, la Sala segunda del Tribunal Constitucional inadmitió un recurso de amparo contra un Auto del Tribunal Supremo que había entendido no recurrible en casación civil la sentencia de la Audiencia Provincial constituida por un único magistrado, al amparo del art. 82.2.1, II LOPJ. Se trata del ATC 300/2014, que reduce la queja de amparo a una mera discrepancia con la interpretación de la legalidad ordinaria por parte del Tribunal Supremo y apuntala el razonamiento afirmando que «la disconformidad con la motivación en la interpretación de la legalidad no da lugar al amparo constitucional, si tal interpretación no incide en perjuicio de un derecho fundamental (STC 26/1990, de 19 de febrero, FJ 8)»: sin duda así es, aunque el Tribunal Constitucional no haya caído en la cuenta de que la decisión

²⁶ AATS1ª de 19 de septiembre de 2013 (Rec. 3100/2012), 3 de febrero de 2016 (Rec. 1069/2015) o 31 de enero de 2018 (Rec. 2455/2015).

sí perjudica, en el caso, un derecho fundamental; el derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, del art. 24.1 CE.

En definitiva, decisiones como la del ATS1^a de 26 de febrero de 2013 han encontrado el amparo del Tribunal Constitucional. Sin embargo, no está de más recordar el terreno deslizante en el que se mueven este tipo de decisiones jurisdiccionales y la tenue línea que separa la interpretación razonable de las normas, en lugares donde existe cierto margen de interpretación discrecional, con la arbitrariedad. Pues no hay mejor ejemplo de arbitrariedad que amparar una decisión en hacer decir a la ley lo que la ley no dice. Ahí sí que hay margen de control, en cuanto al acceso a los recursos extraordinarios, por parte del Tribunal Constitucional (STC 130/2012, de 18 de junio, FJ 2). Así nos lo acaba de recordar también el TEDH (Sentencia de 26 de mayo de 2020, *asunto Gil Sanjuan v. España*), que entiende vulnerado el art. 6.1 del CEDH por la decisión del Tribunal Supremo de no admitir un recurso de casación contencioso-administrativo. Para el TEDH, la decisión de inadmisión «supuso un formalismo excesivo que implicó una aplicación no razonable y particularmente estricta de formalidades procesales que restringen injustificadamente» el acceso al recurso y al Tribunal.

Una decisión –la declarada contraria al CEDH— que, no se olvide, fue también avalada por el Tribunal Constitucional en su STC 53/2015, de 16 de marzo: en relación con una decisión que, por su creatividad, presenta no pocos paralelismos, *servata distantia*, con lo decidido en el ATC 300/2014.

EL TRATAMIENTO DE LA LEGITIMACIÓN EN SEDE DE RECURSOS EXTRAORDINARIOS CIVILES: SOBRE LA (CASI) IMPOSIBLE INFRACCIÓN DEL ART. 10 LEC¹

Bárbara SÁNCHEZ LÓPEZ
Profesora Contratada Doctora Interina de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid
ORCID 0000-0002-8530-1907
basanche@ucm.es

SUMARIO: 1. LA ACTUALIDAD DEL TRATAMIENTO DE LA LEGITIMACIÓN EN SEDE DE RECURSOS EXTRAORDINARIOS CIVILES: ENTRE LA INDETERMINACIÓN Y LA INSEGURIDAD JURISPRUDENCIAL. 2. UN NUEVO MARCO NORMATIVO PARA UNA NUEVA IMPOSTACIÓN PROCESAL: «PARTE PROCESAL LEGÍTIMA» Y «LEGITIMACIÓN». 2.1. Los problemas ¿bizantinos? de la legitimación: su distinción con problemas de capacidad jurídica y la necesidad de reactualizar esta noción. 2.2. La legitimación y las teorizaciones sobre el derecho de acción. 3. LA «LEGITIMACIÓN PROCESAL» Y LA «LEGITIMACIÓN MATERIAL» EN LA LEC. NOCIONES ¿CORRELATIVAS? A LAS REGLAS DE LEGITIMACIÓN Y A LAS SITUACIONES LEGITIMANTES. 4. EL ART. 10 LEC Y LA LEGITIMACIÓN *IN STATU ASSERTATIONIS*. 5. LA FALTA DE LEGITIMACIÓN PROCESAL *IN STATU MANIFESTATIONIS*. 6. EL ART. 757 LEC COMO REGLA ESPECIAL DE LEGITIMACIÓN. 7. EPÍLOGO.

RESUMEN: El presente trabajo cuestiona el vacilante tratamiento que se está dispensando, en sede de recursos extraordinarios civiles, a la legitimación de las partes en el proceso civil. La confusión que se ha predicado en el pasado de este concepto no justifica que, a estas alturas de desarrollo doctrinal, la Sala 1.^a del Tribunal Supremo siga sin afrontar decididamente qué debe entenderse por legitimación en el proceso civil, en qué tipo de recurso extraordinario deben incardinarse los problemas que con ese nombre se plantean, y cuál/es haya/n de ser el o los posibles motivos para denunciar su infracción. A estas cuestiones se trata de dar respuesta en el presente trabajo, con vistas a ofrecer pautas claras y sencillas que mejoren la indeterminación en la que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha situado el análisis de la legitimación en el proceso civil con el falaz pretexto de tratarse de «una cuestión que no ha quedado resuelta definitivamente por vía legislativa».

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “Tutela judicial no contenciosa en materia de personas mayores y menores de edad. Nuevos retos y propuestas de solución”, de referencia Ref. DER 2017-86838-P, dirigido por el Prof. Dr. D. JULIO BANACLOCHE PALAO y financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

1. LA ACTUALIDAD DEL TRATAMIENTO DE LA LEGITIMACIÓN EN SEDE DE RECURSOS EXTRAORDINARIOS CIVILES: ENTRE LA INDETERMINACIÓN Y LA INSEGURIDAD JURISPRUDENCIAL

§. La celebración del presente *Congreso Internacional sobre el recurso de casación civil: fase de admisión*, por cuya esmerada organización telemática quiero felicitar a los apreciados colegas de la Universidad de Navarra, constituye una excelente ocasión para revisar el tratamiento *vacilante* y aun *caprichoso* que la más reciente jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo (TS, en adelante) está dispensando a la noción de legitimación en el proceso civil.

Los calificativos con los que abro estas líneas no son aleatorios ni fruto de la frivolidad; obedecen, más bien, a la ligereza con la que la Sala 1.^a TS ha decidido, desde la STS (Sala 1.^a) núm. 401/2015 de 14 de julio, reiterada en varias ocasiones posteriores², despachar los problemas de naturaleza jurídica de un concepto de tanta importancia en el Derecho procesal civil y que, además, no es unívoco, como es la legitimación. Para situar al lector frente al problema al que me refiero, reproduciré las palabras de la reciente STS 117/2020 de 19 de febrero (ECLI: ES:TS:2020:499) que ilustra la decisión de nuestra Sala 1.^a del TS de perseverar en el error de generar más confusión sobre este concepto y el tratamiento procesal que deba dispensársele en sede de recursos extraordinarios, al insistir en consagrar que *«las cuestiones que a ella se refieren puedan suscitarse bien por vía del recurso por infracción procesal, o bien por la vía del de casación, a los efectos de prestar, en definitiva, la mayor tutela judicial ante una cuestión que no ha quedado resuelta definitivamente por vía legislativa»*³. Al

² Vid. las SSTS (siempre de la Sala 1.^a) núm. 730/2013 de 21 de noviembre (ECLI: ES:TS:2013:5634); núm. 401/2015 de 14 de julio (ECLI: ES:TS:2015:3804); la núm. 37/2019, de 21 de enero (ECLI: ES:TS:2019:127); y la núm. 117/2019 de 19 de febrero (ECLI: ES:TS:2020:499). No incluyo en esta relación la STS de 11 noviembre de 2011 (rec. núm. 905/2009) que se suele citar como precursora de esta tendencia, porque en ella no se afirma ni se insinúa que resulte indiferente uno u otro recurso extraordinario para alegar la infracción del art. 10 LEC. El recurrente formuló recurso extraordinario por infracción procesal con denuncia —entre otros— de infracción de la norma reguladora de la sentencia consistente en «falta de congruencia de la sentencia recurrida e infracción del art. 10 LEC por falta de legitimación *ad processum*», pese a que con este motivo lo que se pretendía cuestionar no era la indebida atribución de la «condición de parte legítima», que es de lo que se ocupa el art. 10 LEC, sino forzar un examen de fondo sobre la valoración de los hechos a los fines de que se desestimara la acción ejercitada por uno de los actores que no resultó aludido *nominatim* en el reportaje litigioso que se reputaba lesivo del derecho al honor. El TS perdió la oportunidad de decir abiertamente que no hay infracción alguna del art. 10 LEC cuando el demandante se presenta como ofendido por las publicaciones que reputa lesivas del derecho al honor y de las que hace responsables a los demandados; en su lugar, enderezó la queja hacia la disconformidad del recurrente con la valoración probatoria realizada por la Audiencia Provincial, y la alejó de la denunciada incongruencia, dejando dicho —correctísimamente— que la valoración probatoria no está correctamente encauzada a través del ordinal 2 del art. 469.1 LEC.

³ Para no hurtar a mis colegas los datos del caso planteado diré que el recurrente, al amparo del art 469.1.4º de la LEC, impugnó la sentencia por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución y la infracción del art. 10 de la LEC, en razón a que también en segunda instancia se había dictado sentencia desestimatoria de la demanda a causa de una apreciada «falta de legitimación activa», y se pedía la retroacción de actuaciones al momento de ser dictada, para que le fuera reconocida la legitimación activa y se entrara a juzgar el fondo de la litis. En estos términos —digo yo— hubiera bastado con el TS hubiera negado la infracción del art. 10 LEC y del art. 24 CE habida cuenta del agotamiento del derecho del recurrente al inicio, al desarrollo y a la finalización del proceso en el que se le ha reconocido la condición de parte

decir de la STS 37/2019, de 21 de enero, este «*planteamiento alternativo [es] admisible porque, según la doctrina de esta sala, “los límites de la naturaleza de esta excepción, procesal o material, no resultan claros”*» (los corchetes son míos).

§. Este trabajo pone el foco en este tratamiento *impreciso e inseguro* de la legitimación en la reciente jurisprudencia del TS, que si bien, de un lado, merece el elogio de no cercenar a los justiciables la vía de los recursos extraordinarios por un error en la elección del recurso procedente, es, de otro lado, acreedora —a mi juicio— de esta triple censura:

- i) la de propagar la dañina idea de que la legitimación, considerada desde la perspectiva del Derecho procesal, es una noción incierta e inestable, en lugar de acometer un análisis jurídico propio, pegado a la interpretación de las normas jurídicas, que aporte claridad y precisión —con todos los matices que procedan— a esta noción tan necesaria para el proceso civil;
- ii) la de no estar a la altura del cada vez más pacífico entendimiento de la legitimación en el estado actual de la doctrina científico-procesal y de la interpretación que debe dispensarse al art. 10 LEC; y
- iii) sobre todo, la de no haber advertido la función o virtualidad del art. 10.I LEC como norma de tratamiento procesal o regla de legitimación consistente en atribuir la condición procesal de «*parte procesal legítima*» a los sujetos que comparezcan y actúen, no porque *sean* los «titulares de la relación jurídica u objeto litigioso», sino —en la mayor parte de los casos— porque se presenten *como tales*, con la consecuente imposibilidad casi ontológica —salvo contadas excepciones— de que, una vez atribuida la condición de parte legítima *in statu assertationis*, quepa achacar a la sentencia de fondo una verdadera y propia infracción del art. 10 LEC que no esté fundada, en realidad, en lo que pertenece al juicio fáctico y/o jurídico de la posición jurídico-material legitimante que ocupa el litigante en relación con la tutela concreta a la que aspira.

procesal legítima; otra cosa es que no tenga derecho a la tutela concreta a la que aspira porque no es acreedor o porque no existe a su favor el derecho que ha presentado como existente. Pero erró el TS en incurrir en teorizaciones que le son ajenas para afirmar que en el caso planteado la alegada «*falta de legitimación activa debe resolverse con carácter preliminar a la decisión sobre la cuestión de fondo*»; es una notoria contradicción afirmar esto, sosteniendo que la cuestión debatida tiene «*naturaleza procesal*» y, seguidamente, establecer que «*en los términos en que ha sido planteada, exige entrar en el necesario análisis de las condiciones contractuales pactadas*», zambulléndose a continuación, a lo largo de varias páginas, en el estudio fáctico y jurídico de una compleja estructura de relaciones cruzadas de financiación y de sponsor entre las partes. Este análisis, sin duda, lo agradecerán los civilistas y mercantilistas, porque sirve para conocer más y mejor este tipo de contrato (aspecto del todo sustantivo), pero es inane desde el punto de vista del art. 10 LEC.

§. Como de lo que se trata, en suma, es de intentar contribuir a un poco de claridad, no quiero empezar sin recordar las palabras con las que el prof. MONTERO AROCA cerró su segundo gran estudio monográfico sobre la legitimación en el proceso civil, el del año 2007, dedicado a aclarar un concepto que le resultaba más oscuro cuanto más leía sobre él; decía este maestro que, en la actualidad, al escribirse sobre la legitimación, «no puede prescindirse de que la nueva LEC sí utiliza la palabra y sí asume el concepto, por lo que ahora, siempre a la búsqueda de la claridad, debe necesariamente partirse de la regulación legal y debe centrarse el esfuerzo en su interpretación»⁴.

§. Pues bien, hagamos este esfuerzo. Retengamos, como punto de partida, el enunciado del art. 10 LEC, que, con el título *Condición de parte procesal legítima*, enuncia la regla general de que «serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso./ Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular», con la advertencia de que la aplicación de esta regla vale lo mismo para el sujeto activo que para el sujeto pasivo (con el matiz de que, en este último caso, el art. 5.2 LEC también constituye una regla de legitimación); y retengamos también que, junto a esta disposición general, existen en la LEC y en leyes especiales normas particulares que atribuyen la legitimación a un círculo cerrado de sujetos, como, paradigmáticamente, el vigente art. 757 LEC, para «promover» la declaración de incapacidad.

2. UN NUEVO MARCO NORMATIVO PARA UNA NUEVA IMPOSTACIÓN PROCESAL: «PARTE PROCESAL LEGÍTIMA» Y «LEGITIMACIÓN»

2.1. Los problemas ¿bizantinos? de la legitimación: su distinción con problemas de capacidad jurídica y la necesidad de reactualizar esta noción

§. La primera confusión anudada a la noción de legitimación apunta a los que PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ calificó como «problemas bizantinos»⁵, consistente en acumular en torno a la legitimación todo tipo aspectos relativos a los sujetos del proceso, como la capacidad y la representación, que obedece al acarreo histórico del término *legitimatio* y los variados usos que se le dieron (*legitimatio ad praxim*, *legitimatio ad personam* y *legitimatio ad processum*) desde el Medievo hasta el fatigoso alumbramiento de la moderna ciencia procesal, que aportó nuevas teorizaciones, como la legitimación *ad causam*⁶, siempre formuladas para servir a la necesidad de distinguir

⁴ MONTERO AROCA, J., *De la legitimación en el proceso civil*, Barcelona, 2007, p. 551.

⁵ PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., “Discurso a una promoción de licenciados”, en *Temas de Derecho actual y su práctica*, Salamanca, 1979, p. 9.

⁶ Sobre la aparición del término «legitimación» sus distintos significados, me remito, por todos, a GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal civil*, I, 4ª ed., Madrid, 1955, pp. 137-139; MONTERO AROCA, J., *La legitimación en el proceso civil (Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Madrid, 1994, pp. 29-31, y *De la legitimación en el proceso civil*, cit., pp. 26 y ss.; y SÁNCHEZ LÓPEZ, B., *La sustitución procesal: análisis crítico*, tesis doctoral inédita dir. por De la Oliva Santos, A., y Gascón

el plano de las cuestiones que conviene resolver preliminarmente, de aquellas otras cuestiones ligadas al enjuiciamiento fáctico y jurídico que corresponde analizar en la sentencia de fondo⁷.

§. El antiguo art. 533 de la LEC de 1881 y el peculiar régimen de las excepciones dilatorias en función del procedimiento aplicable no ponían fácil evitar que cuestiones de fondo, como el hecho —su acreditación— de una cesión del derecho subjetivo a tutelar, recibieran un tratamiento procesal preliminar que, en cambio, debía quedar reservado a cuestiones atinentes a la capacidad y a la representación de las partes. Hoy en día este problema suele entenderse superado en nuestra LEC sobre la base que proporcionan los arts. 6, 7 y 10 LEC; pero no puede darse por totalmente zanjado, porque también ha evolucionado el régimen jurídico-sustantivo de aspectos muy importantes atinentes a la capacidad y a la representación de las partes que se siguen reconduciendo a la legitimación, empleado ahora este término al modo en que se formula en la teoría general del Derecho privado, como facultad para ejercer un derecho o realizar un acto *eficazmente*, y, en un sentido menos amplio, con el resabio medieval de la legitimación *ad processum*.

§. Aquí hago la advertencia de que el análisis jurídico sobre una determinada figura depende de la construcción empleada para explicarla. Así se entenderá que, a pesar de la regulación aparentemente acabada que contiene la LEC en materia de capacidad y representación y del arrinconamiento de la noción de la legitimación *ad processum*, la secular confusión entre legitimación, capacidad y representación se está viendo actualizada cada vez que la Sala 1.^a TS —y, antes, el propio TC en su STC 311/2000 de 18 de diciembre— se plantea la llamada «legitimación del tutor» para aludir a la situación legitimante o posición jurídico-material en que se encuentra el tutor para ejercitar heteroeficazmente los derechos de la persona en situación de discapacidad. La STS (Pleno Sala 1.^a) núm. 625/2011, de 21 de septiembre (rec. núm. 1491/2008), aborda el análisis de esta «legitimación del tutor» en el marco del recurso de casación que —a

Inchausti, F., Universidad Complutense de Madrid, 2016 [v.e. disponible en <https://eprints.ucm.es/43247/>].

⁷ No me resisto a señalar que el antecedente más inmediato de nuestro actual art. 10 LEC se encuentra en el art. 6 del proyecto elaborado por los profesores españoles de Derecho procesal en 1972 bajo la coordinación de PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, publicado en la obra colectiva PROFESORES DE DERECHO PROCESAL, *Corrección y actualización de la L.E.C.*, Madrid, 1972, t. I, p. 180. Con un tenor parecido al actual artículo 10 LEC, el artículo 6 del proyecto profesoral, disponía, bajo la rúbrica de «Legitimación», que: «I. Serán consideradas partes legítimas en juicio, a todos los efectos, quienes comparezcan y actúen en calidad de titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. II. Se exceptúan los casos en que por Ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular. III. Asimismo, cualquier comunero será parte legítima para ejercitar los derechos que correspondan a la comunidad y en beneficio de la misma». En la exposición que precedía al proyecto profesoral de 1972 se significaba que el mencionado artículo 6 supondría «un precepto nuevo acerca de la legitimación (con empleo de este concepto), usando la inspiración que proporcionan diversas disposiciones de la LEC vigente, de otras leyes y normas del ordenamiento jurídico español y de la doctrina jurisprudencial y científica, que han otorgado carta de naturaleza a dicho instituto» (PROFESORES DE DERECHO PROCESAL, *Corrección y actualización de la L.E.C.*, cit., p. 39). Este enfoque ya entonces mereció la crítica positiva del prof. PRIETO-CASTRO, para quien la finalidad del proyecto en este punto era tratar de forma diferenciada la capacidad para ser parte, la capacidad procesal, la legitimación, y la representación, «terminando con ciertos problemas que tenían un carácter más bizantino que otra cosa» (v. nota 5).

mi modesto entender— da razón a la distinción —a la que después me referiré— entre «legitimación material», como concepto alusivo a la *posición legitimante* del sujeto que actúa en el proceso y que viene determinada por el ordenamiento sustantivo, y «legitimación procesal» o condición de «parte procesal legítima», como *situación legitimada* que se cumple en los propios términos en que pide la LEC, esto es, normalmente *in statu assertionis* y, de forma excepcional —como sucede precisamente en los procesos y expedientes relativos a la capacidad de las personas—, en términos de acreditación o *semi probatio*, como presupuesto que puede llegar a condicionar incluso el derecho al proceso, al igual que sucede en el tratamiento procesal que dispensamos a la representación legal en el proceso.

§. Pues bien, no puede decirse que el enfoque de la STS (Pleno Sala 1.^a) 625/2011 sea un enfoque incorrecto. Recordemos que, tras el precedente de la STC 311/2000, de 18 de diciembre, el caso de la STS 625/2011 planteó ante el TS un recurso de casación interpuesto por el esposo demandado contra la sentencia de apelación que estimó el recurso y, con él, la demanda de divorcio presentada por sus todavía suegros en condición de tutores de su hija —la de los tutores, esposa del demandado— que se encontraba en situación de coma profundo. Debe observarse que puesto que el ordenamiento privado regula sustantivamente —en el Código Civil, aunque el lugar elegido es accidental y no *esencial*— la representación legal de tutores y curadores, así como las causas de disolución del matrimonio, está —en mi opinión— bien canalizada a través del recurso de casación la infracción de las normas sustantivas que regulan aquellos aspectos que definen y precisan una determinada relación o situación jurídica y el conjunto de facultades, cargas y obligaciones que corresponde a los sujetos que la protagonizan.

§. Desde el plano del Derecho procesal, el problema radica en admitir la actuación heteroeficaz del representante en supuestos tales de interposición total y sustitución de la voluntad del representado; pero si se ha llegado hasta el TS, es que la condición de «parte procesal legítima» se ha ostentado y toda posible discusión sobre la heteroeficacia de su actuación podrá denunciarse como infracción procesal de la regla de capacidad del art. 7.2 LEC, por aplicación indebida, que deberá hacer valer la contraparte al amparo del art. 469.1.3º LEC. Si el problema es, en cambio, que se ha archivado el proceso con base en la aplicación del art. 7.2 LEC, el régimen de recursos contra el auto de archivo se agota en la apelación, porque, como es conocido, en el régimen transitorio de la Disposición Final 16ª LEC, los autos no constituyen resoluciones susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el art. 477 LEC.

§. Así las cosas, la hipótesis en que cabría imaginar que ahora, en el estado actual de la legislación, se planteara ante el TS un recurso extraordinario por infracción procesal del art. 7.2 LEC comprende los frecuentes casos en que, en la sentencia de apelación, el tribunal deja de entrar en el fondo del asunto a pretexto de que el tutor no puede representar heteroeficazmente a la persona discapacitada en el caso planteado; pero, en este supuesto, lo que está en cuestión en esa sentencia no es “solo” un problema de capacidad procesal por infracción del art. 7.2 LEC (que también), sino, antes y sobre todo, un problema jurídico-sustantivo sobre el estatuto jurídico de la persona física y la posición jurídica del curador reconducible a una infracción de ley propia del recurso de

casación, pues la representación —legal, en este caso— es una institución, fundamentalmente, de carácter sustantivo⁸. Por eso y como apuntaba, no me parece desacertado tratar esta materia en sede de recurso de casación. Y al revés: la reciente STS (Pleno) núm. 469/2020 de 16 de octubre (ECLI: ES:TS:2020:2933) ha analizado muy correctamente la alegada infracción del derecho a una resolución de fondo del art. 24 CE que el recurrente denunció al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, por infracción del art. 6.1.3.º de la LEC o, subsidiariamente, del art. 6.1.5.º de la LEC en relación con el art. 6.2 de la LEC, al haber apreciado la sentencia impugnada que la demandante carecía de capacidad para ser parte en su condición de comunidad de bienes y, por este motivo, revocaba la sentencia sin entrar en el fondo del asunto. El TS, en cambio, estima el recurso y deja una interesante novedad —*contra legem*, por infracción del art. 6.2 LEC, hay que añadir⁹— sobre la subjetividad jurídica de las comunidades de bienes llamadas «dinámicas» o «empresariales», que desarrollan una actividad mercantil —en el caso, la explotación en común de «huertos solares»—, y actúan en el tráfico como centro de imputación de derechos y obligaciones, lo que, en suma, las hace acreedoras de la consideración de sociedad mercantil colectiva¹⁰. Y como quiera que la infracción procesal consistente en negar subjetividad a la demanda había dejado imprejuizado su pretendido derecho de cobro en sede de apelación, es correcto devolver las actuaciones para que se resuelvan el resto de las cuestiones planteadas en el recurso.

§. En este punto, llamo la atención de los procesalistas sobre la necesidad de reactualizar esta materia en lo que hace, por lo menos, a las personas físicas en situación

⁸ Como sustantiva es también la materia concursal, aunque la situación personal del concursado la vengamos tratando en el proceso como un problema de capacidad procesal que, sin embargo, remitimos en bloque a la Ley Concursal, que no contiene un régimen único de afectación de la esfera del deudor. La STS 570/2018, de 15 de octubre (ECLI: ES:TS:2018:3550) brinda un ejemplo de interpretación sistemática de los arts. 51 y 54 LC que fue suscitada y residenciada en sede de recurso de casación, a pesar del revoltijo de preceptos alegados como infringidos (la «infracción del art. 54.1 LC en relación con los arts. 76.1 y 145.1 del mismo texto legal; arts. 16, 17, 18, 410 y 413 LEC, art. 371 LSC, art. 5 LOPJ y art. 24.1 CE»).

⁹ Recuérdense que el art. 6.2 LEC confiere capacidad para ser parte pasiva, pero no activa, a «las entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado», como, paradigmáticamente, ha sido hasta ahora el caso de las uniones temporales de empresa y de las agrupaciones de interés económico. Poderosas razones que, sobre todo, tienen que ver con perseguir el doble objetivo de incentivar, de un lado, la creación de entes organizados, reglados y dotados de personalidad jurídica y para ser parte, y, de otro lado, proteger la confianza de quienes con ellos contratan, han conducido a esta la razonable norma del art. 6.2 que, ahora, el Pleno de la Sala 1.ª TS ha desdibujado por completo para atribuir *tout court* capacidad para ser parte —también y, sobre todo, la activa— y, con ello, renunciar al primero de los objetivos señalados. No hace falta decir que, aunque el problema está planteado en términos procesales, la batalla que se libra es la de la personalidad jurídica, al final y cabo, y que en esta materia nuestro Alto Tribunal ha decidido —bien que sin haber formado jurisprudencia todavía— enmendar la letra del art. 7.2 LEC por vía paralegislativa, por lo menos, en lo que se refiere a las sociedades mercantiles colectivas).

10 «Su carácter irregular, por la falta de inscripción registral, no impide que se le pueda reconocer cierta personalidad jurídica por la mera exteriorización de esta entidad en el tráfico, que constituye una publicidad de hecho. De tal forma que la entidad demandante, aunque no cumpla las exigencias legales para su inscripción en el Registro Mercantil, goza de cierto grado de personalidad jurídica para que se le pueda reconocer capacidad para ser parte activa, de acuerdo con el art. 6 LEC», remata la sentencia.

de discapacidad, para replantearla a la luz de las necesidades de adaptación del Derecho español al nuevo marco supranacional que proporciona la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad¹¹. Quiero apuntar que en la medida en que el legislador sustantivo ha de regular la nueva posición jurídica de la persona con discapacidad y la del curador o los auxiliares que le prestan apoyo, la infracción de las normas sustantivas deben, en principio, reconducirse al recurso de casación, puesto que se refieren al modo de ser de la persona —la libertad y la capacidad de autodeterminación— y a la relación jurídica que discurre entre los sujetos protagonistas y el ámbito de sus respectivos poderes y facultades. Esta normativa contempla —podríamos ya empezar a decir— el plano sustantivo de la figura del tutor, como cuestión distinta de los *apoyos procesales* de la parte en el proceso, que habrá que regular en consecuencia y de forma independiente de la *legitimación procesal*, que seguirá teniéndose *ex art. 10.I LEC* con tal que se invoque —o, excepcionalmente en casos determinados, se acredite— determinada condición o status de la persona en situación de discapacidad (que es quien ostenta el estatus de parte en el proceso).

2.2 La legitimación y las teorizaciones sobre el derecho de acción

§. El segundo (gran) problema que planea en torno a la mayor o menor confusión o claridad sobre el concepto de legitimación ha sido la influencia especialmente intensa de las teorías sobre el llamado «derecho de acción». Bajo este aspecto, mucho se ha escrito sobre si la legitimación debe tenerse por un presupuesto procesal, o por una cuestión de fondo, o por un elemento separable pero preliminar del fondo mismo.

§. Pues bien, centrado este trabajo en la incardinación de las infracciones relativas a la legitimación en el recurso extraordinario procedente, el mensaje que debería mandarse a jueces y magistrados —dicho sea sin arrogancia y con toda sencillez— es que su función no es elaborar estas teorizaciones, de las que tiene que ocuparse la academia. En sede de recursos extraordinarios, de lo que se trata es de interpretar y aplicar los cuatro motivos del recurso extraordinario por infracción procesal del art. 469.1 LEC y el motivo de casación del art. 477.1 LEC, sin hacer de ellos un mismo todo, que es lo que más desconcierta a los justiciables, máxime cuando se trata de recursos tan altamente exigentes y técnicos como los que nos ocupan y cuyo tecnicismo y formalidad no para de incrementar la propia Sala 1.^a TS.

§. Si de lo que se trata es de interpretar la LEC a la luz de las teorías del derecho de acción, he sostenido en otro lugar que es posible conciliar tanto la postura que ve en la legitimación uno de los elementos de la acción entendida ésta en sentido concreto, como con aquella otra que la concibe como un presupuesto del derecho a una resolución sobre el fondo y la hace consistir en *presentarse como* titulares activos o pasivos de la

¹¹ Esta Convención ha sido ratificada por España (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008) y, en la actualidad, se encuentra en tramitación el proyecto de ley 121/000027 de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOCG núm. 27 de 17 de julio), que —de forma harto sorprendente— no incluye la menor alusión a la materia de la capacidad para ser parte y a la capacidad procesal.

relación jurídica material (o no, si la ley lo permite)¹². Las respectivas teorías sobre la acción civil no son incompatibles entre sí, sino complementarias, porque operan en planos de abstracción distintos —el estático y el dinámico del Derecho, respectivamente— en los que encuentran su correspondiente sitio. Y en ambas posturas la legitimación presenta el valor común de constituir una noción distinta de, por un lado, las cuestiones de capacidad de la parte como cualidades genéricas del sujeto y, de otro lado, de la cuestión de la titularidad —y de su prueba— del derecho subjetivo material privado o interés equivalente a que se refiera el proceso civil. Es importante distinguir estos planos para no incurrir en los muy difusos errores metonímicos de aludir a la legitimación para referirse *indistintamente* a la titularidad del derecho mismo ya de obtener una sentencia favorable (= derecho de acción en sentido concreto), ya de obtener la sentencia de fondo con independencia de su signo (= derecho semiabstracto de acción o derecho al proceso); o ya, incluso, del propio derecho subjetivo privado o interés equivalente. El empleo no consciente de estas metonimias, en las que frecuentemente caemos por brevedad del lenguaje, no es solo el de constituir un *error lógico* consistente en tomar la parte por el todo, sino que constituye una de las causas que más contribuyen a la *confusión del concepto* de legitimación, por la razón de que este uso metonímico permite saltar de la perspectiva estática a la dinámica del Derecho, y viceversa, sin expresarlo abiertamente. Personalmente, cuando incurro en este error acostumbro a usar la legitimación como término homólogo de la titularidad del *derecho al proceso* o *derecho semiabstracto de acción*, en coherencia con el resultado que arrojan el art. 10.I LEC y la mayor parte de las reglas especiales de legitimación pensadas para ser aplicadas en el proceso civil; desde mi adscripción a la defensa del derecho de acción en sentido concreto, encuentro que el uso metonímico de la legitimación como equivalente a la titularidad del derecho acción en sentido concreto es particularmente erróneo por reduccionista y generador de duplicidades perturbadoras.

§. En el ámbito del Derecho privado, la formulación teórica sobre la acción que mejor retrata —a mi modo de ver— la subjetivización de la tutela que deben dispensar los tribunales a los justiciables es la que, desde una consideración estática del Derecho, le dota de un contenido concreto, porque el proceso civil no está concebido para ser solo instrumento por el que los tribunales puedan aplicar el Derecho objetivo material, sino que está fundamentalmente preordenado a satisfacer el derecho o el interés material equivalente de los que el justiciable cree estar asistido. En el marco de la acción en sentido concreto, la legitimación —llamémosla— *material* muestra su esencia de *subjetivizar* quién puede pedir y *obtener* una cierta tutela respecto de una determinada situación jurídica: no cualquier sujeto, sino el o los que precisamente se encuentran en una posición jurídicamente determinada que no consiste solo en declaraciones o manifestaciones jurídicas de los propios sujetos, pero tampoco se agota en la titularidad de un derecho material¹³. Y esta idea no es incompatible con considerar que, en un

¹² SÁNCHEZ LÓPEZ, B., *La sustitución procesal: análisis crítico*, cit., pp. 246 y ss.

¹³ En esto no hago sino seguir las enseñanzas de DE LA OLIVA SANTOS, como señalado defensor de la teoría concreta del derecho de acción civil, en, por todas, su *Curso de Derecho procesal civil I. Parte general*, 1.ª ed., Madrid, 2012, pp. 125-141 y, más ampliamente, en su *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional: la persona ante la administración de justicia*, Barcelona, 1980.

plano dinámico, la *iniciativa* y el *desarrollo regular* del proceso civil hasta la resolución de fondo dependen de otros requisitos fácticos y jurídicos diversos —normalmente, no preexistentes— de los que condicionan el derecho de acción en sentido concreto, por la sencilla razón —en feliz expresión de GÓMEZ ORBANEJA— de que «lo que condiciona la acción (...) no puede a la vez condicionar el proceso en que se conoce de ella»¹⁴. Desde esta otra perspectiva, la legitimación —llamémosla ahora— *procesal* cobra el valor, en palabras de DE LA OLIVA SANTOS, de «evitar que, sujetos ajenos al objeto del proceso, puedan intentar acciones temerarias en caso de los actores, y que sujetos se vean perjudicados, no como actores, sino como demandados, obligándolos a todos los dispendios y contrariedades de un proceso»¹⁵. Este otro aspecto es, también, uno de los problemas que se propone atajar la legitimación en el proceso civil, a la que conviene el calificativo de *procesal*, y cuya solución más satisfactoria hay que situar en el momento dinámico —y no en el estático— del Derecho o, dicho en otras palabras, en el «derecho al proceso», en cuyo contexto puede también abordarse la legitimación desde el estudio de las llamadas «posiciones legitimantes» y de las «reglas de legitimación» o criterios legales que atribuyen la legitimación procesal en función de la pretensión deducida en el proceso civil de declaración¹⁶.

§. En el fondo, puede comprenderse que la teoría concreta y la teoría semiabstracta del derecho de acción civil están diciendo lo mismo: (i) la legitimación material consiste, desde una perspectiva estática, en una posición legitimante para obtener concretas tutelas que hunde sus raíces en el Derecho sustantivo y, por ello y sin perjuicio de que puedan existir excepciones claras y precisas, su examen en el proceso civil concreto ha de efectuarse, como regla, en la sentencia de fondo (también —en mi opinión— cuando lo que se plantea es la correlación o consistencia jurídica de esa legitimación en cuanto alegada con la tutela concreta a la que aspira el sujeto en cuestión, como después se dirá); y (ii) solo excepcionalmente puede la legitimación condicionar el ejercicio del derecho al proceso, precisamente porque el reconocimiento de este derecho —con el contenido abstracto que se le atribuye y que se encuentra constitucionalizado en el art. 24.1 CE— debe servir para que el proceso se inicie y se desarrolle, y *no —patológicamente— para lo contrario*¹⁷: a tal fin es al que sirven las

¹⁴ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal civil*, I, *cit.*, p. 137.

¹⁵ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional...*, *cit.*, p. 20.

¹⁶ *Vid.*, por todos, ORTELLS RAMOS, M., “Capítulo 6. La legitimación”, en *Derecho procesal civil*, 17ª ed., 2018, pp. 119 y ss. y JUAN SÁNCHEZ, R., *La legitimación en el proceso civil. Los titulares del derecho de acción: fundamentos y reglas*, Cizur Menor, 2014, espec. pp. 91 y ss.

¹⁷ Avanzar un poco más en las teorías sobre la acción puede conducir al «diálogo de sordos» al que críticamente se ha referido MONTERO AROCA en diversas ocasiones para poner en valor el carácter *complementario* y *no antagónico* entre el derecho a una resolución de fondo que postulan los valedores de la teoría abstracta sobre la acción (y que —insisto— no se niega como tal derecho, puesto que es *instrumentalmente necesario* para aquel otro de carácter concreto) y el derecho a una resolución favorable que sostienen los defensores de la teoría concreta [*vid.*, por todos, MONTERO AROCA, J., y ORTELLS RAMOS, M., “La acción (un intento de aclaración conceptual)”, *loc. cit.*, p. 123].

Así, pudiera pensarse que cuando, desde una perspectiva abstracta del derecho de acción —como equivalente del derecho al proceso—, se hace consistir la legitimación en la *afirmación* de la titularidad de las posiciones legitimantes respecto de una pretensión concreta (por ejemplo, GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., “A vueltas con la legitimación:

reglas de legitimación de confección procesal más reciente, como, paradigmáticamente, el art. 10.I LEC o el art. 766 LEC.

3. LA «LEGITIMACIÓN PROCESAL» Y LA «LEGITIMACIÓN MATERIAL» EN LA LEC. NOCIONES ¿CORRELATIVAS? A LAS «REGLAS DE LEGITIMACIÓN» Y A LAS «SITUACIONES LEGITIMANTES»

§. Uno de los frutos fecundos de las distintas teorías sobre el derecho de acción que podemos tomar a beneficio de inventario a la hora de explicar el tratamiento que recibe la legitimación en la LEC es la distinción entre legitimación *material* y legitimación *procesal*, que no es original ni novedosa¹⁸ y que sirve para expresar —en palabras de RAMOS MÉNDEZ— «un determinado pensamiento de corte dualista respecto de las relaciones entre derecho y proceso»¹⁹. No entro ahora en la cuestión de si esta distinción —de corte funcional— tiene o no paralelismo con la añeja diferenciación entre la «*legitimatío ad processum*» y la «*legitimatío ad causam*»²⁰; lo que quiero

en busca de una construcción estable”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 54, 1999, II, p. 228, nota 42; o MONTERO AROCA, J., *De la legitimación en el proceso civil*, cit., pp. 152-153 y 489) en el fondo se está empleando un *circunloquio* que —por exigencias de coherencia lógica con el propio postulado abstracto de ese derecho de acción— evita la aceptación del paso ulterior que consistiría en admitir la existencia de un contenido concreto en el derecho de acción. Aun desde la teoría concreta del derecho de acción no hay obstáculos para situar esa “legitimación” —*la afirmada* o, mejor, la *manifestada*— entre las condiciones de ese derecho de acción abstracto o de ese derecho al proceso; esta lectura de la legitimación *in statu manifestationis* no solo cabe —como se decía más arriba— en el texto del párrafo primero del artículo 10 LEC, sino que termina por dar sentido a la ulterior existencia de un derecho de contenido concreto. Y, a la inversa, también podría pensarse que, desde la consideración concreta del derecho de acción, es otro *circunloquio* el relacionar la legitimación con la acción *en cuanto afirmada*. Mas éste —el derecho afirmado de acción— no es la acción —así, en singular— en sentido concreto, ni en él la legitimación son meras *manifestationes* o *assertationes*.

Sobre la interrelación entre legitimación y las teorías abstracta y concreta sobre la acción, *vid.*, por todos, G. MONTELEONE (Profili sostanziale e processuali dell’azione surrogatoria, *cit.*, pp. 210 y ss.

¹⁸ El empleo de los términos entre legitimación procesal y legitimación material viene de lejos. Cfr. ALLORIO, E., “Per la chiarezza delle idee in tema di legittimazione ad agire”, en *Problemi di Diritto*, vol. 1, Milán, 1957, pp. 195-207, y, en la misma obra, “Diatriba breve sulla legittimazione ad agire”, pp. 209-226, aunque puede señalarse a CARNELUTTI (*Teoria generale del diritto*, 2ª ed., Roma, 1946, p. 138) como el autor que más se ha servido de esta distinción en su intento por ofrecer una construcción unitaria del concepto de legitimación y que necesariamente pone de manifiesto la dependencia entre el Derecho material y el procesal en el ámbito civil, de tal manera que la relación material opera como relación cualificante de la procesal, que se convierte en cualificada. Según este esquema, la legitimación material obedece a aquella primera relación cualificante y se dibuja ni más ni menos que como la cualificación jurídica de los sujetos de la relación jurídica litigiosa, mientras que la legitimación procesal consiste en presentarse como tales; o, como decía BETTI, «si vera sint exposita» (*Diritto processuale civile italiano*, Nápoles, 2018, reproducción de la 2.ª ed., Roma, 1936, p. 159). En nuestra doctrina han acogido esta diferenciación, aunque con diferente terminología por influencia germana, GIMENO SENDRA, V., y CALAZA LÓPEZ, S., “¿Puede un Juez inadmitir de oficio una demanda por falta de legitimación de las partes?”, en *Diario La Ley*, Nº 6125, Sección Doctrina, 11 de noviembre de 2004, Año XXV, ref. D-229.

¹⁹ RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho procesal civil*, t. I, 5ª ed., Barcelona, 1992, p. 254.

²⁰ Hago la advertencia de que la legitimación procesal en el sentido que se emplea en el texto y en el que lo ha empleado nuestra doctrina no es en absoluto equivalente a la *legittimazione processuale* que utilizan hoy la doctrina y la jurisprudencia italianas, donde ésta se relaciona también con la figura de la

significar es que presenta el valor de ayudar a resolver de forma eficaz las dificultades prácticas que puede suscitar la legitimación en la dinámica del desarrollo de un proceso civil. Con esta diferencia es posible mostrar que la LEC maneja uno y otro criterio de legitimación —ora en sentido procesal, como en el artículo 10.I o el 766 LEC, ora en sentido material, con resultados que evidencian la dificultad de formular un concepto único de legitimación en el proceso civil.

§. Esta distinción puede entenderse en muchos sentidos paralela al vasto y meticuloso análisis —si no lo he entendido mal— que ha abordado Ricardo JUAN SÁNCHEZ de las «situaciones legitimantes» y de las «reglas de legitimación», en desarrollo de la postura de MONTERO AROCA de atribuir a la legitimación hechuras procesales²¹. La posición legitimante se corresponde —aproximadamente— con la legitimación material, esto es, con la posición extraprocésal de los sujetos que instan y frente a quienes se instan la tutela concreta; y en ella ubica JUAN SÁNCHEZ el denominado «juicio de derecho», «de coherencia jurídica» o de «adecuación normativa» que consiste en el control abstracto entre lo afirmado por el actor y los potenciales efectos de la sentencia²²; y, así, en los supuestos de legitimación ordinaria, el examen de esta cuestión, aunque separable, se realiza en la sentencia, de modo que «solo un mal planteamiento de la legitimación permitirá su control con carácter previo al pronunciamiento de fondo»²³. Por su parte, en un plano diferente operan las *reglas de legitimación*, que son el elemento que atribuye al sujeto la facultad de conducir el proceso, es decir, el elemento *legitimador*²⁴, y que JUAN SÁNCHEZ erige decididamente en presupuesto procesal necesario para una correcta configuración de la relación subjetivo-procesal: «en el caso de exigir la identidad en la titularidad de los intereses legitimante y litigioso [BSL= legitimación ordinaria] concurrirá con la mera afirmación de esta circunstancia —y de ahí nace la dificultad para su tratamiento autónomo— y que en el resto de supuestos ha de consistir en la afirmación suficiente de ser el titular de la situación legitimante», aunque no deja de reconocer que «en determinados supuestos la regla de legitimación establecerá ciertas exigencias cuya comprobación será necesario aportar un principio de prueba, esencialmente documental», como, p. e., en las tercerías del proceso de ejecución²⁵.

4. EL ART. 10 LEC Y LA LEGITIMACIÓN *IN STATU ASSERTATIONIS*

representación que sirve para integrar la capacidad procesal de la parte o antigua *legitimatio ad processum*. No me detendré en este punto, porque —como ya he señalado— la capacidad jurídico-procesal de las personas físicas requiere un replanteamiento que desborda el objeto de esta comunicación.

²¹ JUAN SÁNCHEZ, R., *La legitimación en el proceso civil. Los titulares del derecho de acción: fundamentos y reglas*, Cizur Menor, 2014, espec. pp. 137 y ss.

²² JUAN SÁNCHEZ, R., *La legitimación en el proceso civil...*, p. 206, si bien puntualiza que «la legitimación no se confunde con la situación legitimante que la propicia» (p. 220).

²³ JUAN SÁNCHEZ, R., *La legitimación en el proceso civil...*, p. 226.

²⁴ JUAN SÁNCHEZ, R., *La legitimación en el proceso civil...*, p. 137.

²⁵ JUAN SÁNCHEZ, R., *La legitimación en el proceso civil...*, pp. 226-227. Los corchetes y la aclaración son míos.

§. Pues bien, hecho este excursus, se entiende que el artículo 10 LEC rememore los esfuerzos doctrinales del último siglo sobre el contenido y sobre el lugar que ocupa la legitimación en el proceso civil y, como una reminiscencia de esos esfuerzos, no establece *tout court* que la legitimación *consista* en comparecer y actuar *como* titulares de la relación jurídica litigiosa u objeto litigioso (o no, si la ley lo permite excepcionalmente), aunque esta es la regla. Tampoco establece que radique en *serlo*. Esta norma puede ser entendida como una norma —incompleta— de tratamiento procesal de la legitimación en el proceso civil o, si se prefiere, una *regla de legitimación* que se limita a determinar la correcta configuración de la relación jurídico-procesal²⁶, en términos tales que obliga a tener por «partes procesales legítimas» a «*quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso*» (salvo —añade el párrafo segundo— en «*los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular*»).

§. En el párrafo primero se encuentra la norma *general* de legitimación procesal que consagra que la iniciativa y el desarrollo del proceso civil obedecen —de ordinario— no a que los sujetos del proceso *sean* los «titulares de la relación jurídica u objeto litigioso», sino a que se presenten *como tales, in statu assertationis*. Esta regla de legitimación procesal es la ordinaria y sirve para facilitar la atribución de legitimación procesal en la mayor parte de los casos, aunque convive con otras que, en cambio, sí piden la acreditación de la situación legitimante, como parece ocurrir en los supuestos de legitimación extraordinaria²⁷ y en aquellos otros en los que una norma procesal específica —p. e., la del art. 757.1 LEC— lo insinúa. Determinar cuál de los dos criterios de legitimación —si el de la legitimación *afirmada* o el de la legitimación *material constatada*— define mejor la naturaleza de la legitimación en el proceso civil es —a mi modesto entender— una cuestión dogmática que debe moverse en un plano distinto de la dinámica procesal en la que la LEC y otras normas procesales quieren resolver los problemas que se proponen atajar; desde este otro plano, debemos alegrarnos de que, cuantitativamente, la legitimación procesal sirva para explicar el mayor número de supuestos normales, por más que los casos excepcionales hayan servido históricamente para aislar este elemento de otras nociones distintas como la titularidad del derecho subjetivo y, con ello, ha facilitado la emancipación científica del derecho de acción del derecho subjetivo privado.

§. Si según el párrafo primero del artículo 10 LEC, quienes *se presenten como* titulares de la relación o situación jurídica litigiosa han de ser considerados *partes procesales legítimas*, el artículo 10 LEC atribuye —por este solo hecho— «legitimación *procesal*» a quienes realicen las *manifestaciones* —sin necesidad de fórmulas sacramentales— de ostentar activa y pasivamente la «legitimación *material*» o, si se prefiere, la titularidad activa y pasiva de las *posiciones legitimantes* respecto de una *pretensión concreta*²⁸. Basta eso para tener a los sujetos por «partes legítimas»

²⁶ JUAN SÁNCHEZ, R., *La legitimación en el proceso civil...*, p. 36 y *passim*.

²⁷ Deliberadamente omitiré referirme a la legitimación extraordinaria por abrazar una heterogeneidad de supuestos cuya única característica común es la *anomalía*.

²⁸ Excuso la cita concreta de autores aquí y ahora por brevedad y por tratarse tradicionalmente de la concepción más extendida sobre el tratamiento que debe recibir la legitimación en el proceso civil.

(legitimadas *procesalmente*) y que el proceso se desarrolle regularmente hasta el dictado de una resolución de fondo en la que se decidirá una cuestión *distinta*, aunque vinculada al fondo mismo y merecedora de los seguros y benéficos efectos de la cosa juzgada material: la «legitimación material» –ya no la «procesal»– o constatación en concreto –esto es, juzgando las concretas alegaciones, el resultado probatorio y haciendo aplicación singularizada del derecho objetivo al caso concreto– de si las partes se encuentran en el círculo de sujetos a los que abstractamente la ley cualifica para obtener la concreta tutela pedida y si se han alegado y probado todos los elementos que determinan el signo favorable de la sentencia al que aspira el actor.

§. Por consiguiente, cada vez que la legitimación procesal se ha reconocido –*rectius, debe* reconocerse– a quienes, por las *assertationes* o manifestaciones de la demanda, se arrojan la titularidad activa o a quienes se les ha imputado la titularidad pasiva de la «relación jurídica u objeto litigioso», sin que resulten ser tales, hay que concluir que no hay infracción del artículo 10 LEC. Al contrario, *se ha dado aplicación* a tal precepto y la cuestión entonces será ya otra: la de la existencia o no de «legitimación material» (o «*ad causam petendi*»), perteneciente al fondo de la sentencia, de la que es difícilmente separable, pues lo que se plantea es si por o frente a esa parte procesal legítima se tiene o no derecho a *obtener* lo que en concreto se pide y esto condicionará no el que se dicte una resolución *de fondo*, sino –como sucede con el resto de cuestiones de fondo– el *signo* estimatorio o desestimatorio de esa resolución de fondo. *Tertium non datur*.

§. Muchas resoluciones, aunque no acogen expresamente la distinción entre «legitimación procesal» y «legitimación material», sí lo hacen de forma implícita cuando en ellas se afirma que «*la legitimación [procesal] existirá cuando el demandante afirme su titularidad del derecho subjetivo material (la tenga, o no, porque esto constituirá el fondo del asunto) y la pasiva cuando impute al demandado la titularidad de la obligación (con independencia igualmente de su existencia)*» (AAP Santa Cruz de Tenerife, Secc. 3ª, de 25 de septiembre de 2008, rec. 490/2008 y SAP Santa Cruz de Tenerife, Secc. 3ª, de 25 de septiembre de 2008, rec. 470/2008; los corchetes son míos). Lo mismo que cuando se sostiene, en los términos de la STS de 21 de octubre de 2009, rec. 177/2005 que «*la relación jurídica sobre la que la parte actora plantea el proceso, con independencia de su resultado, es la que determina quiénes son las partes legitimadas, activa y pasivamente, para intervenir en el mismo, lo que lleva a estimar que cuando se trata de determinar la existencia o no de la legitimación pasiva habrá de atenderse a la pretensión formulada en la demanda, teniendo en cuenta el “suplico” de la misma en relación con los hechos sustentadores de tal pretensión*»²⁹.

²⁹ La demanda que está en el origen de esta sentencia se dirige por Laureano contra Anselmo y cuatro sociedades para que se declarara a favor de aquél que el 50 por ciento de un paquete de acciones eran de su titularidad y condenara a los demandados a pagarle su valor conforme al precio de una compraventa que se acababa de realizar. En lo que ahora importa, el demandado Anselmo se opuso a la demanda y formuló «excepción dilatoria de falta de legitimación pasiva de Anselmo», que fue desestimada tanto en la sentencia de instancia como la de apelación. Frente a esta última interpone Anselmo recurso extraordinario por infracción procesal del artículo 10 LEC –en la resolución no se indica el motivo en que se funda– que es desestimada en la resolución citada en la que, además de lo dicho, el TS añade que: «De ello se desprende que el demandado, don Anselmo, era parte en la relación jurídica sobre la que versa el proceso, cuyo objeto viene determinado en la demanda en orden a obtener una declaración expresa sobre la adquisición

§. El propio TS ha desestimado de forma muy correcta la alegada infracción del artículo 10 LEC en sede de recurso extraordinario por infracción procesal porque en el motivo se «*confunde la falta de legitimación en su perspectiva procesal, con la legitimación material (tradicionalmente la “legitimatio ad causam”)*» *petendi* (STS Pleno de 16 de enero de 2012, rec. 460/2008): «*La primera se refiere a la afirmación de la titularidad de un derecho o relación jurídica, o situación jurídica, coherente con el resultado pretendido, y a quien debe soportar en el aspecto pasivo el proceso en relación con tal afirmación, en tanto la segunda se refiere a la existencia o inexistencia del derecho, o de la titularidad, que son temas de fondo, no procesales, sin perjuicio de que la acreditación de la base fáctica de los mismos constituya tema procesal, aunque probatorio*».

§. Cuestión distinta es que con cierta frecuencia no se distinguan ambas «legitimaciones» –la procesal y la material– y se haga de ellas un mismo todo, dando entrada, en sede de recurso extraordinario por infracción procesal, a cuestiones atinentes a la titularidad del derecho jurídico-material o interés jurídico equivalente, y a su prueba, confundiendo la intelección del artículo 10.I LEC como regla de legitimación.

§. En la última década, y especialmente en los últimos cinco años, la Sala 1.^a del TS parece carecer de criterios claros a la hora de incardinar en sede de recursos extraordinarios el examen de toda clase de cuestiones atinentes a los sujetos de derecho, en perjuicio de la seguridad jurídica —y económica— de litigantes y abogados, aunque, para ser francos, la excesiva teorización doctrinal sobre la legitimación tampoco lo facilita. No es este plano de teorización doctrinal —a mi juicio— el que debe preocupar a la Sala 1.^a TS, sino el de examinar y resolver los recursos extraordinarios tal y como los planteen las partes sin hacer supuesto de la cuestión. La —digamos— “técnica casacional” en la que acostumbra la Sala 1.^a TS a situar el análisis jurídico de las diferentes cuestiones que se le plantean tiene que extenderse al recurso extraordinario por infracción procesal para abordar las alegadas infracciones relativas al art. 10 LEC en su plano correspondiente —el del aspecto exclusivamente procesal de la legitimación— y, así, distinguir, en la lógica de los recursos extraordinarios y de los respectivos motivos de los arts. 469.1 y 477 LEC, las siguientes cuestiones:

conjunta de tales acciones, así como la entrega al actor de la parte de las mismas de las que afirmaba ser titular. (...) la propia demanda está solicitando una declaración que le vincula directamente, como es la de la adquisición conjunta con el demandante de las referidas acciones, con los efectos propios que dicha adquisición conjunta comporta. Esta Sala ya declaró en sentencia de 3 junio 1988 que *lo que ha de tenerse en cuenta en la legitimación “no es la relación jurídica en cuanto existente, sino en cuanto deducida en juicio, lo que significa que basta la mera afirmación de una relación jurídica como propia del actor o del demandado para fundar necesaria y suficientemente la legitimación para obrar, de tal manera que la parte, por el mero hecho de serlo, es siempre la justa parte en el proceso (...) no porque ello conlleve que se le va a otorgar lo pedido, sino simplemente, porque el juez competente, cumplidos los requisitos procesales está obligado a examinar dicho fondo y resolver sobre el mismo por imperativo del ordenamiento jurídico material”*; doctrina que comprende los conceptos de legitimación activa y pasiva, aunque específicamente se refiera a la primera, pues cuando se plantea el problema de la legitimación en relación con un proceso determinado lo que ha de resolverse es *quién está habilitado para formular la pretensión y contra quién ha de dirigirse para que el juez pueda dictar una sentencia sobre el fondo, estimando o desestimando aquella pretensión*» (la cursiva es mía).

In primis, la posible vulneración del art. 10 LEC es una infracción de (casi) imposible apreciación por cuanto las partes han sido tales (han sido «parte procesal legítima» en los términos del artículo 10 LEC) hasta el punto de haber llegado a la cúspide de la organización jurisdiccional ordinaria³⁰. Esta conclusión evidencia el planteamiento aporético a que conduce la factura procesal que el art. 10.I LEC ha querido atribuir a la legitimación en el proceso civil, pero este no es un argumento que invalide su utilidad. Antes al contrario, hay que alegrarse, de un lado, de que los juicios y valoraciones que pertenecen al fondo no condicionen el derecho al proceso; y de otro lado, de que el recurso extraordinario por infracción procesal defiera al recurso de casación el examen jurídico de las cuestiones relativas al Derecho material y al modo en que está configurada tal o cual relación jurídico-sustantiva. Desde la lógica del recurso extraordinario por infracción procesal, toda pretendida infracción de la regla de legitimación del art. 10 LEC embebe los errores y desaciertos del juicio de derecho que haya sustentado la —errónea— atribución de «parte procesal legítima», o su apreciada falta, en la resolución impugnada. Nada menos, pero tampoco nada más.

A priori, es difícil precisar si la infracción del art. 10 LEC ha de subsumirse en el ordinal 3.º del art. 469.1 LEC, relativo a las infracciones de normas reguladoras de

³⁰ Así, por ejemplo, en la STS (Sala 1ª) de 13 de octubre de 2010 (rec. 1788/2006) se examina un caso en el que los demandantes —una sociedad y una persona física— demandan a otra sociedad y dos personas físicas en reclamación de cantidad procedente de unas colaboraciones de producción cinematográfica que se había plasmado en un contrato firmado por todos ellos. Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial estiman la demanda frente a la sociedad demandada y absuelven a los demandados personas físicas por «falta de legitimación pasiva», en el entendimiento de que las obligaciones contractuales no concernían a las personas físicas, sino solo a las personas jurídicas. Es claro, pues, que estas absoluciones —que no lo eran de la instancia, sino del fondo— no tenían que ver con una presunta infracción del artículo 10 LEC, sino con la legitimación *material* pasiva de las dos personas físicas que también firmaron los contratos. Pero por los demandantes se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal (de los artículos 5 y 10 LEC, entre otros), basada en que los demandados absueltos sí son titulares de la relación jurídica contractual objeto del litigio, tal y como se así se dedujo. Y ante esta cuestión la Sala 1ª TS entiende que la legitimación pasiva de los codemandados absueltos se resuelve en la cuestión de «*si fueron o no parte a título particular en el contrato controvertido asumiendo las obligaciones derivadas del mismo*» y, puesto que la valoración de esta cuestión —en sentido negativo— no es irrazonable en la sentencia recurrida, la Sala 1ª concluye que *no hay vulneración por infracción de los artículos 5 y 10 LEC porque «de la relación jurídica controvertida [no se infiere] la posición de los demandados personas físicas por la que fueron llamados al proceso como parte demandada»*. Dicho de otra forma, la Sala 1ª está reconociendo que no se halla ante una infracción del artículo 10 LEC y tampoco ante un problema de legitimación *material*, ligado a la *relación jurídica* como ha sido deducida. Llama la atención de esta resolución es la “resistencia” de la Sala 1ª a admitir que no está examinando un problema de «legitimación procesal» en sede de un recurso extraordinario por infracción procesal; solo así se entiende —o entiendo yo— que la Sala 1ª se vea abocada a la *contradictio in terminis* de afirmar simultáneamente que no existe infracción del artículo 10 LEC (o sea, que las partes —hay que entender— eran «partes procesales legítimas»), porque —en una inversión de los términos del artículo 10 LEC— la posición de los demandados *no* se deduce de la relación jurídica contractual: si esto ha resultado del propio proceso —de la actividad alegatoria y de prueba de ambas partes y de la interpretación del contrato—, el problema que resuelve esta sentencia ya no es de «legitimación procesal», ni de infracción del artículo 10 LEC, sino un problema perteneciente al fondo y a la valoración de las alegaciones y pruebas resultantes del proceso, con los que el artículo 10 LEC no tiene ya nada que ver. Al TS le hubiera bastado con decir —pero no lo hizo— que la absolución de los demandados en la sentencia impugnada no obedecía a una falta de legitimación procesal, sino al hecho de haber resultado probado que esos demandados no debían responder jurídicamente de las obligaciones frente a ellos deducidas pese a constar sus firmas en el contrato.

actos y garantías del proceso determinante de nulidad o indefensión; o más bien, en cuanto compromete el derecho a una resolución de fondo comprendido en el derecho la tutela judicial efectiva, en el ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, en virtud del cual se alega la vulneración de los derechos procesales del art. 24 CE. La idoneidad de uno u otro motivo de recurso depende del contenido de la resolución impugnada y de en qué medida se niegue o afirme —improcedentemente, en opinión del recurrente— la legitimación procesal de la parte.

Este plano de infracción del art. 10.I LEC es necesario distinguirlo:

De, por un lado, la *errónea motivación fáctica* de la sentencia impugnada en lo que toca a las valoraciones sobre la condición legitimante o legitimación material de las partes (esto es, su condición material de acreedor, perjudicado, contratista, etc.), que será subsumible en el ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, pero que —como es archiconocido³¹—, en evitación de que el recurso se convierta en una tercera instancia, raramente resulta alegable con éxito en sede de recurso extraordinario por infracción procesal a causa de la exigencia de que los errores de valoración de la prueba deban ser *patentes, evidentes e inmediateamente verificables*; y de, por otro lado, de los *errores sobre la valoración jurídica* de la *posición legitimante* del sujeto, que es materia que pertenece al ámbito del recurso de casación, como cuestión perteneciente a la legitimación material, esto es, al modo de estar configuradas las situaciones jurídicas de los sujetos en el Derecho objetivo privado, y que, por tanto, hay que incardinar en el motivo del art. 477.1 LEC. Pertenece al ámbito del recurso de casación el examen del modo de estar configurada la relación jurídico-material que discurra entre las partes y la naturaleza e intensidad de las obligaciones y derechos de los que —aquí sí— se puede hablar con toda propiedad en términos de *titularidad de derechos subjetivos*, y alejar el uso del término legitimación (salvo que se puntualice que se emplea en sentido jurídico-material o como posición legitimante regulada por el Derecho sustantivo), que impide al propio TS salir de los equívocos en los que se ha metido por no querer reconocer que la materia de la que están hechas las sentencias de casación son los derechos subjetivos privados o los intereses jurídicos ocasionalmente equivalentes en el marco de relaciones jurídicas concretas³².

§. El TS parece resistirse a aceptar la propia lógica que impone el art. 10.I LEC, que —creo— puede trasladarse, *mutatis mutatis*, a las posibles infracciones de reglas

³¹ Vid. el Acuerdo de la Sala 1.ª (en Pleno) de 27 de enero de 2017 sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, espec. p. 2 (v. e. disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-del-Pleno-No-Jurisdiccional-de-la-Sala-de-lo-Civil-del-Tribunal-Supremo-de-27-01-2017--sobre-criterios-de-admision-de-los-recursos-de-casacion-y-extraordinario-por-infraccion-procesal>).

³² Baste ilustrar este equívoco con la reciente STS 529/2020 de 15 de octubre (ECLI: ES:TS:2020:3233), en la que se cuestiona, a través de recurso de casación, fundado en la infracción de varios preceptos de la Ley de Ordenación de la Edificación, la «falta de legitimación» del llamado «project manager» o «gestor de proyectos», y que el TS resuelve en términos jurídico-materiales, precisando que esta figura se enmarca en el asesoramiento técnico y toma de decisiones en materia de contratación, control o vigilancia, «*en una posición intermedia entre el promotor y la dirección facultativa*» y que, en el caso planteado, intervino activa y decisoriamente en el proceso de edificación, debiendo, en consecuencia, responder ante el propietario de la edificación ex art. 17 LOE como agente de la edificación.

especiales de legitimación, que después ilustraré con una sola muestra por razones de espacio.

5. LA FALTA DE LEGITIMACIÓN PROCESAL *IN STATU MANIFESTATIONIS*

§. *A sensu contrario* y en principio, podría parecer posible que de las propias manifestaciones contenidas en la demanda quepa concluir, sin margen de error, que la pretensión es manifiestamente infundada por falta de legitimación material de alguna de las partes respecto de las pretensiones formuladas. O por decirlo en términos más próximos a los que emplea el art. 10 LEC, el reverso de la situación que contempla este precepto es que las partes del proceso estén en él —en virtud de las *assertiones* de la demanda, principal o reconventional— como sujetos *no titulares* de la relación jurídica deducida u objeto litigioso *sin hallarse tampoco* amparadas por una norma de legitimación distinta de aquella que vincula la legitimación a la titularidad de la relación jurídica material o interés legitimante equivalente.

§. En estos supuestos insólitos, pero no del todo imposibles³³, podría pensarse que no debieran las partes ser consideradas «partes legítimas», aunque ni el artículo 10 LEC —que es una norma procesal *incompleta*— ni ningún otro precepto expresen el tratamiento procesal de esa llamada «parte procesal *ilegítima*». Y, en todo caso, por las graves consecuencias que pueden seguirse de negar la legitimación procesal de alguna de las partes en estos supuestos, se debe extremar el cuidado porque lo que está en juego es el derecho al proceso del demandante o del reconviniente. A mi modo de ver, negar la legitimación *procesal* a una parte requiere adelantar verdaderos juicios y el examen de la legitimación material, sin tener en cuenta que ésta se encuentra vinculada al juicio

³³ Resulta seguramente excesivo el sarcástico adjetivo de «risibles» con que SATTÀ ridiculizó estos supuestos: «*gli autori, quando vogliono trovare un caso di legittimazione distinto dall'esistenza del diritto sono costretti a formulare risibili ipotesi, come quella di chi agisca per un rapporto dichiaratamente altrui*» [SATTÀ, *Commentario al Codice di procedura civile*, I (*Disposizioni generali*), Milán, 1966, p. 355]; y que volvió a esgrimir en 1967, en abierta confrontación con GARBAGNATI a propósito de una sentencia de la *Corte di Cassazione* en la que ésta cambió su orientación sobre la legitimación. Además de reiterar la crítica de «risibile», SATTÀ reprochó al alto tribunal haberlo hecho por «*una indigesta e indigeribile dottrina (...) e Dio sa a quali ingiustizie sostanziali può portare l'opzione che un giudice fa tra la teoria concreta e la teoria astratta dell'azione*» (SATTÀ, «*Variaciones sulla legittimazione ad causam*», en *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padua, 1968, reimp. 2004, p. 346). Es preferible presentar estos supuestos como «muy excepcionales y poco probables en la práctica» (GONZÁLEZ PILLADO, «Comentarios prácticos a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Artículos 6 a 11», en *Revista Indret* (en línea), núm. 3, 2004, p. 24, v.e. disponible en http://www.indret.com/pdf/232_es.pdf), como, p. ej., aquellos en los que se pide la declaración judicial de herederos de una persona no en favor propio, sino de sus hijos (AAP Cuenca, Secc. 1ª, de 18 de marzo de 2008, rec. 56/2007) o de otros parientes colaterales llamados a la herencia (AAP Cádiz, Secc. 8ª, de 13 de octubre de 2010, rec. 187/2010). Si el temor de juzgarlo así en sentencia proviene de una pretendida afectación *ultra partes* perniciosa para los verdaderos sujetos legitimados, carece de justificación adelantar procesalmente su examen —que es actividad jurisdiccional pura y dura— a momentos anteriores al dictado de la sentencia, puesto que no es el derecho de esos terceros el que se juzga en ese proceso y decaen, por tanto, las razones del injustificado temor. La razón para adelantar su examen tiene que ser otro, en la mayor parte de los casos, y debe ser de tal entidad que quepa razonablemente enervar la regla general de juzgar en sentencia las posiciones legitimantes de las partes, dada su difícil separabilidad del resto de elementos que pertenecen también al fondo del asunto.

de la pretensión –a la *causa petendi*– concretamente formulada, de modo que con frecuencia y con razón su eventual falta se debe deferir a la sentencia, que es donde se juzgan las cuestiones de hecho y la aplicación de las normas al caso concreto, no como si fueran «sombras chinescas», sino a la luz de todas las alegaciones y los elementos probatorios, y con la eficacia de cosa juzgada material. De hecho, es conocido que el propio prof. MONTERO AROCA, en su revisitación monográfica a la legitimación del año 2007, corrigió su postura anterior para señalar, que, con carácter general e independientemente de los casos expresamente admitidos, debía sostener, a la luz de las tasadas causas de inadmisión de la demanda del art. 403.1 LEC, que aun en estos casos se impone la admisión a trámite de la demanda, «al no existir una norma expresa que ordene la inadmisión en estos casos»³⁴.

§. Me parece especialmente oportuno ilustrar este supuesto con el auto del conocido como «caso del vestido de novia» AAP Madrid (Secc. 10ª) de 29 de noviembre de 2003 (rec. 406/2002)³⁵, en el que en apelación se ordenó la continuación del proceso que había quedado archivado en la audiencia previa al juicio.

El supuesto de hecho arranca del encargo de María, en una tienda, de un vestido de novia sobre catálogo del que se hace varias pruebas y por el que paga como señal algo más de 500 euros actuales, siendo retirado el vestido por el novio, Carlos Jesús (de quien no se dice si pagó –o no– el resto del precio). La resolución omite decir qué pasó con el traje el día de las nupcias, pero se infiere que el vestido presentaba alguna imperfección de entidad que condujo a que Carlos Jesús –el ya esposo– interpusiera en su propio nombre y derecho demanda «por daños y perjuicios por incumplimiento contractual» frente a “HABITUS TEXTIL S.L.” (de la que no sabemos si es la vendedora o si es la empresa que confeccionó el vestido, aunque el actor también invocó la LGDCU), para que «se condene a la demandada a pagar a mi mandante la cantidad de 2.000.000,- ptas. más intereses legales desde la interposición de la demanda y costas». La mercantil demandada opuso como excepción la falta de legitimación activa del demandante y el Juzgado la estimó en la audiencia previa al juicio mediante auto por el que acordó la finalización del proceso. Contra este auto recurre en apelación el demandante, que alega en su recurso la infracción del artículo 10 LEC, la aplicación de la teoría de los actos propios de la demandada en una vía administrativa anterior (de conciliación de consumo), así como ser él mismo contratante y perjudicado y haber ejercido implícitamente la *actio aquiliana*, que debería –a su juicio– haberse tomado en consideración de oficio.

Pues bien, la decisión de la Sección 10ª de la AP Madrid es muy confusa, pero termina revocando el auto impugnado y ordena «continuar la celebración de la audiencia previa y, de no proceder el sobreseimiento del proceso por falta de algún presupuesto procesal o por concurrir algún obstáculo de esta índole a la continuación del proceso hasta el dictado de una sentencia de fondo, prosiga éste con arreglo a derecho». Para el tribunal de apelación, ni la excepción alegada por la parte demandada era de falta de legitimación del novio, ni el motivo que plantea éste en su recurso es de

³⁴ MONTERO AROCA, J., *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p. 504.

³⁵ Citado por MONTERO AROCA, J., *De la legitimación en el proceso civil*, cit., p. 541; y también por JUAN SÁNCHEZ, R., *La legitimación en el proceso civil...*, cit., p. 198.

infracción del artículo 10 LEC, porque el problema no tiene que ver –al confuso parecer de la Audiencia– con una falta de legitimación activa, sino –así parece deducirse de la resolución– con una falta de la titularidad del derecho deducido: con el «*elemento subjetivo del derecho sustantivo y condición de la acción, para cuyo examen se requiere analizar previamente la relación debatida, pues no es susceptible de integrar, de suyo, una excepción procesal y por ende, previa*». Entiende, en definitiva, el tribunal de apelación que «*el demandante, que actúa exclusivamente en su propio nombre y derecho, reclama un pretendido derecho resarcitorio que afirma corresponder a él mismo y a su esposa; y dirige la pretensión frente a la entidad que, en su criterio, aparece como obligada (deudora) de la prestación pecuniaria a cuya efectividad se orienta la demanda*». O, dicho de otra forma, en el fondo para la Audiencia la cuestión examinada sí tenía que ver con la legitimación, pero no con la *procesal*, sino con la *material* y con la titularidad y la prueba del derecho resarcitorio, de modo que, al pertenecer esta cuestión al fondo del asunto, hay que afirmar aquélla para llegar hasta él.

§. Lo mismo puede decirse de la falta de legitimación pasiva, que –con mayor razón– la prudencia aconseja tratar *en* la resolución de fondo, y no antes, como ilustra el AAP Madrid (Secc. 13ª) de 13 de julio de 2012 (rec. 794/2011), en un caso en el que se ejercitó la acción de resolución de un contrato de arrendamiento de vivienda por falta de uso del arrendatario desde el año 1996. El arrendador dirigió su demanda contra el arrendatario que suscribió el contrato y éste opuso su falta de legitimación pasiva por no ser el *ocupante* de la vivienda desde el año 1990, cuando se separó de su esposa, y haber quedado como arrendatarios –al fallecimiento de ésta en el año 2005– sus hijos, con conocimiento del arrendador. El Juzgado, en el momento de la audiencia previa al juicio, estimó la alegada falta de legitimación pasiva (que era de índole material, y no procesal) y dictó auto de terminación del proceso; la Audiencia Provincial, en cambio, entendió que «claramente la falta de legitimación opuesta es una cuestión de fondo a resolver en sentencia», en la que habría que examinar la subrogación o no de la esposa en el contrato, que es cuestión jurídica y también fáctica, y ordena «la continuación del procedimiento, con la consiguiente proposición de pruebas por las partes y señalamiento del correspondiente juicio hasta sentencia».

§. Lo dicho ilustra la dificultad de separar el estudio de la legitimación material del fondo del asunto; pero, además y ulteriormente, existe un segundo inconveniente situado en las consecuencias –más que cuestionables– de aplicar el criterio que nos ocupa para *negar* la condición de parte, pues, incluso ante una verdadera falta de legitimación *procesal*, el dictado de una resolución meramente procesal allí donde las *assertiones* de la demanda revelan una manifiesta falta de legitimación activa o pasiva conduce a un resultado que se antoja *injusto*, por cuanto permite al demandante una “segunda oportunidad” para replantear la demanda, bien “corrigiendo” las *assertiones* de legitimación, bien enderezando las *causae petendi* al fin perseguido. Es fácil advertirlo en el caso –antes mencionado– del vestido de novia si la Audiencia Provincial, en lugar de revocar el auto de instancia, lo hubiera confirmado: quedaría expedita la vía para que Victorino –solo o junto a su esposa– iniciara un segundo proceso de reclamación de cantidad ejercitando correctamente las acciones contractuales o extracontractuales de las que creyera estar asistido, sin pechar con las

consecuencias de la preclusión y de la cosa juzgada material que se deriva únicamente de la sentencia de fondo.

6. EL ART. 757 LEC COMO REGLA ESPECIAL DE LEGITIMACIÓN

§. Por último, quiero ilustrar una regla especial de legitimación con el ejemplo que proporciona el art. 757 LEC, que muestra una tipificación expresa de ciertas posiciones legitimantes cuya especialidad radica en que antes del dictado de la sentencia de fondo se debe verificar la legitimación activa del demandante. Esta regla es muy ilustrativa de que el tratamiento que se dispense en el proceso a un determinado requisito –o mejor, a su alegada ausencia– no está constreñido por su naturaleza jurídica, sino que puede obedecer a una ponderación del legislador sobre el adecuado equilibrio de los intereses en juego con la naturaleza de la figura en cuestión.

§. El art. 757 LEC es una muestra de que el legislador ha querido restringir la legitimación «para promover» –dice el precepto– la declaración de incapacidad de una persona a ciertos sujetos: si el presunto incapaz es menor de edad, solo a «quienes ejerzan la patria potestad o la tutela» (aptdo. 4); y si es mayor de edad, al presunto incapaz –desde la Ley 41/2003, de 18 de noviembre–, a «el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz», y, por último, al Ministerio Fiscal si «estas personas no existieran o no la hubieran solicitado». A otras personas distintas de las señaladas –que están tomadas, fundamentalmente, de los derogados artículos 202 a 205 y 294 CC– se les niega legitimación, como sucede en los procesos de incapacitación promovidos por sobrinos o por otros parientes o allegados no incluidos en la previsión del aptdo. 1 del artículo 757 LEC. Quiere decirse con esto que el art. 757.1 LEC es, en otra terminología, una regla de legitimación que pide la alegación y acreditación iniciales de encontrarse el demandante en una de las situaciones legitimantes.

§. La razón de este control anticipado no radica tanto en la mayor o menor facilidad de acreditar en concreto la legitimación activa de los sujetos beneficiados por la regla, sino que tradicionalmente se ha ubicado en la pretendida eficacia *ultra partes* de las sentencias dictadas en materia de capacidad jurídica, que es un aspecto que también ha reformado la LEC de 2000. Así y todavía bajo la vigencia de la LEC de 1881, el Tribunal Supremo, en su STS (Sala 1ª) núm. 681/2004, de 7 de julio de 2004 (rec. 394/2001), anuló una sentencia de incapacitación absoluta patrimonial de tres hermanas dictada en un proceso promovido por una sobrina carnal de las presuntas incapaces. La demandante –dice la sentencia– «carecía legalmente de legitimación para pedir su incapacitación» y la estimación de este defecto condujo a casar la sentencia de apelación y a desestimar la demanda «por falta de legitimación activa de dicha demandante y sin prejuzgar la existencia o inexistencia de causa legal de incapacidad». Esta precisión era necesaria, porque el artículo 1252 CC, derogado por la LEC de 2000, afirmaba que «en las cuestiones relativas al estado civil de las personas (...) la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros, aunque no hubiesen litigado», lo que especialmente afectaba a los sujetos legitimados que no hubieran sido parte en el proceso; un pronunciamiento tal que se limitara a desestimar la demanda sin expresar

que la causa de la desestimación se hallaba en la falta de legitimación activa podría ser erróneamente interpretado en el sentido erróneo —por falta de identidad subjetiva— de excluir un segundo proceso sobre lo mismo pero iniciado por alguno de los sujetos que sí ostentan legitimación.

§. Pues bien, con la LEC, la falta de legitimación de otros sujetos distintos de los indicados en el artículo 757 LEC condiciona el derecho al proceso y el cumplimiento de esta regla es controlado de oficio. Así lo indica la redacción de esta moderna norma de legitimación que condiciona la «promoción» de la declaración de incapacidad a que lo pida alguno de los sujetos que ostentan alguna de las condiciones que pide el precepto. De hecho, algún Juzgado ha llegado a aceptarlo *in limine litis*, aunque sin fundamento en el art. 403 LEC, en el momento de la admisión a trámite de la demanda, como muestra el AAP Gerona (Secc. 2ª) núm. 207/2002, de 31 de diciembre de 2002 (rec. 581/2002), en un caso en el que la incapacitación la promovía una sobrina que alegó hallarse entre las «situaciones de hecho asimilables» a las del cónyuge (artículo 757.1 LEC), con un *status de facto* de convivencia en la misma vivienda y de forma desinteresada y altruista. El Juzgado, primero, y la Audiencia Provincial, después, inadmitieron la demanda de la sobrina —como digo, sin base en el art. 403 LEC y por interpretación *a contrario* del art. 757.1 LEC— por tratarse incontestadamente de un vínculo de convivencia distinto del *more uxorio*, y por no encontrarse la sobrina entre los parientes del artículo 757.1 LEC. Pese a que el art. 403 LEC no permite inadmitir a trámite las demandas «sino en las causas y por las causas expresamente previstas en esta Ley (aptdo. 1)», entre ellas las que no se encuentra la falta de legitimación, es correcto entender que el art. 757 LEC condiciona el derecho al proceso en esta especial materia de capacidad de las personas, aunque lo más respetuoso con el art. 24.1 CE, por las consideraciones fácticas y jurídicas que se adelantan, es que la finalización del proceso se produzca después de admitir la demanda. Pero, en este especial caso, está fuera de cuestión este posible control anticipado.

§. Antes de la LEC de 2000, la razón del control anticipado sobre la falta de legitimación activa en estos procesos radicaba en la inconveniencia de dictar una sentencia que desplegara *erga omnes* eficacia de cosa juzgada material. En la actualidad, el aptdo. 3 del artículo 222 LEC anuda *de lege lata* esta eficacia no a la sentencia, sino a «*su inscripción o anotación en el Registro Civil*», lo que presupone la *estimación* de la demanda con la alteración del estado civil preexistente; dicho de otro modo, la sentencia desestimatoria, por no suponer una alteración del estado civil inscrito, carece *de lege lata* de acceso registral. Por consiguiente, la razón para este control anticipado tiene que ser otro y —como antes decía a propósito de la falta de legitimación *in statu assertionis*— tiene que ser de tal entidad que quepa razonablemente enervar la regla general de juzgar en sentencia las posiciones legitimantes de las partes. Y, en efecto, estas razones existen en los procesos que estamos considerando, relativos a la capacidad de las personas físicas, y radican en que no tiene ningún sentido tramitar un proceso completo, con la audiencia de parientes, el examen del pretendido incapaz y el dictamen pericial médico que impone como preceptivos el art. 759 LEC, para terminar valorando en la sentencia que, aunque el sujeto pretendidamente dependiente pudiera estar afecto por una merma de capacidades que determinaría la existencia de limitaciones a su capacidad jurídica y el

establecimiento de un sistema de apoyos, preliminarmente se aprecia que, en cualquier caso, no debe estimarse la demanda porque el proceso lo ha promovido una sobrina que no podía legalmente hacerlo, por falta de legitimación.

§. Se entiende que en evitación de que el proceso se convierta —tanto personal, como institucionalmente— en un trastorno en sí mismo, solo en especialísimos casos, como este, la LEC erige la falta de legitimación en *óbice procesal* mediante la técnica de emplear reglas especiales de legitimación de las que se deduzca de forma explícita que el propio desarrollo del proceso —su desenvolvimiento eficaz— queda condicionado a que el justiciable alegue y acredite encontrarse en determinadas posiciones legitimantes, como, por ejemplo, la de ostentar la condición de alimentista para promover —ex art. 266.1 LEC— un proceso de alimentos.

7. EPÍLOGO

§. Quiero, en fin, concluir con unas palabras de CARNELUTTI dichas a propósito de la sustitución procesal, pero aplicables también a toda modalidad de ejercicio del derecho subjetivo por persona interpuesta, como la representación, y, por extensión, al polisémico concepto de legitimación. Decía este maestro que «la inclusión de una figura determinada en la categoría de la sustitución procesal puede depender de la construcción adoptada para explicarla»³⁶. Quiero servirme de estas palabras para poner en evidencia que la LEC —con mayor o menor acierto— arma una estructura *condicionante* y determina qué debe entenderse o tenerse por legitimación en el proceso civil y que lo mismo hace con la diversificación de recursos extraordinarios y con los motivos que cabe articular en cada uno. Es tarea de todos mejorar su comprensión y realizar una interpretación que asegure su coherencia, mientras esto sea más razonable que mejorar la calidad del texto por vía legislativa.

³⁶ F. CARNELUTTI, *Lezioni di Diritto processuale*, vol. 2º, Padua, 1986 (reproducción facsímil del vol. 2º, parte 1ª, *La funzione del processo di cognizione*, ed. de 1926), p. 243.

¿ABRIMOS LA PUERTA DE PAR EN PAR? O SOBRE LA TENDENCIA DE LAS LEYES AUTONÓMICAS DE CASACIÓN CIVIL A ADMITIR TODAS LAS CAUSAS: JUSTIFICACIÓN Y VALORACIÓN¹

Ixusko ORDEÑANA GEZURAGA
Profesor Titular Derecho Procesal
Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. TEMA DE INTERÉS: LA FASE DE ADMISIÓN DE LA CASACIÓN AUTONÓMICA. 3. JUSTIFICACIÓN: LEGITIMACIÓN CONSTITUCIONAL PARA LA ORDENACIÓN DE LA CASACIÓN CIVIL AUTONÓMICA. 4. LA REALIDAD GALLEGA Y EL APRENDIZAJE PARA OTRAS CCAAS. 5. LA LEY 4/2005, DE 14 DE JUNIO, SOBRE LA CASACIÓN FORAL ARAGONESA. 6. LA LEY 4/2012, DE 5 DE MARZO, DEL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA DE DERECHO CIVIL DE CATALUÑA. 7. EL ANTEPROYECTO VASCO. 8. VALORACIÓN EN RELACIÓN A LA ORDENACIÓN DE LA FASE DE ADMISIÓN EN LAS NORMAS AUTONÓMICAS SOBRE LA MATERIA. 8.1. Previo: sobre la legitimidad de la ordenación específica. 8.2. Sobre la regulación expansiva de las leyes autonómicas de casación civil. 8.3. Sobre la flexibilización de la ordenación común en las leyes autonómicas. 8.4. Sobre el criterio de la cuantía como requisito de recurribilidad. 8.5. Sobre el interés casacional como requisito de recurribilidad. 8.6. Sobre la ruptura del motivo único de casación o el error en la apreciación de la prueba como motivo del recurso de casación autonómico.

1. INTRODUCCIÓN

Hemos de partir de la diferenciación entre la casación común -aquella conocida por el Tribunal Supremo (en lo sucesivo, TS) para fiscalizar las normas del Estado (art. 477.1 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC)) -, y la autonómica -aquella por la que el correspondiente Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) controla la aplicación de las normas del derecho civil, foral o especial autonómico correlativo -, para, a continuación, en el marco de esta última, distinguir tantas casaciones autonómicas como derechos civiles autonómicos. En este punto, mantenemos que, si el derecho civil autonómico no es una cuestión homogénea, difícilmente puede serlo la casación configurada para protegerlo y ampararlo, lo que nos empuja a reconocer tantas casaciones autonómicas, como Comunidades Autónomas (en adelante, CCAAs) prevén en su Estatuto de Autonomía (a partir de ahora, EEAA) este medio de impugnación. No obstante, en la práctica, hemos de distinguir dos grandes bloques: uno primero integrado por aquéllas CCAAs cuyas casaciones autonómicas, sin

¹Esta comunicación es fruto de la investigación realizada gracias a la IV Convocatoria de ayudas para la financiación de actividades propias de la Fundación Privada Manuel Serra Domínguez.

contar con una ley propia de casación, se rigen (en su totalidad) por la regulación correspondiente a la casación común (contenida en la LEC, y en su caso, el Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal (adoptado en el pleno no jurisdiccional del TS de 27 de enero de 2017) (en lo sucesivo, ACARCIP) y otro segundo en el que integramos a las CCAAs que cuentan con su propia ley, sin perjuicio de que el régimen común se aplique de forma supletoria y complementaria (arts. 149.1.6 y 149.3 Constitución Española -en adelante, CE- y 4 LEC). Sin perjuicio de que la casación correspondiente al primer grupo de CCAA presenta problemas abundantes, proponemos, a efectos de esta comunicación, fijarnos en el segundo grupo.

2. TEMA DE INTERÉS: LA FASE DE ADMISIÓN DE LA CASACIÓN AUTONÓMICA

Integran, actualmente, este último grupo al que nos referimos Galicia, Aragón y Cataluña. Parece querer incorporarse al mismo la Comunidad Autónoma vasca, en la que, en este momento, se está tramitando una ley de casación común. Conforme a la temática del Congreso Internacional que nos cobija, pretendemos fijarnos en la fase de admisión de todas ellas, para poder así hacer las valoraciones pertinentes. Antes, no obstante, entendemos crucial justificar el título que legitima esta ordenación (art. 149.1.6 CE).

3. JUSTIFICACIÓN: LEGITIMACIÓN CONSTITUCIONAL PARA LA ORDENACIÓN DE LA CASACIÓN CIVIL AUTONÓMICA

Como sabemos, es el art. 149.1.6 CE el que reconoce la competencia exclusiva del Estado en materia procesal “*sin perjuicio* de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”. Este precepto requiere dos comentarios principales, para fijar el alcance de la competencia del Estado y de las CCAAs en materia procesal, identificando, al tiempo, una norma general y su excepción. Por una parte, el Tribunal Constitucional (en lo sucesivo, TC) justifica la exclusividad a favor del Estado de este título competencial por la “necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales” (entre otras, desde STC 71/1982, de 30 de noviembre hasta STC 21/2012, de 16 de febrero). Estamos, lógicamente, ante la norma general, vinculada con el principio de unidad jurisdiccional y con la titularidad exclusiva del Estado sobre la organización judicial (art. 149.1.5 CE en relación al 117.3 y 5 y 121.1 CE); la excepción dispone cuándo pueden ordenar la materia procesal las CCAAs: cuando las particularidades del derecho autonómico lo requieran. Por tanto, es la existencia de particularidades en el derecho autonómico sustantivo gallego, aragonés, catalán o vasco el que justifica la existencia de su propia ley de casación. De seguido, no obstante, es crucial una matización: ha dejado claro la jurisprudencia del TC, especialmente la STC 47/2004, de 25 de marzo -que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Galicia 11/1993, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial-, que la mera existencia del derecho civil autonómico no justifica la posibilidad de ordenar su repercusión procesal. “Las singularidades procesales que se permiten a las

CCAAAs han de limitarse a las que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por éstas” dice la mentada resolución, mostrando el carácter limitado de la facultad de las CCAAAs. Por tanto, y llevado al ámbito del recurso de casación autonómico, las CCAAAs cuyos EEAA hayan previsto esta competencia no pueden ordenar todos sus elementos, sino aquéllos derivados de sus particularidades sustantivas a las que no se les puede aplicar la legislación procesal estatal (las “especialidades” procesales del art. 149.1.8 CE), debiendo explicar este extremo el legislador autonómico, rigiendo, para el resto, de forma directa, la ordenación de la LEC. Además, en todo caso, la regulación que hagan las CCAAAs debe respetar la CE y el marco jurídico-procesal estatal. Sin perjuicio de ello, y donde existan las particularidades mentadas, reflejadas en el ámbito procesal por las CCAAAs, el Estado no puede entrar.

4. LA REALIDAD GALLEGA Y EL APRENDIZAJE PARA OTRAS CCAAS

Fue Galicia, como sabemos, la primera CCAA que ordenó su propia ley de casación. Lo hizo mediante la ley 11/1993, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de derecho civil especial de Galicia. Justificó la norma mediante el ejercicio de la competencia que le reconocía su EEAA (arts. 22 y 27.5) y para responder a las especialidades que se derivaban de su derecho civil autonómico (art. 149.1.6 CE). Su preámbulo recogía expresamente la necesidad de regular el recurso “para hacer posible que el acceso a dicho recurso de casación sea efectivamente viable”. Luego, en línea con el Congreso que nos cobija, se pretendía facilitar la admisión del recurso. Con todo, era una ley muy concisa, integrada de una pequeña introducción, cuatro artículos y una disposición adicional, otra transitoria y una final. Se ordenaban, asimismo, las resoluciones susceptibles del recurso (art. 1) -cuya principal novedad era la eliminación de la cuantía como requisito de recurribilidad-, los motivos, al efecto (art. 2) -destacando junto a la infracción de normas del ordenamiento jurídico gallego, o además de éste, del común, o de la jurisprudencia del TSJ o de la anterior del TS, el 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 recursos mixtos (común-autonómico) (art. 3) y las costas (art. 4). La disposición adicional apuntaba el carácter supletorio de la LEC.

Esta ley 11/1993 fue recurrida al TC por el Presidente del Gobierno español el mismo año en el que vio la luz, resolviendo aquél una década más tarde mediante la STC 47/2004, de 25 de marzo, que es, a nuestro juicio, la resolución judicial más importante hasta la época en la materia. Prescindiendo de su análisis detallado, conviene destacar algunos elementos:

1) El escrito de interposición del recurso de constitucionalidad del abogado del Estado se basó en la vulneración, por parte del Parlamento gallego, del art. 149.1.6 CE, al tiempo que mantenía que el legislativo autonómico realizaba una regulación procesal del recurso de casación paralela a la prevista en la normativa estatal. Argumentaba, al respecto, que el legislador gallego regulaba mucho más allá de las necesarias especialidades procesales que permite el art. 149.1.6 CE para la defensa judicial de las

relaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica en virtud de las particularidades de su Derecho autonómico.

2) Por su parte, los escritos de alegaciones de la Junta de Galicia y del propio Parlamento gallego defendieron que no se daba la extralimitación competencial denunciada por la Abogacía del Estado, entendiendo que los preceptos de la ley recurrida encontraban plena cobertura en el ejercicio de la competencia que a la CCAA de Galicia reconoce su EEAA (art. 27.5)

3) En el fallo -de estimación parcial del recurso de inconstitucionalidad-, además de su contenido propiamente dicho, llaman la atención dos elementos: (1) que no es unánime, existiendo un voto particular, que es -a nuestro juicio- la mejor muestra de la tendencia negacionista de la casación autonómica, y (2) que antes de resolver la cuestión, el TC muestra el método para medir la constitucionalidad de los preceptos de la ley recurrida, bajo la convicción de que “el art. 149.1.6 CE es el único canon de constitucionalidad a cuya luz ha de dirimirse la presente controversia competencial”. Nos fijaremos en ello, más adelante.

4) El TC declaró inconstitucional todo el articulado de la ley recurrida salvo dos elementos: la eliminación del requisito de la cuantía litigiosa, como requisito de recurribilidad (último inciso del art. 1 a) de la ley recurrida) y el error en la apreciación de la prueba que demuestre desconocimiento por parte del juzgador de hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre, como motivo de recurso, y la exención de prueba de los usos y costumbres notorios (art. 2 ley 11/1993). En ambos casos, el TC advirtió una conexión o vinculación directa entre estos dos elementos (especialidades procesales) y las particularidades del derecho civil de Galicia, justificando constitucionalmente ambas innovaciones procesales con alusión al art. 149.1.6 CE en relación al art. 27.5 del EEAA de Galicia. Concretamente, para justificar la eliminación de la cuantía para recurrir el TC acudió a las particularidades del ordenamiento jurídico-civil propio de Galicia (relaciones jurídicas muy vinculadas al ámbito rural, a su economía esencialmente agraria sobre la base de una propiedad de carácter minifundista, cuyos conflictos son de cuantías litigiosas escasas) y a la función y finalidad del recurso de casación (*ius litigatoris* y *ius constitutionis*, requiriendo la segunda la uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho de Galicia, algo que impide la cuantía mínima litigiosa). Por su parte, la constitucionalidad del motivo específico del recurso -inexistente en la LEC- se salvó entendiéndolo como especialidad procesal derivado del carácter marcadamente consuetudinario del Derecho de Galicia. La misma argumentación se apuntó para la dispensa de la carga de la prueba de tales hechos notorios constitutivos de uso o costumbre.

5) El resto de preceptos de la ley se consideraron inconstitucionales por vulnerar el orden constitucional de distribución de competencias, es decir, por no superar el único canon de constitucionalidad en la materia (art. 149.1.6 CE). Como apuntábamos, la STC 47/2004, explicó la forma o método de corroborarlo. Se hace mediante tres reglas sucesivas. Primero, se determina la particularidad del Derecho sustantivo, que es la que, en su caso, justifica una normación autonómica específica en el orden procesal. A continuación, se ha de señalar respecto de qué legislación procesal estatal (general o común) se predicen las eventuales especialidades de orden procesal incorporadas por el legislador autonómico. En último lugar, se indaga si entre las peculiaridades del

ordenamiento sustantivo autonómico y las singularidades procesales incorporadas por el legislador autonómico existe una conexión directa que justifique las especialidades procesales

Igualmente, resulta interesante la matización que hace la STC 47/2004 a la doctrina constitucional previa llamada *leges repetitae*: proscrita la reiteración o reproducción de normas procesales estatales por el legislador autonómico (criterio mantenido desde la STC 71/1982, especialmente abordada en la STC 173/1998, de 23 de julio), suaviza la prohibición el TC apuntando que no debe extenderse a los supuestos en que la reiteración simplemente consiste en incorporar a la normativa autonómica, ejercida en su ámbito competencial, determinados preceptos del ordenamiento procesal general con la sola finalidad de dotar de sentido o inteligibilidad al texto normativo aprobado por el Parlamento autonómico.

6) El voto particular que acompañó a la STC 47/2004, firmado por dos magistrados, hizo hincapié en “la facultad estrictamente limitada” que reconoce a las CCAAs el art. 149.1.6 CE, reiterando que “no cabe aceptar que la sola existencia de un derecho sustantivo propio faculte a las CCAAs para crear instituciones procesales propias al margen de las reguladas con carácter unitario para todo el Estado, por una simple apreciación de la conveniencia de dictarlas por parte de la CCAA”. Es más, negando la mayor, postulaba que el recurso de casación no es, en modo alguno, una necesaria especialidad de ningún derecho sustantivo, sino una institución que obedece a consideraciones estrictamente procesales, con significado común a todo el sistema procesal, por lo que resulta inaceptable la fragmentación de su regulación desde las CCAAs con derecho sustantivo propio. En definitiva, mantenía que solo el Estado puede ordenar el recurso que nos ocupa, lo que les llevó a postular la inconstitucionalidad de la ley recurrida en su integridad.

Con el aprendizaje constitucional y las consiguientes modificaciones, la CCAA de Galicia dictó la (vigente) ley 5/2005, de 25 de abril, reguladora del recurso de casación en materia de derecho civil de Galicia. Integrada de una breve exposición de motivos, dos artículos y tres disposiciones (una transitoria, otra derogatoria y una final), la nueva ley no es más que una reproducción de la anterior en lo no declarado anticonstitucional, no adoleciendo, por tanto, de ninguna sospecha de inconstitucionalidad. Concretamente, su exposición de motivos se refiere al título competencial que posibilita la ley (arts. 22 y 27.5 EEAA de Galicia y art. 149.1.6 CE) y alude a la mentada STC 47/2004, en cuanto delimitó “el ámbito constitucionalmente correcto de actuación del Legislativo autonómico en esta materia”. Se apunta, además, el fin público de la casación (“la creación de una doctrina jurisprudencial sobre el derecho civil gallego”). Mientras el artículo uno señala el objetivo de la ley (la regulación del recurso de casación en materia de derecho civil de Galicia), de conformidad con la competencia prevista en el EEAA de Galicia (art. 27.5), el segundo “en desarrollo de *la competencia exclusiva* de la CCAA para la regulación de las normas procesales derivadas del derecho gallego”, establece las “especialidades en la regulación del recurso de casación en materia civil” que son, a la sazón, dos: la consideración como motivo casacional del error en la apreciación de la prueba que demuestre desconocimiento por parte del juzgador de hechos notorios que supongan

infracción del uso o costumbre y el no sometimiento a limitación alguna por causa de su cuantía litigiosa a las sentencias objeto de casación.

5. LA LEY 4/2005, DE 14 DE JUNIO, SOBRE LA CASACIÓN FORAL ARAGONESA

Poseedora de un derecho civil propio y con competencia para conservarlo, modificarlo y desarrollarlo (art. 35.1.4 del EEAA de Aragón (Ley orgánica 8/1982, de 8 de agosto), esta CCAA también se reservó la casación relativa a su derecho civil (art. 29.1 a)). No obstante, la reforma de su EEAA, operada mediante la LO 5/1996, de 30 de diciembre, modificó el art. 29.1. a) suprimiendo la reserva del recurso que nos ocupa. En este panorama, en aplicación del nuevo texto estatutario, el TSJ de Aragón entendió que no detentaba competencia para conocer de la casación autonómica (ATSJ Aragón de 14 de abril de 1997) al tiempo que el TS discernía que aquél mantenía la competencia por tratarse de un defecto de técnica legislativa, subsanable por vía interpretativa (ATS 10 febrero de 1998). La doctrina, por su parte, aparecía fraccionada, entre los que entendían que, hasta que el EEAA no fuera reformado para reintroducir el título competencial perdido, el TSJ no podía conocer de la casación aragonesa y los que, siguiendo al TS, mantenían que se trataba de un error legislativo subsanable mediante la interpretación. Por fin, el año 2000, el TSJ autonómico asumió su competencia para conocer del recurso de casación autonómico (ATSJ 22 septiembre de 2000). La cuestión quedó en una mera anécdota jurídica, reconociendo el vigente EEAA la competencia (art. 63.2).

En el contexto descrito, Aragón promulgó su ley propia de casación autonómica en el año 2005. Siguiendo el aprendizaje y modelo gallego, presentó una ley concisa, con un preámbulo, tres artículos y dos disposiciones (transitoria y final). Concretamente, el legislador aragonés alude al título competencial (art. 35.1.4 EEAA de Aragón) para justificar la innovación procesal que conlleva la ley, señalando la importancia de la jurisprudencia de su TSJ “en la tarea de revitalizar nuestro Derecho” y el escaso número de asuntos que están accediendo a la casación foral aragonesa debido a “las peculiaridades de nuestro Derecho”. Más concretamente, su artículo primero, recogiendo el contenido del art. 478.1 II LEC, atribuye a la Sala primera del TSJ aragonés el conocimiento de los recursos de casación contra resoluciones de los tribunales civiles con sede en esa CCAA, siempre que el recurso se funde exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del derecho civil aragonés. No supone, por tanto, innovación alguna. Sí conlleva novedad su artículo segundo, cuando dispone que son recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales (en adelante, AP) cuando la cuantía del asunto exceda de 3000 euros o sea imposible de calcular ni siquiera de modo relativo. Advertimos, así, una rebaja más que considerable del montante exigible para la casación común -600.000 euros- (art. 477.2.2 LEC). Además, recuérdese que en la casación común no se permite ésta si el valor del asunto es incalculable. Además, la ley aragonesa alude, como segundo y último requisito de recurribilidad, al interés casacional, aplicable en todo caso -“aunque la determinación del procedimiento se hubiese hecho en razón de la cuantía”- (luego, es el mismo régimen que el de la casación común, en el que este criterio de recurribilidad únicamente es incompatible

con la materia atinente a la protección de derechos fundamentales), identificándolo (art. 3) con (1) la oposición de la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial del TSJ de Aragón o del TS, dictada en aplicación de normas del derecho civil aragonés, o la inexistencia de dicha doctrina en relación con las normas aplicables; (2) la decisión, por parte de la sentencia recurrida, de puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las APs y (3) con la aplicación, por la sentencia recurrida, de normas del Derecho civil aragonés que no llevan más de 5 años en vigor, siempre que no exista doctrina jurisprudencial relativa a normas anteriores de igual o similar contenido. Luego, se hace una interpretación extensiva del art. 477.3 LEC

6. LA LEY 4/2012, DE 5 DE MARZO, DEL RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA DE DERECHO CIVIL DE CATALUÑA

Cataluña reguló la casación civil en su ley 4/2012, de 5 de marzo, del recurso de casación en materia de derecho civil de Cataluña. Aprendiendo de lo acontecido en Galicia y, especialmente, de la STC 47/2004, de 25 de marzo, ordena una ley diferente a las anteriores, iniciando, a nuestro juicio, un modelo distinto al gallego -al que siguió Aragón-. Un preámbulo mucho más extenso que las leyes autonómicas casacionales previamente estudiadas es seguido de cuatro artículos y dos disposiciones finales.

En análisis de conjunto, llaman la atención dos elementos: (1) la designación del TSJ catalán al que también se llama Tribunal de Casación de Cataluña y (2) que, tras explicar, en el preámbulo, que el legislador catalán opta por establecer el “interés casacional” como único criterio de recurribilidad o acceso a la casación, se elude este término en el articulado.

Con más concreción, el preámbulo -llamativamente hacia su ecuador- señala el título competencial para dictar las normas procesales específicas derivadas de las particularidades del derecho sustantivo de Cataluña: el art. 130 del EEAA de Cataluña en concordancia con el art. 149.1.6 CE. Antes, como idea inicial, señala la competencia exclusiva del TSJ catalán para la unificación de la interpretación del derecho de esa CCAA, y la naturaleza complementaria de la jurisprudencia del TSJ en la interpretación y aplicación del derecho civil catalán (Código Civil de Cataluña art. 111-2.2), identificando la casación como instrumento procesal al efecto. Remarca, en este sentido, la importancia de la ordenación de este recurso, en general, y de los criterios de acceso, en particular -luego, la fase de admisión que nos ocupa-, para que cumpla su finalidad. En relación a éstos, apunta que, desde que se creó el TSJ, se han utilizado los mismos que para la casación común ante el TS, lo que supone una restricción que dificulta que el TSJ de Cataluña alcance su fin, quedando muchas materias del derecho civil catalán sin acceso a la casación. Justifica así las innovaciones que presenta la ley, con respeto a la normativa vigente y en atención a las necesidades del derecho civil catalán. Se cita, en este sentido, como “especificidad previa a cualquier otra consideración” una que afecta al ordenamiento en su conjunto: el desarrollo cuantitativo y cualitativo del derecho civil catalán, ligado al proceso de codificación iniciado en 2002, “debe considerar la posibilidad de una producción correlativa de jurisprudencia”.

Confunde, en nuestra opinión, el preámbulo requisito de recurribilidad y motivo de casación cuando apunta que el recurso de casación autonómico puede “fundamentarse

en la infracción de la jurisprudencia del propio TSJ de Cataluña”. A mayor abundancia, es incongruente, además, con el articulado en el que se recoge, como motivo único, la infracción de normas del ordenamiento civil catalán (art. 2).

Tras apuntar que los requisitos de recurribilidad de la LEC reducen considerablemente el número de casaciones que llega al TSJ catalán, dejando la mayoría de las cuestiones del derecho civil catalán fuera de aquélla, muestra su voluntad de no excluir ningún tipo de asunto de la posibilidad de acceder a la casación. Al efecto, el legislador catalán opta por un único criterio de recurribilidad: el interés casacional, que rige en todos los asuntos. Se permite el acceso a la casación siempre que exista contradicción entre la resolución impugnada y la doctrina jurisprudencial del TSJ catalán y cuando se alegue la falta de jurisprudencia, sin que el tiempo de vigencia de la norma con relación a la que se alega la falta de jurisprudencia desvirtúe el interés casacional. Con ello, se prioriza el desarrollo del derecho civil catalán, sin que ningún asunto quede fuera de casación, entendiendo remoto el riesgo de que se produzca un alud de asuntos.

Por último, el preámbulo se refiere a los recursos mixtos, aquellos en los que concurre la normativa estatal y la catalana. Curiosamente, tras reconocer que la alegación de la infracción de un precepto de derecho civil catalán habilita al TSJ catalán para conocer de la casación con relación a cualquiera de los objetos -sin decirlo, no está más que aplicando el art. 478. 1 II LEC-, apunta que no todas las pretensiones acumuladas tienen acceso a casación por este solo hecho, debiendo en, su caso, todas ellas cumplir *los criterios* de impugnabilidad.

Entrando ya con el análisis objetivo de su articulado, el legislador catalán dispone, en primer lugar, el ámbito de aplicación de la ley, vinculando el recurso de casación sustanciado por el TSJ de Cataluña con los asuntos que se rigen por el ordenamiento civil catalán (art. 1). Asimismo, tal y como hace la LEC (art. 477.2), la ley catalana establece como resoluciones recurribles las dictadas en materia civil por la APs con sede en Cataluña (art. 2.1). Se copia, igualmente, la ley estatal al establecer el único motivo del recurso: “el recurso de casación debe fundamentarse, exclusivamente o junto a otros motivos de impugnación, en la infracción de normas del ordenamiento civil catalán” (art. 2.2 ley casación catalana y 478.1 II LEC).

Curiosamente, y en relación al art. 5.4 LOPJ -sin mencionarlo expresamente- el art. 2.3 dispone que conocerá el TSJ catalán cuando se alegue la infracción de un precepto constitucional o de la doctrina del TC, “si no procede la casación ante el TS”. Luego, estamos ante una cláusula de reserva residual de competencia.

Confunde el articulado requisito de recurribilidad y causa o motivo de impugnación, en el artículo 3, al ordenar los requisitos de acceso a la casación ante el TSJ catalán: la contradicción de la sentencia recurrida con la jurisprudencia del TSJ catalán o la falta de esta última, sin perjuicio del tiempo de vigencia de la norma con relación a la que se alega esta falta.

Divisamos otra singularidad de esta ley en su último precepto (art. 4), en el que se prevé que, si en la resolución del recurso de casación autonómico, el TSJ catalán aprecia la infracción de una norma procesal del ordenamiento civil catalán, ordenará la medida adecuada para hacerla efectiva. Entendemos que este precepto no es más que una aplicación del principio de legalidad que rige la actuación de los tribunales, en general,

y del TSJ catalán, en concreto (art. 117.1 CE). Resulta llamativo la referencia del legislador catalán a “una norma procesal del ordenamiento civil catalán”, con alusión, a nuestro juicio, a un código procesal inexistente, cuando en materia de casación existe una única ley -la que estudiamos- con cuatro únicos artículos.

7. EL ANTEPROYECTO VASCO

Respondiendo al deseo de la doctrina y la propia magistratura, Euskadi cuenta desde junio del 2019 con un anteproyecto de ley de recurso de casación civil vasco. En relación al mismo, tres son los documentos existentes: el correspondiente a la consulta pública previa sobre el anteproyecto; la orden del consejero de gobernanza pública y autogobierno por la que se aprueba con carácter previo el anteproyecto y el correspondiente informe del Consejo General del Poder Judicial (en lo sucesivo, CGPJ), que cuenta con un voto particular de dos vocales. Su análisis nos va a permitir conocer la extensión y contenido original de la iniciativa vasca, sin perjuicio de que, finalmente, la ley aprobada por el Parlamento vasco sea diferente.

Para cumplir con el dictado del art. 133 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el Ejecutivo Vasco da consulta pública sobre el anteproyecto de ley de casación civil vasco antes de la redacción de su propuesta. En el documento correspondiente se exponen, en primer lugar, los problemas que se pretenden solucionar con la iniciativa: la escasa carga de trabajo del TSJ vasco y la necesidad de generar jurisprudencia sobre el derecho civil vasco. Se alude a la necesidad de la regulación proyectada y la normativa vigente al respecto, a continuación, incidiendo en la falta de adecuación de la normativa de la LEC a las reales necesidades del Derecho civil vasco, cuyas rigurosas exigencias han sustraído de la casación materias e instituciones de gran arraigo y conflictividad social del derecho vasco. Se reconocen como objetivos de la futura norma *suprimir* el requisito de la cuantía y establecer el interés casacional como única condición de recurribilidad, simplificándolo, permitiendo el acceso al recurso siempre que no exista jurisprudencia sobre la cuestión o las APs tengan resoluciones contrapuestas.

Fijémonos, ahora, en el anteproyecto de ley de casación civil vasca -en su primer borrador- aprobado en junio de 2019. Más extensa que las previamente existentes, se integra de una Exposición de Motivos extensa, 6 artículos y dos disposiciones. La Exposición de Motivos, siguiendo el modelo catalán, comienza recordando la función de unificación de doctrina que corresponde al TSJ vasco, si bien enlazándola con la normativa vigente en materia de casación -común y autonómica- remarcando la competencia casacional del TSJ vasco. Se apunta que este marco normativo no está dando su fruto, resultando demasiado rígido para que el TSJ vasco realice su función unificadora. Aunque ello se deba “a una multitud de causas”, se alude especialmente a la *summa gravaminis* requerida, cuya aplicación deja fuera de casación materias e instituciones que, pese a su limitada valoración económica, son de gran arraigo y conflictividad social. Por ello, y en ejercicio del título competencial correspondiente (art. 10.5 y 14.1 a) del EEAA del País Vasco y el art. 149.1.6 CE) y, conforme a la interpretación que del art. 149.1.6 CE hace el TC, en la STC 47/2004, igual que han hecho otras CCAAs, en atención a las necesarias especialidades procesales que se

derivan de las particularidades del Derecho civil vasco, el Legislativo Vasco elabora esta ley, “con la finalidad de intensificar las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos”, reforzando para ello el recurso de casación. En esta línea, el prelegislador vasco identifica, en la Exposición de Motivos, dos premisas de partida de la nueva ley: la supresión del requisito de la cuantía, manteniendo únicamente el del interés casacional, y la simplificación del interés casacional, permitiendo el acceso a la casación siempre que no exista jurisprudencia sobre la cuestión o las APs tengan resoluciones contrapuestas, sin perjuicio de la cuantía y la materia del asunto y del tiempo de vigencia de la norma con relación a la cual se alega la falta de jurisprudencia. Se señala, igualmente, el motivo de la casación autonómica: la infracción del derecho aplicable para resolver las cuestiones objeto de proceso, que exclusivamente o junto a otros motivos, haga referencia a la infracción de normas del Derecho civil, foral o especial propio del País Vasco. Luego, advertimos, una vez más y siguiendo al resto de leyes autonómicas, una copia del art. 481.1 II LEC. Se alude, a continuación, al mecanismo de admisión que crea la nueva ley, a fin de que la casación no se convierta en una tercera instancia y cumpla su función nomofiláctica. El legislador vasco opta, al respecto, por describir los supuestos en los que un asunto puede acceder al TSJ por concurrir interés casacional, objetivando éste. Se matiza que, a estos efectos, también se tendrá en cuenta la jurisprudencia del TS sobre el derecho civil vasco, siempre que no haya sido sustituida por la doctrina del TSJ vasco.

Inciendo en su articulado, tras reconocer el objetivo de la ley -regulación del recurso de casación vasco- (art. 1), establece la competencia del TSJ vasco para conocer de la casación (art. 2). En su configuración, llaman la atención dos elementos: la alusión al EEAA, a la LOPJ, “o” la LEC y a “cualquier otra norma procesal de rango legal” como legitimadoras para la atribución del conocimiento de este recurso al TSJ y una copia del art. 484.3 LEC, en su segundo párrafo, apuntando que el TSJ vasco no podrá declinar su competencia cuando la casación le haya sido remitida por el TS. El artículo tercero, por su parte, ordena el motivo del recurso. Llama la atención que en su literalidad únicamente hace referencia a la infracción de normas del derecho vasco aplicables para resolver el objeto del proceso. Su segundo párrafo identifica las resoluciones recurribles: sentencias y autos definitivos dictados en apelación por las AP cuando actúan como tribunal colegiado que presentan interés casacional. Se añade, igualmente, un listado de resoluciones que no tienen acceso a la casación: las que no ponen fin al proceso, las que tienen carácter incidental o cautelar y las que no impiden un procedimiento posterior con el mismo objeto.

El interés casacional se ordena en el artículo cuarto, apuntando que se considera existente en cuatro casos: (1) cuando la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia del TSJ en la materia; (2) cuando la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia histórica, aún vigente, de otros tribunales, que antes de la existencia del TSJ vasco conocieron de la unificación de la jurisprudencia vasca; (3) cuando la sentencia recurrida resuelve una cuestión de derecho civil vasco en la que no exista jurisprudencia del TSJ vasco, sea esta relativa a la propia ley o de normas anteriores de igual o similar contenido y (4) cuando la parte recurrente justifique debidamente la necesidad de modificar la doctrina previa porque ha evolucionado la realidad social del tiempo en que

la norma invocada ha de ser aplicada o la común opinión de la comunidad jurídica sobre el modo en que la aplicación de la norma ha de atender a su espíritu y finalidad.

Se ordena la inadmisión del recurso en el art. 5, añadiendo, al efecto, a los casos previstos en la LEC, cinco más: (1) recurso improcedente, por no ser recurrible la sentencia o cualquier otro defecto de forma no subsanable; (2) incumplimiento, por parte del escrito de interposición del recurso de los requisitos previstos en la ley de casación vasca o en la LEC; (3) la inexistencia de interés casacional, en los términos previstos en la ley vasca; (4) falta manifiesta de fundamento del recurso o la resolución previa de recursos sustancialmente iguales en el fondo, y (5) cuando habiendo justificado el interés casacional en la necesidad de modificar la doctrina establecida, el TSJ estime que ésta no procede.

Por último, se prevé la aplicación de la LEC en todo lo no regulado en la ley vasca de casación (art. 6).

Como apuntábamos, el CGPJ ha dictado informe en relación al anteproyecto de ley de casación civil vasca en ejercicio de la función consultiva que le reconoce la LOPJ en relación con cuestiones relativas a la organización, el funcionamiento y la actividad de los órganos que integran el Poder Judicial (art. 561.1 apartado sexto y séptimo). Valora positivamente el art. 1, por no introducir ningún tipo de innovación ni entrar en contradicción con lo dispuesto en la LEC. No ocurre lo mismo con el segundo (que establece la competencia del TSJ vasco), justificando que, tal y como se desprende del fundamento decimoquinto de la STC 47/2004, es competencia exclusiva del legislador estatal la introducción de este tipo de reglas, por lo que sugiere suprimir este precepto del anteproyecto. Califica, por otra parte, como confusa la redacción del art. 3.1 del anteproyecto (motivo del recurso), que permitiría una lectura ampliadora del ámbito del recurso de casación vasco, “en la medida que pudiera entenderse que baste como motivo casacional la infracción de cualquier norma sustantiva aplicable con una mera referencia al derecho civil vasco”, hecho que, a juicio del CGPJ, supone una innovación fuera del alcance de la competencia autonómica vasca, conforme al art. 149.1.6 CE. Sugiere, por ello, que el motivo casacional se redacte en términos equivalentes al 478.1 LEC, esto es, referidos a la infracción del derecho civil vasco. Recuerda, además, el máximo órgano de gobierno del Poder Judicial que no toda norma autonómica aplicable para resolver litigios sobre materias de Derecho privado constituye norma Derecho civil foral o especial, “pues las competencias de las CCAAAs pueden extenderse, en mayor o menor medida, a materias que guarden relación con el Derecho privado pero que en puridad no integran su Derecho civil propio”.

En relación a la ordenación de las resoluciones recurribles (art. 3.2), el CGPJ coteja la ordenación vasca con el art. 477.2 LEC, entendiendo que el proyecto vasco amplía el ámbito de las resoluciones (sentencias y autos definitivos dictados en apelación por las APs cuando actúan como tribunal colegiado que presenten interés casacional), incurriendo en exceso carente de justificación. Se requiere especialmente que se suprima la referencia al carácter recurrible de los autos. Además, entendiendo que la eliminación de la cuantía pretende favorecer el aumento de las posibilidades de acceso a la casación, sugiere que, en la Exposición de Motivos, se concreten más, las razones que hacen específicamente necesaria la medida en atención a las especialidades del derecho civil vasco. Alerta, además, del peligro que acarrea su eliminación y la apuesta por él

interés casacional, pues cuando no exista este último la casación no prosperará, por lo que se incumplirá la finalidad y objetivo de la ley vasca (la función nomofiláctica mediante la función unificadora de la doctrina). Por último, solicita que se revise el tenor literal del art. 3.2 que se refiera a las APs, en general, sin hacer referencia a las del País Vasco, que son los órganos jurisdiccionales de los que pueden emanar las sentencias definitivas y firmes susceptibles de ser recurridas en casación ante el TSJ vasco.

En relación al art. 4, que establece los supuestos en los que, a los efectos del recurso de casación civil autonómico vasco, un recurso presenta interés casacional, a juicio del CGPJ, tres son las novedades que trae este precepto: (1) la eliminación del requisito de la antigüedad de la norma a que se refiere el art. 477.3 LEC, lo que no le merece tacha alguna; (2) el reconocimiento del interés casacional de la eventual contradicción de la sentencia recurrida con la doctrina jurisprudencial de todos los tribunales a los que, con anterioridad a la creación del TSJ vasco, correspondiera la jurisdicción para resolver los recursos presentados contra las sentencias de jueces y tribunales radicado en el País Vasco, elemento que critica, entendiendo que conduce a ampliar el ámbito de la casación vasca, a través de la ampliación de los elementos que sirven para configurar el interés casacional, sin que se encuentre debidamente justificada por las particularidades del Derecho civil vasco y (3) el reconocimiento del interés casacional cuando la parte recurrente justifique debidamente la necesidad de modificar la doctrina previa porque ha evolucionado la realidad social del tiempo en que la norma invocada ha de ser aplicada o la común opinión de la comunidad jurídica sobre el modo en que la aplicación de la norma ha de atender a su espíritu y finalidad. Censura el CGPJ este último elemento, cotejándolo con el contenido del art. 477.3 LEC, entendiendo que el prelegislador vasco pretende hacer posible la admisión de recursos de casación en los que se planteen tesis contrarias a las sustentadas por la doctrina jurisprudencial vigente y pacífica establecida por el TSJ vasco. En su opinión, mediante este criterio, se pretende configurar el recurso de casación vasco mediante un sistema de avocación o *certiorari*, y, por ende, como “una suerte de tercera instancia”, desconociendo su función nomofiláctica. Por ello, estimando que el apartado cuarto del art. 4 contiene especialidades no justificadas por las particularidades que caracterizan el derecho sustantivo autonómico, sugiere su supresión.

Valora el art. 5 del anteproyecto en relación con el art. 483.2 LEC. A su juicio, ello permite advenir que las reglas establecidas en los subapartados 1 a 4 no son verdaderas novedades en respecto a la ordenación de la LEC, sino meras reiteraciones. Por el contrario, se postula la supresión del subapartado 5 que recoge un supuesto singular de inadmisión directamente vinculado al apartado cuarto del art. 4, cuya supresión, igualmente, sugiere.

Por último, se sugiere la supresión o reformulación del art. 6 (supletoriedad de la LEC en todo lo no previsto en la ley vasca), pues las disposiciones de la LEC son aplicables sin necesidad de que lo reafirme la ley vasca y porque la ley vasca introduce una suerte de supletoriedad que no es conciliable con el modelo de distribución de competencias derivado del art. 149.1.6 CE.

Reflejo del carácter interesante de la cuestión es el voto particular que acompaña al informe del CGPJ, suscrito por un vocal vasco, al que se adhiere otra vocal catalana.

Destaca la patente cerrazón del órgano de gobierno ante las previsiones de la casación civil vasca que no se corresponden exclusivamente con las de la LEC, quedando vacía de contenido la competencia de la CCAA vasca sobre las especialidades procesales de su derecho civil foral, conforme al art. 149.1.6 y 8 CE. Se critica, en general, el tono imperativo del Informe, postulando que debería rebajarse en algunos apartados. En concreto, se entienden especialidades procesales debidamente justificadas por las particularidades del Derecho civil vasco los elementos que sirven para configurar el interés casacional en los artículos 3 y 4; se remarca que el informe no toma en consideración la especial relevancia que en el caso del Derecho civil vasco tienen la costumbre y los principios generales como fuentes del derecho y la doctrina emanada de los tribunales, destacando que la larga ausencia de órganos legislativos propios -desde la abolición foral en 1876 hasta la CE- impidió o dificultó la codificación de las normas consuetudinarias y la renovación de las pocas normas escritas. En esa clave se explica el art. 4.2 que dota de valor a los efectos de determinación del interés casacional a las resoluciones de tribunales históricos y del TS con anterioridad a la creación del TSJ vasco. A juicio de los vocales discrepantes, ello no daña la unívoca interpretación de la ley sustantiva que debe acometer el TSJ vasco; únicamente se dota de valor a dicha jurisprudencia histórica a los efectos de integrar el interés casacional o de servir de doctrina de contraste, siempre ante el TSJ vasco.

Se defiende, igualmente, el art. 4.4, negando que la posibilidad de plantear ante el TSJ vasco tesis contrarias a su doctrina desconozca la función nomofiláctica. Apuntan, en este sentido, que esta función atiende a la defensa de la norma en sí, no a la de la doctrina del tribunal casacional, sin que pueda, por ende, el TSJ vasco lastrar la posible evolución de la interpretación de la norma. Entienden este funcionamiento especialmente importante respecto a las normas consuetudinarias o no escritas. Por ello, mantienen que la supresión del art. 4 dificulta la función de unificación de doctrina. Idéntica opinión aplican al subapartado 5 del art. 5.

8. VALORACIÓN EN RELACIÓN A LA ORDENACIÓN DE LA FASE DE ADMISIÓN EN LAS NORMAS AUTONÓMICAS SOBRE LA MATERIA

8.1 Previo: sobre la legitimidad de la ordenación específica

Como hemos apuntado, es el art. 149.1.6 CE el que legitima la posibilidad de las CCAAs de normar su casación autonómica. Es indiscutible que lo hace de una manera limitada (el famoso “sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”) y que la mera existencia del derecho civil autonómico no justifica la posibilidad de ordenar su repercusión procesal. Es, al tiempo, en palabras de la citadísima STC 47/2004 “el único canon de constitucionalidad a cuya luz ha de dirimirse” los conflictos competenciales en la materia entre el Estado y las CCAAs. Sin embargo, la trascendencia de la cuestión no se corresponde con la forma de su ordenación constitucional. En este sentido, es mayoritaria la doctrina que estima el tenor literal del art. 149.1.6 CE confuso, ambiguo o vago, dibujando unos límites muy difíciles de precisar, que requieren, en todo caso, la intervención del TC. Obviamente, esta

conclusión muestra lo inadecuado de la ordenación del reparto de competencias Estado-CCAAAs en materia procesal.

En relación al método seguido por el TC para medir la constitucionalidad de la actuación procesal de las CCAAAs lo más cuestionable es que se requiera al legislador autonómico o a quien asuma la defensa de la ley, en su caso, impugnada por el Estado, la defensa de las especialidades procesales derivadas de las particularidades del derecho sustantivo. ¿Es legítimo requerir a alguien que justifique el ejercicio de una competencia reconocida por la CE? Aunque no falta quien aplaude el método y proceder del TC, reiteramos que la trascendencia de la cuestión (reparto competencia procesal entre Estado y CCAAAs) requiere mayor concreción y seguridad jurídica.

Existe en la doctrina quien mantiene que el ejercicio de la competencia del art. 149.1.6 CE, por las CCAAAs, atenta a la igualdad o que la “uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales”, que protege el art. 149.1.6 CE, es incompatible con la excepción que reconoce competencia en materia procesal a las CCAAAs. También existe quien niega cualquier posibilidad de ordenación autonómica en materia procesal argumentando que la LEC sirve para todas las pretensiones que se planteen en cualquier proceso, no correspondiendo al derecho procesal estatal suplir las deficiencias que pueda traer la existencia de los derechos autonómicos. Frente a ellos, no obstante, es mayoritaria la postura de quienes mantienen que las particularidades sustantivas del derecho autonómico requieren la ordenación de las especificidades procesales para garantizar la tutela judicial efectiva, también de los justiciables de las CCAAAs con derecho civil propio, debiendo el Estado velar porque aquéllas realicen esta labor en cuanto a él corresponde la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE).

8.2 Sobre la regulación expansiva de las leyes autonómicas de casación civil

Se escuchan voces que denuncian la ordenación expansiva de las leyes autonómicas que, lejos de limitarse a establecer las especificidades procesales, derivadas de las particularidades sustantivas del derecho autonómico y necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva de los justiciables, realizan regulaciones paralelas a la contenida en la LEC para la casación común. La doctrina mantiene que, de esta guisa, “ensanchan el acceso a la casación”, abriéndose la puerta de su admisión. El análisis objetivo realizado sobre la materia demuestra que es cierta la crítica relativa a la regulación expansiva de las leyes autonómicas. En este sentido, si bien la ley gallega y aragonesa se han mostrado comedidas, apostando por ordenar únicamente aquéllos elementos bendecidos por la STC 47/2004 -sentencia referencia en la cuestión hasta el día de hoy-, la ley catalana y especialmente la iniciativa prelegislativa vasca han optado por una ordenación más exhaustiva y atinente a elementos diferentes a aquéllos. En el caso catalán, llama la atención, además de la especificidad procesal genérica alegada (la necesidad de jurisprudencia) y la referencia al “Tribunal de Casación de Cataluña”, la ordenación del supuesto en que se alegue la infracción de un precepto constitucional o la doctrina del TC (art. 2.3 ley 4/2012) o la facultad del TSJ de Cataluña de hacer cumplir la normativa procesal autonómica (art. 4 ley 4/2012). En la iniciativa

prelegislativa vasca son más aún los elementos ordenados que demuestran una regulación expansiva -casi paralela- de la casación autonómica: la imposibilidad del TSJ vasco de declinar su competencia para conocer de los recursos de casación que le remita el TS (art. 2.2), la amplitud del interés casacional (art. 4), los motivos de inadmisión del recurso -con referencia expresa a los previstos en la LEC- (art. 5) y la aplicación de la LEC en todo lo no previsto en la ley (art. 6). Como el TC no se ha pronunciado sobre la ley catalana -y obviamente, la vasca, por estar aún en un estadio de germinación o nonato- no sabemos qué ocurrirá en relación a estos preceptos, primando la incertidumbre, si bien sospechamos que no van a pasar el test de constitucionalidad.

8.3 Sobre la flexibilización de la ordenación común en las leyes autonómicas

Ante la opinión doctrinal que remarca la flexibilización de la ordenación autonómica, en general, y respecto a los requisitos de recurribilidad, en particular, las propias leyes autonómicas reconocen la rigidez de la normativa común contenida en la LEC para garantizar la casación autonómica y sus objetivos. Entendiendo ciertas las diferencias y necesidades de la casación autonómica y común, y la situación dispar -nos atrevemos a apuntar, casi contraria- de carga de trabajo del TSJ y el TS, parece necesaria la flexibilización de la normativa común para la casación autonómica. Algún autor vincula esta flexibilización con la concreción de la regulación que contiene la LEC. Ahora bien, ¿cabe flexibilizar por flexibilizar para obtener más jurisprudencia aunque no existan las particularidades sustantivas en el derecho autonómico que justifiquen las especificidades procesales? En otros términos: ¿es suficiente la necesidad de jurisprudencia -cuestión sin duda, de política procesal- para ordenar una ley de casación autonómica? Si es así, habría que reconocerlo abiertamente para todos los casos y todas las CCAAs que poseen un derecho civil autonómico, sin perdernos en interpretaciones del art. 149.1.6 CE.

8.4 Sobre el criterio de la cuantía como requisito de recurribilidad

El criterio de la cuantía es especialmente criticado en relación a la casación común, resultando casi unánime la consideración de que su configuración tiene como único fundamento la actuación como barrera de entrada a la casación. Se censura, especialmente, el incremento de la cantidad que se ha ido produciendo arbitrariamente, guiado únicamente por el interés en reducir las casaciones. En el ámbito autonómico nos encontramos, en relación a este criterio, con un panorama integrado por tres realidades: (1) la de las CCAAs que aplican la cuantía estatal (600.000 euros) -aquéllas que no tienen ley autonómica propia-; (2) la de las CCAAs que eliminan este criterio, paradigmáticamente, la ley gallega, a la que han seguido la catalana y el proyecto prelegislativo vasco y (3) la ley aragonesa, que reduce la cuantía a 3000 euros, permitiendo, igualmente, la casación de aquéllas sentencias de valor incalculable. En relación a estas últimas el conglomerado es, igualmente, dispar: como sabemos, en el ámbito común quedan fuera de la posibilidad de casación, luego, también en aquellas CCAAs que no cuentan con normativa propia; mientras que en el resto de CCAAs (Galicia, Aragón, Cataluña y previsiblemente en el País Vasco) son perfectamente casables.

Se interpreta este contexto de forma negativa, por parte de la doctrina, argumentando que las cuantías distintas afectan a la igualdad, tanto en el acceso a los tribunales, como en la posibilidad de utilizar los mismos recursos para la defensa de los justiciables, lo que, en definitiva, supone un distinto alcance del derecho a la tutela judicial efectiva. Nosotros, no obstante, postulamos la eliminación de este requisito en las CCAAs para posibilitar la existencia de jurisprudencia autonómica que complemente el derecho civil de aquéllas. Ahora bien, *lege ferenda* nos encontramos con el mismo problema: el alegato constitucional para la eliminación de este requisito (¿especificidad procesal derivada de particularidad sustantiva?), resultando “dudosa” la justificación que no sea meramente política (la necesidad de jurisprudencia).

8.5 Sobre el interés casacional como requisito de recurribilidad

El análisis objetivo de las leyes autonómicas realizado -especialmente, de la ley catalana- muestra una apuesta por el legislador autonómico por este criterio para abrir (flexibilizar, en definitiva, como decíamos) la casación a todas las materias del derecho autonómico sin miedo a que ello colapse su TSJ. Al respecto, incluso, eliminan el requisito de la exigencia de menos de 5 años en vigor de la norma aplicada en la sentencia recurrida exigida en la normativa común. Llama la atención en el anteproyecto vasco el reconocimiento del cuarto caso en el que existe interés casacional (“cuando la parte recurrente justifique debidamente la necesidad de modificar la doctrina ya establecida en relación con el problema jurídico planteado porque hayan evolucionado la realidad social del tiempo en el que la norma invocada ha de ser aplicada o la común opinión de la comunidad jurídica sobre el modo en que la aplicación de la norma ha de atender en última instancia a su espíritu y finalidad”), por la tremenda potestad que se reconoce abiertamente al TSJ para elegir los casos que quiere conocer en casación, similar al *certiorari* norteamericano o al régimen previsto para la casación en el ámbito contencioso-administrativo tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. ¿Qué diagnóstico hacemos de esta cuestión? En general, aplaudimos la flexibilización o generalización del criterio del interés casacional, por ser el medio adecuado para garantizar la existencia de jurisprudencia autonómica, si bien, echamos en falta una justificación constitucional al respecto. Celebramos especialmente la eliminación de la exigencia de menos de 5 años en vigor de la norma aplicada en la sentencia recurrida.

8.6 Sobre la ruptura del motivo único de casación o el error en la apreciación de la prueba como motivo del recurso de casación autonómico

Como explicamos, la STC 47/2004, de 25 de marzo, reconoció la constitucionalidad del motivo específico del recurso de casación “el error en la apreciación de la prueba que demuestre desconocimiento por parte del juzgador de hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre”, luego, basado en el error de hecho y opuesto al error de derecho (“la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso” (art. 477.1)) que fundamenta este recurso en nuestro ordenamiento jurídico. Reconocido en la ley de casación originaria gallega (art.

2.2. ley 11/1993, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de derecho civil especial de Galicia) y recogido después en la vigente (art. 2.1 ley 5/2005, de 25 de abril, reguladora del recurso de casación en materia de derecho civil de Galicia), estamos, a nuestro juicio, ante el elemento más censurado de esta sentencia. Se critica su formulación técnico-jurídica porque una norma jurídica no puede ser objeto de prueba, en cuanto 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. Se ha argumentado, igualmente, que la aceptación de este motivo de casación, rompiendo el monopolio del motivo único, conlleva una alteración de la normativa procesal general que no deriva de las peculiaridades sustantivas del derecho autonómico gallego, resultando imposible apreciar la necesaria conexión directa entre el derecho sustantivo autonómico y el mantenimiento de este motivo. Se apunta, además, que rompe la necesaria uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales; que desnaturaliza el carácter extraordinario de este recurso, en cuanto lo convierte en una nueva instancia en la que las partes tienen la oportunidad para impugnar el resultado probatorio realizado por el juzgador de instancia y que puede colapsar al TSJ. Con todo, el TC admite el “error de hecho” en un recurso basado en el “error de derecho”. Nuestra opinión al respecto se resume en el brocardo *Roma locuta, causa finita*. Si el TC ha reconocido esta especificidad procesal del Derecho gallego no seremos nosotros los que lo contradigamos. Sí queremos, no obstante, llamar la atención sobre la ausencia de este motivo en leyes más expansivas con la catalana o la vasca, cuando en ambas ha existido un derecho consuetudinario consistente y realmente es la forma de obtener jurisprudencia abundante. ¿No será que el legislador catalán y vasco no advierten la consistencia de este motivo ni su fundamentación constitucional?

EL RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO-TRIBUTARIO¹

Sonia CALAZA LÓPEZ
Catedrática de Derecho Procesal
UNED

José Carlos MUINELO COBO
Profesor Titular de Filosofía del Derecho
UNED

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. TRANSFORMACIÓN DE LA CASACIÓN CONTENCIOSO-TRIBUTARIA. 3. INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO PARA LA FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA. 4. PROCEDIMIENTO. 5. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN.

La gran relevancia, incluso vital transcendencia, de la creación, mantenimiento y constante actualización de una jurisprudencia asentada, uniforme, nomofiláctica, igualitaria y, a poder ser, consolidada, está fuera de toda duda, en todos los órdenes jurisdiccionales y, de modo especialmente destacado e intenso, dentro del contencioso-administrativo, en materia tributaria, dónde incluso se alcanzan voces de “independentismo jurisdiccional”, tendentes a la creación de una Jurisdicción tributaria autónoma², escindida del tronco común de lo contencioso-administrativo³, con soberanía orgánica, funcional y material propias⁴. Y de modo

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación I+D+I de Excelencia, titulado “Postmodernidad y proceso europeo: La oportunidad como principio informador del proceso judicial”, del Ministerio de Economía y competitividad, con REF DER 2017-87114-P.

² Vid., un armonioso, coherente y esclarecedor listado de estas ventajas en uno de los máximos defensores de la escisión de la materia tributaria, de la Jurisdicción contencioso-administrativa y su transformación en una Jurisdicción fiscal propia, CANCIO FERNÁNDEZ, C.R., cuando afirma lo siguiente: “En ese sentido, y desde una óptica no estrictamente aritmética, como se decía al inicio, la exponencial producción legislativa en este ámbito; su paralela complejidad técnica, junto con la permanente mutación de la normativa tributaria, tanto a nivel nacional como supranacional, la existencia de numerosos institutos jurídicos con un significado y alcance específico, el empleo de endémicos parámetros cuantitativos así como cierta fragilidad en su construcción dogmática, permite, al menos, plantearse cabalmente una segregación del tronco común del derecho público, habida cuenta del exponencial aumento de las singularidades en este ámbito, lo que, por cierto, no tiene por qué suponer una elusión por parte de las Administraciones tributarias de los principios generales emanados de la Constitución, ni que esas especialidades procesales tengan un efecto cercenador de las garantías básicas de los ciudadanos en sus relaciones con el poder público. Es más, creo que el obligado tributario, que es en lo que se ha convertido el contribuyente, debería estar más preocupado por la deriva recaudatoria de una Hacienda pública que se ha dejado en la gatera muchos pelos de los principios de legalidad, seguridad jurídica y de la protección de los derechos y garantías de los contribuyentes, que por la tutela que pudiera dispensarle un orden fiscal independiente del cauce administrativo común”, en “A vueltas con la autonomía jurisdiccional tributaria en el marco de la nueva casación contencioso-administrativa: de lo conveniente a lo perentorio”, Aranzadi Doctrinal nº 2, 2019, pp. 123 y 124.

³ Vid., IGLESIAS CARIDAD, M., quién, tras reclamar una mayor asunción de competencia tributaria objetiva para los Juzgados en primera instancia, afirma que “habría que incorporar una jurisdicción propia, la contencioso-tributaria, para garantizar la especialización. De esta forma se ganaría tanto en

especialmente destacado, decimos, en el contencioso-tributario, por razón de todos los atributos que precisamente adornan la Justicia fiscal: se trata de una ciencia abundante, compleja, cambiante y, en cierto modo, desconcertante, dónde se torna especialmente complicado, a la par que necesario, llegar a contar con un asentado cuerpo dogmático y jurisprudencial⁵.

Ante una legislación excesiva, dispersa, inconsistente y cambiante, ha de alzarse, como un muro de contención frente a la conflictividad tributaria, una jurisprudencia unívoca que sienta las bases esenciales, al menos, de los derechos y deberes tributarios más elementales. Esta jurisprudencia inhibirá a un buen número de contribuyentes, de litigar contra la Administración tributaria, conscientes de la escasa probabilidad de éxito de determinadas pretensiones, que ya han sido resueltas en sentido contrario a sus concretas propuestas o pretensiones. Al propio tiempo, esta jurisprudencia permitirá dotar de contenido específico, concreto y explícito un buen número de conceptos jurídicos indeterminados, con lo que el posible “contencioso”, de sustanciarse, podrá erradicarse de una vez por todas en la primera línea de batalla, esto es, en la primera instancia, sin necesidad de agotar los recursos, para la obtención de la respuesta acorde a la denominada “jurisprudencia mayor”. Y es que, en presencia de una doctrina jurisprudencial firme sobre el verdadero alcance sustantivo de cada tributo, tanto la Administración, como los contribuyentes sabrán, por fin, a qué atenerse, sin que deban emprender éstos, ni soportar aquella, litigios “a ciegas”, lo que traerá por toda consecuencia uno de los efectos más relevantes y necesarios en este orden jurisdiccional: la minoración de la ingente litigiosidad tributaria con la definitiva pacificación fiscal o, acaso, a lo sumo, la derivación a otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos⁶.

2. TRANSFORMACIÓN DE LA CASACIÓN CONTENCIOSO-TRIBUTARIA

La casación contencioso-administrativa fue objeto de una profunda transformación hace casi cinco años desde esta fatídica primavera de 2020, en que el Gobierno español hubo de declarar, en uso de la facultad que le confiere la CE - desarrollada por la LO 4/1981 - el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, mediante el RD 463/2020, con la consabida suspensión e interrupción de los plazos procesales para todos los

cercanía como en especialización. Hablaríamos así de Juzgados de lo contencioso-tributario”, “Los costes de conflictividad para los litigantes tributarios”, en “Litigiosidad Tributaria: Estado, Causas y Remedios”, dirigido por LAGO MONTERO, J.M., y coordinado por ALFONSO GALÁN, R. y GUERVÓS MAILLO, M.A., Ed. Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 64 y 65.

⁴ GARCÍA NOVOA, C., “La conveniencia de una jurisdicción especializada en materia tributaria”, Nueva fiscalidad nº 3, Ed. Dykinson, Madrid, agosto-septiembre, 2019.

⁵ Vid., más ampliamente, en CALAZA LÓPEZ, S., “¿Cuántas Jurisdicciones necesitamos?”, Diario La Ley (Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía), ISSN 0211-2744, Madrid, 2020.

⁶ Vid., un estudio específico, en CALAZA LÓPEZ, S., “¿Exclusividad o alternatividad de la Jurisdicción tributaria?”, Quincena Fiscal, Ed. Aranzadi, ISSN 1132-8576, Navarra, 2000.

órdenes jurisdiccionales con algunas excepciones¹. A la vuelta de este forzoso confinamiento físico e hibernación procedimental, se producirá una progresiva “desescalada” de la Justicia, para hacer frente a la crisis económica, política, social y hasta familiar que ya comienza a asolar a nuestro país. Los principales objetivos de esta “desescalada” y ulterior reconstrucción de nuestra Justicia son, en esencia, tres: evitar el colapso generalizado de la Administración de Justicia, agilizar las resoluciones – especialmente aquellas cuya demora pueda ralentizar la recuperación económica, así como las afectantes a colectivos vulnerables - y proveer a los magistrados, de los mecanismos, instrumentos o apoyos humanos y técnicos necesarios para afrontar la excepcional sobrecarga de trabajo que les sobreviene, como consecuencia no sólo de la “parálisis procesal” precedente, sino también de los conflictos derivados de una crisis sanitaria, económica, social y familiar sin precedentes. Entre las propuestas más relevantes del CGPJ, en su Plan de choque, se aborda la creación, en lo posible, de cauces de “unificación de criterios” al objeto de dotar a la respuesta judicial de la necesaria unidad, predictibilidad, previsibilidad y, al término, seguridad jurídica. Y esta legítima expectativa ya llegó, en su día, para quedarse, con la modificación de la casación contencioso-tributaria, que, de funcionar correctamente, permitirá, merced a la más ágil, eficaz y eficiente gestión de los conflictos tributarios, ante el TS, una minoración de la demoledora deuda pública, cuantificada, antes de la crisis provocada por el covid-19, en el 5% del PIB, casi 50.000 millones de euros²; deuda que reviste, conviene enfatizarlo, una relevancia capital, por cuanto su cifra condiciona de manera determinante³, nada menos que la educación, la sanidad, la justicia y hasta la estabilidad económica de nuestros ciudadanos⁴. De una adecuada, ágil, pronta y eficaz casación contencioso-tributaria, dependerá, en

¹ Vid., CALAZA LÓPEZ, S., “La desescalada judicial tras la hibernación provocada por el coronavirus COVID-19”, *Legal Today*, Thomson Reuters Aranzadi, 29 de abril de 2020.; “Plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma”, *Legal Today*, Thomson Reuters Aranzadi, 5 de mayo de 2020.

² MARTÍN FERNÁNDEZ, J. y JUAN LOZANO, A.M., señalan, a este respecto, que “el importe de deudas tributarias “*embolsado*” en las vías de revisión es muy elevado. Según las últimas estimaciones hechas públicas, la cuantía procesal pendiente totaliza 49.271,82 millones de euros, cerca del 5% del PIB”, en “Los conflictos tributarios en España: propuestas para la conciliación en vía económico-administrativa y jurisdiccional”, *Tribuna*, 3 de mayo de 2017, p. 1.

³ STIGLITZ, J.E. (Premio Nóbel de Economía en 2001), señala, en este sentido, que “un sistema tributario progresivo, justo y eficaz debería ser parte importante de una sociedad dinámica y justa. Hemos descrito las actividades relevantes que el Gobierno tiene que asumir, como la enseñanza pública, la salud, la investigación y el desarrollo de infraestructuras; la gestión de un buen sistema judicial y la garantía de una mínima seguridad social”, en “Capitalismo progresista: La respuesta a la era del malestar”, visualizado en Avance Editorial del diario *El país*, 12 de enero, 2020, próximamente en Ed. Taurus, Madrid, 2020.

⁴ Recuérdense, asimismo, con ZAMORANO BACA, S., que “los efectos de la corrupción en la eficiencia, crecimiento y productividad de la economía son devastadores, ya que condiciona los niveles de renta, reduce los ingresos fiscales, distorsiona el gasto público, reduce la inversión, aumenta la economía sumergida, consolida la desigualdad social, etc....provocando una clara distorsión de la competencia en el mercado, cuyos efectos perniciosos se manifiestan además en precios más altos, menor calidad y variedad de los bienes y servicios, reducción de la oferta, entre otros”, en “Programas integrados de *compliance*: la corrupción como fenómeno anticompetitivo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 930/2017, p. 1.

buena medida, la reconstrucción económica de nuestro país, condición indispensable para el mantenimiento de nuestro habitual estado de bienestar.

Como es sabido, la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ha operado, en su Disposición final tercera, una profunda transformación del recurso de casación contencioso-administrativo⁵, regulado por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo - en vigor desde el 22 de julio de 2016 - se caracteriza, en esencia, por la superación de la concepción clásica de la casación administrativa – “para unificación de doctrina” y “en interés de ley”⁶- como una revisión de la instancia, para la tutela de derechos e intereses subjetivos específicos, ante la apreciación de motivos tasados o presupuestos objetivos (materia, cuantía y órgano jurisdiccional de procedencia) y la asunción de un nuevo y, según algunos autores, “revolucionario”⁷ modelo de casación⁸ destinado, en exclusiva, a la creación de jurisprudencia siempre que el caso presente, a juicio del propio TS, un interés casacional objetivo de relevancia para toda la sociedad.

El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo permite, afortunadamente⁹, la unificación de doctrina jurisprudencial, en una materia tan

⁵ Vid., un estudio detallado en CALAZA LÓPEZ, S., “Análisis procedimental de la nueva casación contencioso-administrativa”, “Análisis comparado de los mecanismos de admisión en las cortes supremas de nuestro entorno. El nuevo rito”, en “Estudios sobre el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo”, Ed. Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

⁶ En cualquier caso, según CANCIO FERNÁNDEZ, R. C., “se trata en verdad de una desaparición virtual o relativa, pues acabamos de analizar cómo el legislador, en el art. 88 de la nueva Ley, al identificar los supuestos susceptibles de esconder en su seno un interés casacional objetivo, encabeza la relación nada menos que con resoluciones que fijen, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictorio con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido o, en segundo lugar, sienten una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales. En otras palabras, los difuntos recursos para la unificación de doctrina y de interés de ley reviven ahora como circunstancias susceptibles de ser apreciadas como casacionalmente interesantes”, en “El nuevo recurso de casación en el orden contencioso-administrativo”, Ed. Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 94 y 95.

⁷ Vid., en este sentido, CHAVES GARCA, J.R., quién, asimismo, señala que esta “nueva y flamante reforma de la LOPJ elevará al Tribunal Supremo a la condición de aristócrata procesal, puesto que su intervención en los recursos de casación se limitará a supervisar el derecho sin manchar sus manos en los hechos, y además sobre asuntos de auténtica relevancia jurídica y/o social, sin perderse en naderías”, en “Tiempos nuevos para el recurso de casación contencioso-administrativo”, Actualidad Jurídica Aranzadi nº 911, 2015, p.2.

⁸ CANCIO FERNÁNDEZ, R. C., señala, asimismo, que el paradigma casacional regulado en la LJCA constituye “una verdadera revolución en todos los órdenes, alterando copernicanamente los criterios de admisibilidad y accesibilidad a la vía casacional que durante décadas han estado vigentes, lo que va a exigir sin duda de un completo aggiornamento de todos los operadores jurídicos implicados”, en “El nuevo recurso de casación en el orden contencioso-administrativo”, Actualidad Jurídica Aranzadi nº 915, 2016, p.2.

⁹ LAGO MONTERO, J.M., destaca, en este sentido, lo siguiente: “estamos completamente de acuerdo con la reforma procesal de 2016, que destierra la cuantía como el criterio determinante único de la admisión de la casación, pues tal y como estaba operando, se había convertido en una figura tuteladora exclusiva de los grandes contribuyentes, nada más que de éstos, en lugar de serlo de los asuntos o”, “Remedios que sería deseable implementar más pronto que tarde”, en “Litigiosidad Tributaria: Estado, Causas y Remedios”, dirigido por LAGO MONTERO, J.M., y coordinado por ALFONSO GALÁN, R. y GUERVÓS MAÍLLO, M.A., Ed. Aranzadi, Navarra, 2018, p. 172.

huérfana – y a la vez, tan necesitada – de un cuerpo de jurisprudencia como la tributaria. Este recurso de casación contencioso-administrativo constituye una clara apuesta por un sistema de admisión discrecional, con la sola excepción de la apreciación de “resoluciones que se aparten deliberadamente de la jurisprudencia del TS por considerarla errónea”, única causa o motivo que impone, por fuerza la admisión y resolución de la casación.

De los tres posibles sistemas de admisión del recurso de casación [reglado (o exclusivamente causal, dónde compete al Legislador establecer cuáles sean, en cada momento, las causas o motivos de acceso a la casación), discrecional (o eminentemente judicial, dónde corresponde a los Jueces y Magistrados, en régimen de monopolio, decidir cuándo un asunto es susceptible de ser analizado en casación y cuándo no) y mixto (o participe, en adecuada ponderación, de los dos sistemas anteriores, dónde el Legislador establece unas causas o motivos de casación, reservándose los Jueces y Magistrados la potestad de interpretar, extensiva o restrictivamente, dichas causas, en el caso concreto o, incluso, admitir la casación por motivos distintos a los establecidos legalmente)], nuestro Legislador ha optado por el sistema eminentemente discrecional.

Esta opción legislativa supone, en nuestro país, un giro copernicano, toda vez que venimos de un sistema tasado o reglado de casación contencioso-administrativa¹⁰ y la casación regulada en los restantes órdenes jurisdiccionales españoles es, al menos por el momento, tasada¹¹.

El objetivo de este cambio de orientación radical del sistema casacional responde a la necesidad de desterrar la utilidad de la “casación” como una “segunda” o “tercera” instancia¹²; de superar la idea de la casación como recurso destinado a la resolución de controversias y/o satisfacción de pretensiones particulares, así como a convertirla, definitivamente, en un medio de impugnación extraordinario destinado, en exclusiva, a la unificación de doctrina jurisprudencial,

¹⁰ Vid., un estudio detallado de este modelo de casación contencioso-administrativa en ALONSO MURILLO, F., “Recursos de casación para la unificación de doctrina y en interés, recurso de revisión y nulidad de actuaciones”, en “Estudios sobre el proceso contencioso-administrativo en materia tributaria”, Ed. Bosh, Barcelona, 2015, pp. 617 y ss.

¹¹ Para un estudio específico y pormenorizado, se remite al lector a ASECIO MELLADO, J.M., “El recurso de casación. Una reflexión sobre sus funciones”, en Revista General de Derecho Procesal, IUSTEL, 2015.

¹² Ahora bien, como destaca QUINTANA CARRETERO, J.P., “aceptando la oportunidad y la bondad de esta nueva casación, la ausencia de instauración generalizada de la segunda instancia en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo empañará notablemente su resultado final, al conllevar que la inmensa mayoría de los recursos contencioso-administrativos sean resueltos en una única instancia, por más que ese pecado no sea atribuible a la reforma legal cuyo estudio nos ocupa”, en “Génesis y fundamento de la reforma del recurso de casación”, en “Guía práctica del recurso de casación contencioso-administrativo”, Ed. Dykinson, Madrid, 2016, p. 36.; Vid., esta misma crítica en QUINTANA, J.P.; CASTILLO, R. y ESCRIBANO, P., “Derecho a la tutela judicial efectiva y recurso de casación”, en “Estudios sobre el proceso contencioso-administrativo en materia tributaria”, Ed. Bosh, Barcelona, 2015, pp. 43 y ss.

en adecuada sintonía con la esencial función nomofiláctica, unificadora e integradora que tiene encomendada¹³.

La implementación de esta novedosa, original y pionera casación en la Jurisdicción contencioso-administrativa conllevará, a buen seguro, de resultar exitosa, un precedente de obligada referencia para los restantes órdenes jurisdiccionales, si bien, en este momento, de reconstrucción económica y social, se nos plantean, tanto desde un punto de vista teórico como práctico, múltiples interrogantes respecto a la viabilidad, virtualidad y adecuada interpretación y aplicación de la norma reguladora de la nueva casación. Nos preguntamos, en primer lugar, si un sistema exclusivamente discrecional, en el que el TS tenga encomendada, bajo su prudente arbitrio, la admisión o inadmisión, *a limine litis*, de la totalidad de casaciones peticionadas, con la única excepción del “apartamiento deliberado de la jurisprudencia del TS por considerarla errónea”, constituye el mejor de los sistemas posibles.

La imposición de un sistema de admisión exclusivamente reglado, como el anterior, dejaba, no hay duda, fuera del conocimiento judicial, asuntos de gran relevancia jurídica, económica y social, razón por la que descartamos su conveniencia, sin necesidad de mayor argumentación. La imposición de un sistema de admisión exclusivamente discrecional supone depositar, en la función jurisdiccional, tanto la elección o selección de los asuntos que deban, por su especial relevancia, tener acceso a la casación, como su ulterior resolución, en una decidida apuesta por confiar a la Sala Tercera del TS, el monopolio absoluto de la casación, en la confianza de que conforme un cuerpo de doctrina jurisprudencial – con todos los atributos que le son propios: consolidada, unívoca, igualitaria, nomofiláctica - ahí dónde estime que resulta más necesario. Y qué duda cabe al respecto de la imperiosa necesidad – y oportunidad- de crear una jurisprudencia con aquellos atributos, con carácter general, en materia tributaria y en particular, cuando menos, respecto de aquellos tributos más elementales.

Ahora bien, el consabido carácter dinámico de la Jurisdicción impide que las decisiones ya adoptadas deban permanecer, por fuerza, estables en el tiempo, lo que puede conllevar, pese a su inicial apariencia de fijeza, un posterior déficit de certidumbre, previsibilidad y, por ende, de seguridad jurídica. En este sentido, y sin perjuicio de la excepcional labor de interpretación, depuración y homogeneización que cabe esperar de la Sala Tercera del TS, acaso habría sido razonable ensayar, para un mayor afianzamiento de las garantías procesales de los justiciables, al menos durante un período de tránsito hacia el sistema discrecional, el establecimiento de un sistema mixto, dónde determinadas causas de notoria

¹³ OLEA GODOY, W.F., señalaba, en el momento inmediatamente anterior a la reforma, que con este nuevo modelo de casación “se evitaría que materias excluidas del actual sistema casacional por estar atribuidas a los Juzgados, quedaran ajenas a la unificación de doctrina que se pretende con este recurso y, de manera específica, que dejando en manos del propio Tribunal Supremo la admisión del recurso en función de ese interés casacional que el legislador ha de definir, se evitaría la acumulación de recursos repetitivos que en la actualidad saturan dicho tribunal”, “El recurso de casación ordinario”, en “Estudios sobre el proceso contencioso-administrativo en materia tributaria”, Ed. Bosh, Barcelona, 2015, p. 581.

evidencia y trascendental relevancia – como podrían serlo, en sintonía con nuestra casación civil, el apartamiento, deliberado o indeliberado, esto es, doloso o negligente, de la jurisprudencia constante del TS, la aplicación de normas de reciente aprobación, carentes por esta misma razón, de interpretación jurisprudencial alguna, la vulneración de derechos fundamentales o, en su caso, los objetos litigiosos de elevadísimo valor económico- abriesen paso, con toda certeza, credibilidad, previsibilidad y seguridad, a la casación, frente a otras que correspondiese determinar, concretar, integrar y, de estimarlo oportuno, casar a los propios Magistrados del TS.

La nueva casación ofrece, en materia tributaria, una predictibilidad, una fijeza, y, al término, una seguridad jurídica, sin precedentes, especialmente, en materia sustantiva; y tan sólo, residualmente, en algún aspecto de alcance procesal, pero no, desde luego, en materia nuclear de derechos y garantías procesales, respecto de los que se entiende que ya existe una jurisprudencia actualizada, constante y consolidada, que no precisa mayor ahondamiento.

Así, el TS ha tenido ocasión de pronunciarse, entre otros aspectos procesales, en la depuración del procedimiento de verificación de la Administración¹⁴ o en el plazo máximo de seis meses de duración del procedimiento sancionador en materia tributaria¹⁵. Sin embargo, los derechos fundamentales de naturaleza procesal más elementales - esto es, los contenidos en art. 24 CE con todas sus ramificaciones- quedarán al descubierto en esta novedosa casación de alcance, en apariencia, global, pero en verdad, de ámbito más restringido, lo que se traduce, en gráficas palabras de la doctrina¹⁶, respecto de los motivos de casación, en que “serán más los llamados y serán menos los elegidos”.

3. INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO PARA LA FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA TRIBUTARIA

El recurso de casación constituye, como es sabido, un mecanismo de impugnación extraordinario, cuya preparación e interposición cabe contra las

¹⁴ Vid., un comentario a diversas resoluciones recientes de nuestro Alto Tribunal en materia procesal, en HUESCA BOADILLA, R., quién, respecto de la STS 686/2017, de 2 de julio de 2018, ha tenido ocasión de concretar que, según este Alto Tribunal “existe una utilización indebida del procedimiento de verificación *ab initio* pues la Administración utilizó dicho procedimiento precisamente para una finalidad que el propio artículo 131 prohíbe, con la consiguiente disminución de las garantías y derechos del administrado, y a su salida o resolución, pues en lugar de dar lugar a un procedimiento de comprobación limitada o inspección, se resuelve el fondo del asunto mediante la correspondiente liquidación pronunciándose sobre la actividad económica”, “Temas fiscales: procedimiento tributario”, Boletín informativo tributario, Registradores de España núm. 234, agosto, 2019, p. 9.

¹⁵ La STS de 17 de junio de 2019 esclarece el contenido del art. 211.2 de la LGT, al concluir, conforme al estudio de HUESCA BOADILLA, R., que este plazo “se computa desde la notificación de la comunicación de inicio de dicho procedimiento, día de notificación que queda excluido del cómputo, y finaliza en el mismo día del mes final, o en el último día de dicho mes final si en éste no hubiera día equivalente al de la notificación de la comunicación de inicio”, en “Temas fiscales: procedimiento tributario”, cit., p. 12.

¹⁶ Vid. esta afortunada expresión en ALONSO MURILLO, F., “El interés casacional como llave de acceso a la reformada casación en materia tributaria”, Nueva Fiscalidad nº 6, 2016, p. 71.

resoluciones legalmente tasadas en el art. 86 de la LJCA, por infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, siempre que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime, a su vez, que dicho recurso presenta “interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia”.

Respecto de la *infracción de la legislación*, conviene, acometer, al menos, las siguientes puntualizaciones:

1ª. La infracción de la legislación puede proceder tanto a normas sustantivas como procesales.

2ª. Esta infracción puede, a su vez, referirse a normas de Derecho estatal o de la Unión europea, pero no a normas autonómicas, puesto que la competencia para conocer de las “casaciones autonómicas” corresponderá a los TSJs.

3º. La mencionada infracción del ordenamiento jurídico puede derivar, como es lógico, tanto de una mera inobservancia en la aplicación de la norma, como de una vulneración en sentido estricto.

4º. La norma inaplicada o vulnerada ha de superar el “juicio de relevancia”, esto es, ha de ser determinante del sentido del fallo de la sentencia susceptible de casación.

5º. La inobservancia o trasgresión normativa ha de venir referida a uno o varios preceptos específicos, pero no a una generalidad de normas, a una exposición de motivos, ni mucho menos, a una relación indeterminada e imprecisa de artículos que no se hayan concretado específicamente.

Aún cuando pareciera razonable, en línea de principio, destacar como algo obvio que esa legislación ha de referirse a normas vigentes, al tiempo de plantearse el recurso, por cuánto la interpretación de una legislación derogada carecerá, a todas luces, de interés casacional, lo cierto es que la constante mutabilidad de la legislación tributaria nos impulsa a afirmar que la creación, consolidación y modificación de la doctrina jurisprudencial podrá operar, como así ha acontecido¹⁷, sobre normas que no se encuentren en vigor siempre que, eso sí, nos parece relevante subrayar, no hayan sido modificadas en aspectos relevantes y, por tanto, conformen un cuerpo de doctrina jurisprudencial, respecto del que quepa esperar una cierta permanencia y continuidad.

¹⁷ Vid., la reflexión de DE JUAN CASADEVALL, J., a este respecto: “aparentemente esa trascendencia objetiva del caso debe orbitar en torno a la interpretación de normas vigentes. Sin embargo, no podemos obviar que la extraordinaria longevidad del pleito tributario, la tendencia a abrir inspecciones al borde de consumarse la prescripción, la fluida mutabilidad de las normas tributarias o, en fin, el frecuente diseño de regímenes fiscales transitorios, no hacen insólito que se plantee en casación un debate sobre una norma derogada, modificada o de Derecho transitorio, que podrían privarle de esta necesaria trascendencia general, en la medida en que se frustraría su vocación, ahora consustancial, de sentar doctrina a futuro. El Tribunal Supremo ha sido consciente de esta realidad, y ha admitido la relevancia casacional de casos en que se ha invocado la infracción de normas tributarias derogadas, como es el caso del art. 61 del Texto Refundido del Impuesto de Sociedades (ATS de 28 de junio de 2017)”, “La apreciación del interés casacional objetivo en el recurso contencioso-tributario”, Revista Quincenal Fiscal núm.1/2020, p. 7.

Sin perjuicio de las orientaciones y presunciones legalmente establecidas, a las que nos referiremos a continuación, conviene tener presente, con la doctrina¹⁸, de manera sintética, clarificadora y esquemática, respecto de la eventual *vulneración de la jurisprudencia*, los siguientes puntos:

1°. Podemos referirnos, en sentido estricto, a la existencia de jurisprudencia cuando el TS ha emitido dos o más sentencias en similar o idéntico sentido.

2°. La jurisprudencia que se estima inobservada o vulnerada ha de proceder de la Sala tercera del TS, puesto que el TS ha de velar, en buena lógica, por la unidad, homogeneidad y uniformidad de su propia jurisprudencia.

3°. La doctrina jurisprudencial objeto de inobservancia o vulneración es la contenida en el fallo o parte dispositiva de la sentencia, no en los *obiter dicta*.

4°. La doctrina jurisprudencial infringida ha de ser *actual* – esto es, no se encontrará superada, modificada o corregida por otra más reciente- *única* – no cabe, como es lógico, una mera conjunción o agrupación de sentencias, siendo preciso que se pronuncien sobre objetos similares o idénticos - y *última* – o lo que es lo mismo, que no haya sido enmendada por el Tribunal Constitucional.

La nueva casación contencioso-administrativa se refiere a tres opciones claramente delimitadas, pero omite una cuarta, acaso la más relevante, al menos, cuantitativamente. Así, esta casación está prevista para la creación de jurisprudencia (cuando no exista), para el mantenimiento o actualización de jurisprudencia (cuando deban introducirse, precisarse, matizarse o de cualquier modo, incorporarse nuevas tesis que, con el paso del tiempo, vayan siendo necesarias para no dejar al descubierto situaciones fácticas imprevistas) y para la remoción, extorsión o apartamiento de una corriente jurisprudencial consolidada, en la línea de crear otra nueva y distinta, acorde a la modernidad de los tiempos. Frente a estas tres situaciones, hemos de destacar una cuarta, que no encuentra acomodo en ninguna parte de la nueva legislación: la relativa a la inobservancia, por el Tribunal *a quo*, de la doctrina consolidada del TS.

Naturalmente, se ha regulado el “apartamiento deliberado de la jurisprudencia existente por considerarla errónea” como presunción de casación, en el art. 88.33 de la LJCA, pero en el caso que invocamos no se trataría de un consciente “boicoteo” de la jurisprudencia, sino de una mera inobservancia: ante esta situación, por lo demás nada atípica, cabe preguntarse si podría igualmente, pese a su omisión en la norma, presumirse “interés casacional”, y, en caso afirmativo, proveerse a la casación. Parece razonable opinar que así sea, pues el término “formar jurisprudencia”, ha de resultar inclusivo, según los especialistas¹⁹, no sólo de “conformar jurisprudencia”, sino también de “confirmar jurisprudencia”.

¹⁸ Vid., más ampliamente, MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., “El recurso de casación civil”, Ed. Titant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2012, pp. 437 a 445.

¹⁹ Vid., esta afortunada reflexión en DE JUAN CASADEVALL, J., quién advierte, a su vez, que “otra interpretación sería corrosiva para la preciada nomofilaxis de la nueva casación”, “La apreciación del interés casacional objetivo en el recurso contencioso-tributario”, Revista Quincenal Fiscal núm. 1/2020, p. 9.

La LJCA regula, de un lado, unas orientaciones interpretativas y, de otro, unas presunciones, dirigidas ambas al TS, a fin de depurar, *ab initio*, el concepto “interés casacional”, si bien, tanto unas como otras podrán ser inobservadas por dicho Tribunal, diferenciándose ambos tipos de premisas en dos notas: la primera, el *numerus apertus* de las orientaciones (ex.art.88.2) frente al *numerus clausus* (ex.art.88.3) de las presunciones y la segunda, la necesidad de motivación predicable del auto que inadmite la casación, ante la apreciación de las presunciones, frente a la mera alegación negativa del “interés casacional”, y sin necesidad de motivación, predicable de las providencias que inadmiten la casación ante supuestos contemplados en las orientaciones.

Como puede colegirse del tenor literal del artículo que regula las orientaciones, al que de inmediato nos referiremos, el TS no sólo es libre de apreciar la concurrencia de dichas causas o no, en el caso concreto, sino también de rechazar la casación, una vez admitida su concurrencia, por estimar, sin necesidad de motivación, que carecen, ello no obstante, de “interés casacional objetivo” e, incluso, de admitir la casación por causas distintas a las relacionadas en este precepto.

El Tribunal de casación podrá apreciar, según el artículo 88.2º de la LJCA, que existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión, cuando, entre otras circunstancias, la resolución que se impugna:

a) Fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido.

b) Siente una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales.

c) Afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso.

d) Resuelva un debate que haya versado sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, sin que la improcedencia de plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida.

e) Interprete y aplique aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional.

f) Interprete y aplique el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial.

g) Resuelva un proceso en que se impugnó, directa o indirectamente, una disposición de carácter general.

h) Resuelva un proceso en que lo impugnado fue un convenio celebrado entre Administraciones públicas.

i) Haya sido dictada en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales²⁰.

Conviene advertir, por lo que respecta a los casos de interpretación y aplicación de las normas comunitarias, de la dificultad que encierra el definitivo establecimiento de una adecuada homogeneización de criterios judiciales, y ello no sólo por la sobreabundancia normativa existente²¹, con sus reiteraciones, colisiones, fricciones y, en ocasiones, contradicciones, sino también por las discrepancias existentes entre las resoluciones dimanantes de Tribunales de Luxemburgo y de Estrasburgo²².

La LJCA regula, en el artículo 88.3, una serie de “presunciones de interés casacional”, ante supuestos concretos, al advertir que “se presumirá que existe interés casacional objetivo:

a) Cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia.

b) Cuando dicha resolución se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea.

c) Cuando la sentencia recurrida declare nula una disposición de carácter general, salvo que esta, con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente.

d) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

e) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

La presunción de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia no supone la admisión mecánica, ciega y automática del recurso de casación, salvedad hecha de las resoluciones que se aparten deliberadamente de la doctrina jurisprudencial consolidada por considerarla errónea. Así, pues, el TS, con la sola excepción de un apartamiento deliberado de la jurisprudencia, podrá inadmitir el recurso de casación, muy a pesar de encontrarse incurso en alguna de las previsiones

²⁰ Vid., un estudio específico en CABEZUDO BAJO, M.J., “La restricción derechos fundamentales: un concepto en evolución y su fundamento constitucional. Revista de derecho Político. nº 77, 2010.

²¹ Vid., un estudio sobre esta cuestión en CALAZA LÓPEZ, S. y HERRANZ ELIZALDE, I., “Insuficiencia del actual sistema de “publicidad de las normas” y propuesta de soluciones”, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 676, julio, 2005.

²² Vid., en este sentido, MARTÍN QUERALT, J., cuando señala, con notable acierto, que “el ordenamiento comunitario, con muy buena intención pero con escaso bagaje técnico, ha inundado este ordenamiento de principios y derechos fundamentales que, justamente por la metástasis y las innecesarias reiteraciones que encierra - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con sus Protocolos Facultativos, Convenio Europeo de Derechos Humanos, con sus Protocolos adicionales y Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea - está dificultando innecesariamente la labor judicial. Dificultad agravada por las discrepancias manifestadas abiertamente entre el Tribunal de Luxemburgo y el de Estrasburgo”, en “¿Cuándo podremos ir a casación en el ámbito tributario?. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de enero de 2015 (caso Arribas Antón contra España)”, Revista de Opinión nº9, 1 de diciembre de 2015, Ed. Wolters Kluwer, p. 5.

legales de “interés casacional”, si estima que, pese al dictado de la norma, en el caso concreto, esa sentencia carece de dicho “interés casacional”. El establecimiento de orientaciones y presunciones legales al respecto de qué deba entenderse por “interés casacional” nos parece, sencillamente, ocioso, toda vez que las causas o motivos regulados carecen de fuerza vinculante y por tanto tan sólo resultan determinantes del tipo de resolución – providencias no motivadas de las orientaciones, frente a autos motivados de las presunciones- que deban adoptar las inadmisiones provenientes del TS ante la apreciación o no de dichas manifestaciones.

4. PROCEDIMIENTO

El procedimiento casacional recién reformado en la LJCA nos parece, de principio a fin, satisfactorio, puesto que podemos, sin lugar a dudas, y salvo que la gestión de asuntos demuestre lo contrario, calificarlo como expeditivo, eficaz, económico, garantista y transparente.

Aún cuando a simple primera vista pueda parecer un déficit del derecho a la tutela judicial efectiva, en su proyección de derecho al recurso, nos parece razonable que el TS pueda inadmitir la casación mediante resolución no motivada, toda vez que un primer criterio de economía procesal – el elevadísimo número de sentencias que optan a la casación - unido a un segundo criterio material - la “irrelevancia” notoria, palmaria y evidente de determinados asuntos²³ – e, incluso, a uno tercero formal – de la motivación de los asuntos que, en efecto, acceden a la casación, y que serán publicitados en la página web del Poder Judicial español, pueden inferir los aplicadores del Derecho, la impertinencia de los que, sin embargo, no han gozado de dicho acceso - abogan por “descongestionar” a nuestro Alto Tribunal, en la medida de lo posible, de asumir asuntos superfluos.

La imposición de los atributos de brevedad, concisión, concreción y profundidad a los escritos de alegaciones del procedimiento casacional, así como la indicación de la extensión y de los requisitos formales extrínsecos exigibles a estos escritos, nos parece, asimismo, muy oportuna, toda vez que no puede el justiciable pretender que el TS, de oficio, y en perjuicio de los intereses de su contraparte, asuma la labor de detectar cuáles sean exactamente las normas procesales o materiales, españolas o comunitarias, que han pasado inadvertidas o, en su caso, han sido infringidas, en el caso concreto, ni mucho menos deba ocuparse de buscar la selección de sentencias, conformadoras de una jurisprudencia precisa, constante y consolidada que de la que la sentencia, objeto

²³ QUINTANA, J.P.; CASTILLO, R. y ESCRIBANO, P., nos recuerdan, en este sentido, que “los recursos de casación que se centran en los aspectos más casuísticos y circunstanciados del pleito de nada o muy poco sirven para la formación de jurisprudencia, precisamente porque de ellos difícilmente cabe extraer una *doctrina* jurisprudencial propiamente dicha. Tampoco resultan útiles para la formación de jurisprudencia los recursos de casación que se limitan a reiterar cuestiones que han sido más que esclarecidas por la jurisprudencia consolidada, precisamente porque en tales casos ya existe jurisprudencia y la misma está suficientemente establecida”, “El *interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia* como piedra angular de la arquitectura institucional del nuevo recurso de casación”, en “Estudios sobre el proceso contencioso-administrativo en materia tributaria”, Ed. Bosh, Barcelona, 2015, p. 142.

de casación, también en el caso concreto, se ha apartado, deliberada o negligentemente.

El procedimiento casacional es, por lo demás expeditivo, ágil, rápido, eficaz y, fundamentalmente, público. La alusión legal expresa de algo que ya venía aconteciendo, bajo la vigencia del sistema anterior, relativo a la “valoración del derecho” e imposible revisión de los hechos resulta esclarecedora y, en este sentido, resulta positiva. La posibilidad de celebración de una vista pública, a la que se le dota del atributo de “carácter general”- siendo excepcional, por tanto, su no celebración-, parece, de nuevo, muy oportuna, de cara, especialmente, a precisar las posiciones de los contrincantes procesales, redefinir el debate contradictorio y fijar los términos de la sentencia.

Las sentencias que se dicten tras la implantación del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo contribuirán, desde luego, a conformar una doctrina consolidada, sobre asuntos de gran relevancia o interés casacional, que constituirá en aquellas materias que ya hubieren sido objeto de casación contencioso-administrativa, una continuación en relación con la ya existente, y supondrá, a su vez, una novedosa emanación de jurisprudencia nueva en todas aquellas otras que no hubieren tenido acceso a la casación hasta el momento, por no encontrarse comprendidas entre las causas tasadas del viejo sistema casacional.

Resulta ciertamente encomiable la regulación del procedimiento establecido para el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo, caracterizado, en esencia, por los atributos de publicidad, transparencia, celeridad, eficacia, economía y seguridad jurídica. Resulta, además, muy positivo, tal y como hemos advertido en estudios anteriores a éste²⁴, que la interpretación errónea de una norma o, en su caso, de una jurisprudencia homogénea del TS resulte publicada, desde mismo inicio del recurso, con el fin de evitar, desde este incipiente momento, que proliferen, entre tanto, pronunciamientos que persistan en los errores, contradicciones o deficiencias interpretativas, ya detectadas, sobre idénticas normas y/o doctrinas jurisprudenciales, lo que, de nuevo, contribuirá a dotar, esta vez con vocación de generalidad, de seguridad jurídica, certeza, determinación, predictibilidad y previsibilidad a las relaciones jurídicas entre los ciudadanos – en materia tributaria, los contribuyentes- y la Administración pública.

5. CONCLUSIONES

El éxito del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo viene determinado por el logro de instaurar y consolidar, en tiempo real, una jurisprudencia constante, unívoca – dentro del dinamismo de la Jurisdicción que habrá de atender, como es lógico, a parámetros de interpretación variables en cada tiempo y lugar -, determinada, previsible, predictable y cierta, que otorga, con vocación de generalidad, seguridad jurídica a las relaciones de los ciudadanos con

²⁴Vid., CALAZA LÓPEZ, S., “Primeros compases de la casación contencioso-administrativa”, Revista Aranzadi Doctrinal nº7, 2017.

las Administraciones públicas, en general, al tiempo que mantiene o, en su caso, restablece, en particular, la confianza de los justiciables en la Administración de Justicia.

Muy a pesar de algunas de las reticencias y críticas iniciales, a las que nos hemos sumado, en su momento, respecto del giro copernicano de la casación contencioso-tributaria, hemos de constatar, a día de hoy, con sus mayores estudiosos²⁵ y con la perspectiva ofrecida por el paso de estos cinco años, que la reforma de la casación constituyó, desde luego, un acierto y hasta un vaticinio: gracias a su radical transformación, el TS propició la creación de una doctrina consolidada en relación con numerosos tributos, que antes de dicha impactante reforma, en gráficas en palabras de los especialistas²⁶, “nunca pudieron ni soñar” con el acceso a la casación.

La creación y consolidación de esta jurisprudencia unívoca, respecto de los distintos tributos, fuera del alcance casacional hasta su transformación en 2015, permitirá tanto a los contribuyentes, como la propia Administración tributaria saber a qué atenerse en relación con su concreta controversia y acudir a los Juzgados y Tribunales – es de esperar e, incluso de prever, dadas, además, las multas por temeridad procesal que se impondrán a quiénes litiguen sin fundamento en la época posterior a la pandemia²⁷- tan sólo cuando realmente sus respectivas pretensiones se encuentren amparadas no sólo en una interpretación razonable de la legislación tributaria – siempre abundante, compleja, imprecisa, cambiante y desconcertante, como se ha visto-, sino, sobre todo, en una doctrina jurisprudencial unívoca, determinante y clara.

La minoración de la litigiosidad, frente a una Justicia colapsada, merced a la respuesta anticipada, por el TS, en un escenario de aguda crisis económica, dónde, ni la Administración, ni los ciudadanos nos podemos permitir el lujo de perder tiempo y dinero con dilatadas controversias es, desde luego, un reto cumplido, en el momento presente, gracias a la unificación jurisprudencial en materia tributaria.

Tan sólo cabe esperar que esta minoración de la litigiosidad se traduzca, a mayores, en una recuperación de la deuda pública; que los contribuyentes tomemos conciencia de la necesidad de contribuir, de manera adecuada, equitativa y

²⁵ Vid., CANCIO FERNÁNDEZ, R. C., cuando afirma que “numerosos tributos hasta ahora exóticos han exigido a los respectivos servicios jurídicos de una actividad casacional inédita hasta ahora y que redundaba negativamente en el saldo de esta tipología de recurrente”, en “Cartografía casacional”, Revista Aranzadi Doctrinal nº 4, abril, 2020, p. 103.

²⁶ Vid., esta elocuente reflexión en CANCIO FERNÁNDEZ, R. C., cuando nos ilustra sobre “una lectura cartográfica que se traduce en un acceso a la Sala 3ª del TS, de pretensiones casacionales absolutamente exóticas que durante lustros nunca pudieron ni soñar con que se pudiera formar jurisprudencia sobre su contenido, habida cuenta del infranqueable muro que les impedía el paso; los nuevos escenarios casacionales han facilitado la revisión, matización y complementación de la jurisprudencia existente sobre numerosas materias”, en “Cartografía casacional”, cit., p. 111.

²⁷ Una de las Medidas organizativas y procesales para el plan de choque, del CGPJ, en la Administración de Justicia tras este estado de alarma es, precisamente, la orientada a la razonable desincentivación del uso abusivo, incontrolado, inconsistente o infundado de la Jurisdicción, mediante la imposición de multas.

equilibrada, con la debida ética tributaria, al sostenimiento de los gastos públicos, sin que unos deban pagar lo que otros defraudan²⁸; que proliferen los mecanismos de prevención, cumplimiento y cooperación tributaria²⁹; y que, al fin, de fallar todos los anteriores designios, los efectos expansivos y benefactores de la jurisprudencia constante de la Sala Tercera del TS consigan, en un momento tan crítico como el actual, su legítimo objetivo: dotar de certidumbre, estabilidad y, al término, de seguridad jurídica, las relaciones jurídicas entre los contribuyentes y la Administración tributaria. Y es que la “pacificación tributaria” constituye, no cabe duda, la viga maestra de cualquier reconstrucción económica, máxime la de un país, como el nuestro, asolado por una profunda crisis sanitaria, económica, social y hasta familiar derivada de la desgraciada pandemia.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO MURILLO, F., “Recursos de casación para la unificación de doctrina y en interés, recurso de revisión y nulidad de actuaciones”, en “Estudios sobre el proceso contencioso-administrativo en materia tributaria”, Ed. Bosh, Barcelona, 2015, pp. 617 y ss.

ASENCIO MELLADO, J.M., “El recurso de casación. Una reflexión sobre sus funciones”, en Revista General de Derecho Procesal, IUSTEL, 2015.

CABEZUDO BAJO, M.J., “La restricción derechos fundamentales: un concepto en evolución y su fundamento constitucional. Revista de derecho Político. nº 77, 2010.

CALAZA LÓPEZ, S. y HERRANZ ELIZALDE, I., “Insuficiencia del actual sistema de “publicidad de las normas” y propuesta de soluciones”, Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 676, julio, 2005.

CALAZA LÓPEZ, S.,

- “Análisis procedimental de la nueva casación contencioso-administrativa”, “Análisis comparado de los mecanismos de admisión en las cortes supremas de nuestro entorno. El nuevo rito”, en “Estudios sobre el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo”, Ed. Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2017.

²⁸ Y es que ha de, en este punto, recordarse LAGO MONTERO, J.M., que “como bien dijera el Tribunal Constitucional español (STC 110/1984, de 26 de noviembre), *lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar*. Añado yo que no es que lo tengan que pagar, es que llevan – llevamos- años pagándolo día a día los titulares de rentas medias fiscalmente controladas, máxime en tiempos de crisis económica, en que las Agencias Tributarias son incapaces de alcanzar los niveles de recaudación que exige el mantenimiento del Estado Social”, con “La litigiosidad que preocupa en el ámbito internacional”, en “Litigiosidad Tributaria: Estado, Causas y Remedios”, dirigido por LAGO MONTERO, J.M., y coordinado por ALFONSO GALÁN, R. y GUERVÓS MAÍLLO, M.A., Ed. Aranzadi, Navarra, 2018, p. 386.

²⁹ Vid., CALAZA LÓPEZ, S., “Emergencia empresarial: Regulación del compliance tributario”, en “Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas”, dirigido por RODRÍGUEZ GARCÍA, N., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2020.

- “Primeros compases de la casación contencioso-administrativa”, Revista Aranzadi Doctrinal nº7, 2017.
- “La desescalada judicial tras la hibernación provocada por el coronavirus COVID-19”, Legal Today, Thomson Reuters Aranzadi, 29 de abril de 2020.
- “Plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma”, Legal Today, Thomson Reuters Aranzadi, 5 de mayo de 2020.
- “¿Cuántas Jurisdicciones necesitamos?”, Diario La Ley (Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía), Madrid, 2020.
- “¿Exclusividad o alternatividad de la Jurisdicción tributaria?”, Quincena Fiscal, Ed. Aranzadi, Navarra, 2000.
- “Emergencia empresarial: Regulación del compliance tributario”, en “Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas”, dirigido por RODRÍGUEZ GARCÍA, N., Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2020.

CANCIO FERNÁNDEZ, R. C.,

- “El nuevo recurso de casación en el orden contencioso-administrativo”, Ed. Aranzadi, Navarra, 2015.
- “El nuevo recurso de casación en el orden contencioso-administrativo”, Actualidad Jurídica Aranzadi nº 915, 2016.
- “A vueltas con la autonomía jurisdiccional tributaria en el marco de la nueva casación contencioso-administrativa: de lo conveniente a lo perentorio”, Aranzadi Doctrinal nº 2, 2019.
- “Cartografía casacional”, Revista Aranzadi Doctrinal nº 4, abril, 2020.

CHAVES GARCA, J.R., “Tiempos nuevos para el recurso de casación contencioso-administrativo”, Actualidad Jurídica Aranzadi nº 911, 2015.

DE JUAN CASADEVALL, J., “La apreciación del interés casacional objetivo en el recurso contencioso-tributario”, Revista Quincenal Fiscal núm.1/2020.

GARCÍA NOVOA, C., “La conveniencia de una jurisdicción especializada en materia tributaria”, Nueva fiscalidad nº 3, Ed. Dykinson, Madrid, agosto-septiembre, 2019.

HUESCA BOADILLA, R., “Temas fiscales: procedimiento tributario”, Boletín informativo tributario, Registradores de España núm. 234, agosto, 2019.

IGLESIAS CARIDAD, M., “Litigiosidad Tributaria: Estado, Causas y Remedios”, dirigido por LAGO MONTERO, J.M., y coordinado por ALFONSO GALÁN, R. y GUERVÓS MAÍLLO, M.A., Ed. Aranzadi, Navarra, 2018.

LAGO MONTERO, J.M.,

- “Remedios que sería deseable implementar más pronto que tarde”, en “Litigiosidad Tributaria: Estado, Causas y Remedios”, dirigido por LAGO MONTERO, J.M., y coordinado por ALFONSO GALÁN, R. y GUERVÓS

MAÍLLO, M.A., Ed. Aranzadi, Navarra, 2018

- “La litigiosidad que preocupa en el ámbito internacional”, en “Litigiosidad Tributaria: Estado, Causas y Remedios”, dirigido por LAGO MONTERO, J.M., y coordinado por ALFONSO GALÁN, R. y GUERVÓS MAÍLLO, M.A., Ed. Aranzadi, Navarra, 2018,

MARTÍN FERNÁNDEZ, J. y JUAN LOZANO, A.M., “Los conflictos tributarios en España: propuestas para la conciliación en vía económico-administrativa y jurisdiccional”, Tribuna, 3 de mayo de 2017.

MARTÍN QUERALT, J., “¿Cuándo podremos ir a casación en el ámbito tributario?. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de enero de 2015 (caso Arribas Antón contra España)”, Revista de Opinión nº9, 1 de diciembre de 2015, Ed. Wolters Kluwer

MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., “El recurso de casación civil”, Ed. Titant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2012.

OLEA GODOY, W.F., “El recurso de casación ordinario”, en “Estudios sobre el proceso contencioso-administrativo en materia tributaria”, Ed. Bosh, Barcelona, 2015.

QUINTANA CARRETERO, J.P., “Guía práctica del recurso de casación contencioso-administrativo”, Ed. Dykinson, Madrid, 2016.

QUINTANA, J.P.; CASTILLO, R. y ESCRIBANO, P., “Derecho a la tutela judicial efectiva y recurso de casación”, en “Estudios sobre el proceso contencioso-administrativo en materia tributaria”, Ed. Bosh, Barcelona, 2015.

STIGLITZ, J.E. “Capitalismo progresista: La respuesta a la era del malestar”, visualizado en Avance Editorial del diario El país, 12 de enero, 2020, próximamente en Ed. Taurus, Madrid, 2020.

ZAMORANO BACA, S., “Programas integrados de *compliance*: la corrupción como fenómeno anticompetitivo”, Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 930/2017.

NUEVOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA CASACIÓN AUTONÓMICA EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY ORGÁNICA 7/2015

Alicia GONZÁLEZ NAVARRO
Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad de La Laguna

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ANTECEDENTES. 3. RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DICTADAS HASTA LA ACTUALIDAD. 3.1. El auto 41/2018, de 16 de abril. 3.2. La sentencia 128/2018, de 29 de noviembre. 3.3. La sentencia 98/2020, de 22 de julio. 3.4. La sentencia 99/2020, de 22 de julio. 4. POSIBLE INTERPRETACIÓN ANTE LA INSEGURIDAD QUE GENERA EL ART. 86.3, PFOS. 2º Y 3º LJCA. 5. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

La nueva redacción que la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio¹, dio al precepto contenido en el artículo 86.3, párrafos 2º y 3º de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA, en lo sucesivo), ha planteado no pocos problemas en relación con la denominada casación autonómica en el orden contencioso-administrativo. Hasta tal punto esto es así, que en la práctica existe alguna resolución (Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura, de 22 de junio de 2017) que ha llegado incluso a dudar de la propia pervivencia del recurso de casación contencioso-administrativo en el ámbito autonómico, tras la reforma de 2015.

Si bien el Tribunal Constitucional (TC) ha salvado la constitucionalidad de los citados párrafos 2º y 3º del artículo 86.3 LJCA, debe advertirse que la cuestión dista mucho de ser pacífica, lo cual se pone de manifiesto no sólo por el hecho de que las resoluciones dictadas hasta ahora por dicho Tribunal contienen votos particulares disidentes, sino también por la circunstancia de que siga dándose la necesidad de que el Alto Tribunal se pronuncie en relación con las dudas interpretativas que suscitan los párrafos 2º y 3º del artículo 86.3 LJCA.

Por lo que se refiere al ámbito de los TSJ, se han sucedido diferentes interpretaciones: la que se inclina por entender que, ante la imposibilidad de constituir la Sección a la que alude el artículo 86.3, 2º LJCA, el recurso de casación autonómico ha sido eliminado, pasando por las que admiten el recurso frente a las sentencias dictadas por los juzgados de lo contencioso-administrativo, pero no frente a las dictadas por la Sala del TSJ, así como aquellas otras que concluyen que tampoco contra las sentencias dictadas por los juzgados de lo contencioso-administrativo cabe la casación autonómica y llegando hasta las que admiten dicho recurso tanto frente a las sentencias de los juzgados, como contra las de la correspondiente Sala del TSJ.

¹ V. la disposición final tercera de la citada LO 7/2015.

De esta situación –ciertamente controvertida–, así como de posibles soluciones interpretativas –en mi opinión coherentes, a la vez que constitucionales– paso a dar cuenta en las siguientes líneas.

2. ANTECEDENTES DEL ACTUAL ARTÍCULO 86.3, PÁRRAFOS 2º Y 3º LJCA

Con el fin de facilitar la comprensión del objeto de estudio, resulta oportuno reproducir a continuación el tenor literal del artículo 86.3 LJCA, tras la redacción que ha dicho precepto dio la LO 7/2015:

“Artículo 86.

(...)

3. Las sentencias que, siendo susceptibles de casación, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia sólo serán recurribles ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.

Cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma será competente una Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo que tenga su sede en el Tribunal Superior de Justicia compuesta por el Presidente de dicha Sala, que la presidirá, por el Presidente o Presidentes de las demás Salas de lo Contencioso-administrativo y, en su caso, de las Secciones de las mismas, en número no superior a dos, y por los Magistrados de la referida Sala o Salas que fueran necesarios para completar un total de cinco miembros.

Si la Sala o Salas de lo Contencioso-administrativo tuviesen más de una Sección, la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia establecerá para cada año judicial el turno con arreglo al cual los Presidentes de Sección ocuparán los puestos de la regulada en este apartado. También lo establecerá entre todos los Magistrados que presten servicio en la Sala o Salas”.

Los problemas interpretativos a que ha dado lugar la actual redacción de este precepto que se acaba de transcribir tienen origen en la deficiente técnica legislativa de la que el legislador hizo gala en el año 2015. La nueva regulación contenida en la Disposición final tercera de la LO 7/2015 sustituyó a los dos recursos de casación autonómica que hasta esa fecha se contenían en la LJCA y que cumplían con una finalidad nomofiláctica, garantizando así la correcta interpretación y aplicación de las normas autonómicas. Tales recursos eran el de casación para la unificación de doctrina, que estaba regulado en el artículo 99 LJCA y el de casación en interés de ley, contemplado en el artículo 101 LJCA. Tanto uno, como otro precepto, fueron suprimidos por la Disposición final tercera, dos. Sin embargo, el contenido de los actuales párrafos segundo y tercero del art. 86.3 LJCA coinciden exactamente con el –ahora, como he dicho, suprimido– art. 99.3 LJCA. Pero lo que, lamentablemente, no hizo el legislador fue tener en cuenta lo que también disponía el apartado primero del

art. 99 LJCA, según el cual, “son susceptibles de recurso de casación para la unificación de doctrina las sentencias de las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, *si existen varias de estas Salas o la Sala o Salas tienen varias Secciones*, cuando...”².

En efecto, el recurso de casación para la unificación de doctrina en el ámbito autonómico que hasta 2015 regulaba el art. 99 LJCA, podía interponerse frente a las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los TSJ, pero dicho recurso quedaba sometido a la –por lo demás, obvia– condición de que en el correspondiente TSJ efectivamente existan, como disponía el art. 99.1 LJCA, varias de estas Salas o la Sala o Salas tuvieran varias Secciones. Lamentablemente, el legislador copió el contenido del hasta entonces art. 99.3 LJCA y lo pegó en el hoy art. 86.3 LJCA, pero copió y pegó mal, pues olvidó que la disposición del art. 99.3 LJCA, sin el complemento de lo que también el art. 99.1 preveía, plantearía muchos de los problemas interpretativos que, en efecto, ya se están –y probablemente se seguirán– planteando en la práctica de nuestros tribunales, incluido el TC.

Pero ahí no acaban las dificultades. Como se ha dicho anteriormente, el art. 99 LJCA, hoy suprimido, regulaba el recurso de casación para la unificación de doctrina, mientras que el hoy también derogado 101 LJCA, hacía lo propio con el recurso de casación en interés de ley. Al suprimir el legislador de 2015 ambos recursos y sustituirlos por el que hoy –tan deficientemente– se incluye en el art. 86.3 LJCA, parece también olvidar que la regulación anterior establecía que la casación autonómica para la unificación de doctrina (99 LJCA) establecía que las resoluciones recurribles eran las sentencias dictadas por las Salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ, mientras que el recurso de casación en interés de ley (101 LJCA) sólo se podía interponer frente a las sentencias dictadas en única instancia por los juzgados de lo contencioso-administrativo. Al dejarse en 2015 todas estas cuestiones abiertas, hoy resulta fácil entender cómo el art. 86.3, 2º y 3º LJCA está planteando todas las dificultades interpretativas que seguidamente se analizan.

Por lo demás, si bien los apartados quinto y sexto del artículo 74 LOPJ siguen haciendo referencia en la actualidad al recurso de casación para la unificación de doctrina y al recurso de casación en interés de la ley, respectivamente, lo cierto es que, como ya se ha dicho, los citados recursos han sido suprimidos con ocasión de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio³.

² Énfasis añadido

³ Disposición final tercera. Modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, apartado Dos, según el cual “Se suprimen las secciones 4ª y 5ª del capítulo III del título IV, integradas por los artículos 96 a 101”. V. LOZANO CUTANDA, Blanca, “La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo por la Ley Orgánica 7/2015: análisis de sus novedades”, en *Diario La Ley*, nº 8.609, Sección Tribuna, 21 de septiembre de 2015, según la cual tal supresión se debe a que el nuevo recurso de casación “integra los elementos fundamentales de estos otros dos” (en referencia a los recursos de casación para la unificación de doctrina y al recurso de casación en interés de la ley). En el mismo sentido se ha expresado también recientemente la STC 98/2020, de 22 de julio, según la cual, “El nuevo recurso de casación está encaminado a “sustituir” a los anteriores recursos de casación para unificación de doctrina y de casación en interés de la ley, que venían atribuidos anteriormente a las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia y que han sido

La nueva redacción de este precepto ha planteado no pocos problemas en relación con la denominada casación autonómica en el orden contencioso-administrativo⁴. Hasta tal punto esto es así, que, tras la reforma de 2015, ha llegado incluso a dudarse de la propia pervivencia del recurso de casación en el ámbito autonómico⁵.

3. RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DICTADAS HASTA LA ACTUALIDAD

Desde la entrada en vigor de la citada reforma operada por la LO 7/2015, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ, en lo sucesivo), se han ido sucediendo distintas resoluciones del TC, algunas de las cuales han tenido como objeto la resolución de recursos de amparo planteados como consecuencia de la inadmisión a trámite del correspondiente recurso de casación autonómico, mientras que otras se han ocupado de la resolución de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas al máximo intérprete de nuestra Constitución. Con el fin de simplificar y teniendo en cuenta que algunas de dichas resoluciones (las SSTC 18/2019, de 11 de febrero y la 26/2019, de 25 de febrero) prácticamente se limitan a remitirse a las conclusiones ya alcanzadas por el TC en otras anteriores, me centraré únicamente en las que a continuación –y aunque sólo sea de forma sintética– comento.

suprimidos por la Ley Orgánica 7/2015, por lo que esa finalidad unificadora de la interpretación y aplicación del derecho autonómico debe ser asumida por los tribunales superiores de justicia, a través de aquella modalidad impugnatoria”.

⁴ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “Pero ¿qué ocurre con la casación autonómica”, en *Diario La Ley*, nº 9.027, Sección Tribuna, 24 de julio de 2017, quien habla del “profundo desasosiego que genera esta diferencia de criterios –se refiere el autor a los autos dictados por distintos TSJ que llegan a interpretaciones dispares– exige verter algunas reflexiones y apuntar alguna posible salida a este fenomenal embrollo”. En otros lugares de la publicación citada, este autor tilda la situación de “panorama kafkiano”, llegándose a preguntar si “¿Tiene arreglo esta fenomenal chapuza?”.

⁵ Este es el caso del Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Extremadura, de 22 de junio de 2017 (extractado en el ATC 41/2018, de 16 abril), que se expresa como sigue:

“(iii) La Sección prevista en el artículo 86.3 LJCA, segundo párrafo, para resolver los recursos de casación tiene que estar formada por cinco magistrados, mismo número que los actuales integrantes de la Sala, que funciona como Sección Única, de modo que la Sección prevista en el citado precepto “es de imposible constitución” en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura pues el Presidente intervino en la deliberación y fallo y no puede ser sustituido por otro magistrado, pues todos ellos también intervinieron, además de que no existen otras Salas o Secciones cuyos magistrados puedan ser llamados; (...) (v) De la literalidad del artículo 86.3 LJCA se desprende que el precepto está pensado para los casos de un Tribunal Superior de Justicia que dispone de varias Salas de lo Contencioso-Administrativo o de varias Secciones dentro de la misma Sala; (vi) Al igual que en el Tribunal Supremo no está previsto, y carecería de sentido, un recurso de casación contra las propias sentencias dictadas por el Alto Tribunal en única instancia, tampoco es viable el recurso de casación autonómico en el ámbito del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura”.

3.1 El auto 41/2018, de 16 de abril

El citado auto inadmitió a trámite el recurso de amparo formulado por la Junta de Extremadura ante la también inadmisión⁶ por la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de dicha Comunidad, del recurso de casación por infracción de normativa autonómica que la Junta pretendía formular contra la correspondiente sentencia dictada por la citada Sala⁷.

Tras justificar la necesidad de dictar resolución que reviste forma de auto en la concurrencia del requisito de la especial trascendencia constitucional requerida en el artículo 50.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)⁸, el TC resuelve la inadmisión del recurso de amparo que había sido basado en: (i) infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión (24.1 CE), (ii) vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley (14 CE) y (iii) vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su manifestación de derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos (24.1 CE). Las dos primeras quejas enunciadas son rechazadas de forma sintética en el FJ 3º del auto que aquí se comenta para, a continuación, declarar que el núcleo del recurso de amparo está constituido por el tercero de los motivos expuestos.

En el análisis de esta queja relativa al derecho de acceso a los recursos legalmente previstos, el TC se hace eco, con carácter previo, de la afirmación contenida en la Exposición de motivos⁹ de la LO 7/2015, según la cual, “la ley opta por reforzar el recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho”, haciendo además hincapié en la finalidad de que la casación “cumpla estrictamente su función nomofiláctica”. Si destaco esta cuestión ya desde este momento, es por la importancia que la misma revestirá más adelante, en relación con las conclusiones que se pretenden proponer en esta comunicación.

Una vez realizada la anterior precisión, el FJ 5º del auto que aquí se estudia, entra a resolver el núcleo del recurso, prestando para ello atención a lo resuelto en el auto de inadmisión del recurso de casación dictado por la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Extremadura.

Como dato previo para entender la decisión adoptada en el seno del TSJ de Extremadura, es necesario tener en cuenta el dato de que la Sala de lo contencioso-

⁶ Por auto de 22 de junio de 2017. También constituyó objeto de impugnación en el recurso de amparo la providencia de 11 de julio de 2017, por la que se inadmitió el mal llamado incidente de nulidad de actuaciones formulado contra el citado auto de 22 de junio.

⁷ STSJ Extremadura (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) 78/2017, de 16 febrero

⁸ Para ello, el TC remite a su propia doctrina, sentada en la STC 155/2009, de 25 de junio, (FJ 2º, apartado g), según la cual, cabe afirmar la existencia de especial trascendencia constitucional cuando “el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales”.

⁹ Utilizo aquí, igual que hace el ATC 41/2018, la expresión *exposición de motivos* aun a sabiendas de que, en realidad, la LO 7/2015, como todas en los últimos tiempos, rotula dicho texto preliminar como *preámbulo* (y no como exposición de motivos). Sirva ello como simbólica reivindicación de una expresión que, personalmente, me parece más adecuada, aunque sólo sea por el carácter más gráfico de la misma.

administrativo de dicho tribunal cuenta con una única Sala, que funciona por lo tanto como Sección única. Precisamente por esta circunstancia, el auto de la Sala del TSJ extremeño llega a la conclusión de que el precepto contenido en el párrafo 2º del artículo 86.3 LJCA “está pensado para los casos de un Tribunal Superior de Justicia que dispone de varias Salas de lo Contencioso-Administrativo o de varias Secciones dentro de la misma Sala”. Sin embargo, en el ámbito territorial del TSJ de Extremadura, la Sección a la que alude el artículo 86.3, pfo.2ª LJCA es de imposible conformación, dado que los cinco Magistrados con los que cuenta la única Sala del orden contencioso-administrativo de dicho TSJ ya constituyeron la Sala que dictó la sentencia contra la que luego se pretendía interponer el recurso de casación autonómico del que trae causa el recurso de amparo objeto de análisis.

En este sentido, el TC llega a la conclusión de que la resolución de inadmisión de la Sala del TSJ no incurre en arbitrariedad, ni en irrazonabilidad, así como tampoco en error fáctico, entendiendo que la misma es “producto de una exégesis racional de los preceptos legales aplicables”, lo cual, en definitiva, es lo que exige el artículo 24.1 CE. Sin perjuicio de ello, a renglón seguido, el Alto Tribunal también precisa que tal conclusión no impide que, teniendo en cuenta las incertidumbres que han surgido a raíz de la regulación de la casación autonómica tras la reforma de 2015, “otras interpretaciones judiciales dirigidas a darles respuesta puedan a su vez ser perfectamente razonables”, lo que a todas luces podría entenderse como una puerta abierta de cara a eventuales –a día de hoy ya ciertos– pronunciamientos del propio TC en el futuro.

3.2 La sentencia 128/2018, de 29 de noviembre

En una secuenciación cronológicamente ordenada, tras el auto 41/2018 acabado de comentar, recayó la STC 128/2018, de 29 de noviembre, que tuvo por objeto la resolución de la primera cuestión de inconstitucionalidad formulada contra los párrafos 2º y 3º del artículo 86.3 LJCA por la Sección 1ª de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Castilla-La Mancha. Dicho tribunal promovió la cuestión de inconstitucionalidad al entender que los dos párrafos citados del artículo 86.3 LJCA vulneran los siguientes preceptos de la CE: (i) el artículo 122.1, al no haberse respetado en la creación de la sección especial prevista en el art. 86.3, 2º LJCA la reserva de ley orgánica (del poder judicial) que exige el art. 122.1 CE; (ii) el art. 9.3 CE, al vulnerar la nueva redacción del art. 86.3 LJCA el principio de seguridad jurídica, como consecuencia de las incertidumbres que se suscitan a la hora de aplicar el citado precepto; (iii) el art. 14 CE, por no respetar el precepto cuestionado el principio de igualdad ante la ley; y (iv) el art. 24.1 CE, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, tanto en su manifestación de derecho de acceso al recurso legalmente previsto, como en la del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

Por lo que se refiere a la vulneración de la primera de las garantías enunciadas, la consistente en la infracción de la reserva de ley orgánica –y no de cualquier ley orgánica, sino precisamente de la del poder judicial– del art. 122.1 CE, el TC desestima la existencia de tal infracción, con base en la aplicación de su propia doctrina, según la cual dicha reserva de ley orgánica no debe entenderse en un sentido excesivamente

amplio, sino solamente comprensivo de las siguientes exigencias: primera, que la creación de un nuevo órgano judicial está sometida a tal reserva; segunda, también queda abarcada por la reserva la atribución de la competencia genérica (art. 9 LOPJ); y tercera, que, más allá de la citada competencia genérica, la necesidad de que la concreta determinación de la competencia que efectúen las correspondientes leyes de enjuiciamiento respete siempre lo previsto en la LOPJ.

Además, la STC 128/2018 analiza la cuestión de si la sección especial prevista en el art. 86.3, 2º LJCA es de verdad un nuevo órgano jurisdiccional o si, por el contrario, nos encontramos ante una mera sección funcional. Para ello, lleva a cabo en el FJ 4º b) un análisis en el que distingue entre secciones funcionales y secciones orgánicas, entendiendo que sólo estas últimas constituyen verdaderos órganos jurisdiccionales y por lo tanto, al ser la sección especial del art. 86.3 meramente funcional, no se requiere que su creación quede sujeta a la reserva del art. 122.1 CE. Asimismo, entiende la opinión mayoritaria expresada en la sentencia que comentamos, que en cualquier caso, no nos encontramos ante un órgano de nueva creación, sino que, por el contrario, idéntica sección estaba prevista ya con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 7/2015 en los hoy suprimidos arts. 99.3 y 101.3 LJCA.

En definitiva, como ya se ha adelantado, el TC no estima esta queja formulada en la cuestión de inconstitucionalidad, consistente en la infracción de la reserva de ley orgánica del poder judicial. No obstante, la sentencia contiene dos votos particulares disidentes, en la medida en que en ellos, sendos Magistrados mantienen que la cuestión debió haber sido estimada, dado que la nueva regulación, en efecto, no respeta la reserva prevista en el art. 122.1 CE y ello porque mantienen –con razón, en mi opinión– que no nos encontramos ante una mera sección funcional, sino orgánica, y que “la similitud de la norma cuestionada con los derogados arts. 99.3 y 101.3 LJCA, no constituye, en mi opinión, un argumento que pueda fundamentar que la sección que prevé la norma que ahora se enjuicia tenga carácter funcional; lo único que pone de manifiesto es que la regulación anterior podía incurrir en la misma infracción constitucional”.

Por su parte, el órgano jurisdiccional que promovió la cuestión de inconstitucionalidad, defiende la imposibilidad de aplicar los preceptos cuestionados de forma razonable, ni previsible, como consecuencia de la deficiente técnica legislativa, la cual produciría tal grado de incertidumbre que generaría inseguridad jurídica. Esta cuestión también es desestimada por el la STC 128/2018, al entender que el precepto no es una norma aislada e incomunicada del resto del ordenamiento, por lo que concluye que los preceptos cuestionados “son susceptibles de interpretación armónica con la regulación contenida en los arts. 87, 87 bis, 88, 89 y sigs., referentes a la viabilidad y procedimiento del recurso de casación ante el Tribunal Supremo” y por lo tanto, no producen una “confusión insuperable” apta para vulnerar el principio de seguridad jurídica.

Tampoco se entiende vulnerado el principio de igualdad ante la ley del art. 14 CE, aduciendo para ello, por un lado, que la desigualdad no derivaría de la propia norma, sino de la aplicación de la misma, afirmando que “si los órganos judiciales aplicaran la norma con idénticos criterios, el trato no sería desigual”; y, por otro lado, que la discriminación censurada por el art. 14 CE es la que se deriva de que un mismo

órgano jurisdiccional aplique una norma de forma distinta a casos similares y no la que se deriva de que distintos órganos judiciales apliquen la ley de forma distinta, pues esto último está legitimado por la vigencia del principio de independencia judicial.

También la duda de constitucionalidad planteada en relación con la infracción del art. 24.1 CE es rechazada por el TC. Así, por lo que se refiere a la posible infracción del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, el Tribunal remite a lo resuelto en relación con la infracción de la reserva de ley orgánica prevista en el art. 122.1 CE. Y en cuanto a la vertiente del derecho de acceso al recurso legalmente previsto, el TC salva esta cuestión manteniendo que, si bien la casación autonómica carece de desarrollo normativo, tal circunstancia no afecta a su constitucionalidad, dado que se trata de un recurso “paralelo al establecido en el Tribunal Supremo para el Derecho estatal o de la Unión Europea, a cuya regulación se remite implícitamente el recurso de casación autonómico”. Sobre esta cuestión particular volveré más adelante.

En definitiva, y si bien es cierto que con dos votos particulares disidentes, la STC 128/2018 salva la constitucionalidad de los preceptos cuestionados de la LJCA.

3.3 La sentencia 98/2020, de 22 de julio

La presente resolución tuvo por objeto la resolución de un nuevo recurso de amparo que fue avocado al Pleno y formulado contra las correspondientes resoluciones de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Cataluña (Sección 3ª) que decidieron tener por no preparado el recurso de casación que el Ayuntamiento de Sant Cugat del Vallès pretendía interponer contra la sentencia de 9 de noviembre de 2017, dictada por la Sección 3ª de la Sala y TSJ citados.

En las resoluciones impugnadas en amparo se mantiene que, tras la reforma de 2015, no cabe interponer recurso de casación contra las sentencias dictadas por las Salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ, pues de una interpretación sistemática de los párrafos 2º y 3º del art. 86.3 LJCA debe concluirse que dicho recurso de casación autonómico solamente puede ser interpuesto frente a las sentencias dictadas en única instancia por los juzgados de lo contencioso-administrativo que contengan doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales, sean susceptibles de extensión de efectos y se funden en normas emanadas de la comunidad autónoma. Los argumentos que aduce para mantener dicha conclusión son los siguientes: en primer lugar, que la LOPJ no atribuye competencia a las salas de los TSJ para conocer del recurso de casación, pues el rango de la disposición final tercera de la LO 7/2015 es de ley ordinaria (disposición final quinta de la misma LO); en segundo lugar, mantiene la citada resolución que la LO 7/2015 eliminó la prevalencia funcional entre secciones de una misma sala, añadiendo que la unificación tendrá lugar a través del mecanismo del pleno no jurisdiccional, el cual resolverá las discrepancias en el seno de una sala; como tercer argumento se explica que el recurso de casación responde a la “lógica de dos secciones: una de admisión (no especializada), que se limita a examinar si concurren los requisitos de admisión, y otra de resolución (especializada) que es la que forma jurisprudencia”. Por lo tanto, si se admitiera el recurso de casación frente a las

resoluciones de las salas de este orden jurisdiccional de los TSJ, se daría la circunstancia de que las secciones no especializadas resolverían sobre la casación que se planteara contra las resoluciones de las secciones especializadas. Así, la resolución frente a la cual se formula la demanda de amparo concluye que “es indudable la falta de idoneidad de un sistema de formación de jurisprudencia que pivote sobre una sección de casación (no especializada y de composición rotatoria) que se pronuncie con carácter prevalente sobre la jurisprudencia ya formada por las secciones de la misma sala que por reparto conocen de la materia”.

La demanda de amparo se fundamenta en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación de derecho de acceso al recurso (art. 24.1 CE).

Por su parte, la STC 98/2020 estima el recurso de amparo, basándose para ello en gran medida en la remisión a la doctrina que el mismo Pleno del TC ya sentara tanto en el ATC 41/2018, como en la STC 128/2018, ambas resoluciones ya sintetizadas en los epígrafes precedentes. Cabe quizás volver a destacar aquí el argumento en que se hace hincapié por el TC al resolver este nuevo recurso de amparo, cual es el de que “el recurso de casación por infracción de normativa autonómica se conforma como «un recurso de casación paralelo» al establecido en el Tribunal Supremo respecto de la denunciada infracción del derecho estatal o de la Unión Europea, además de afirmar que a su «regulación se remite implícitamente»”. Sobre esta cuestión, volveré más adelante.

3.4 La sentencia 99/2020, de 22 de julio

En esta última de las resoluciones en las que el TC, también en Pleno, ha tenido ocasión de pronunciarse hasta ahora en relación con el art. 86.3, pfos. 2º y 3º LJCA, el objeto del recurso versa sobre la cuestión de si cabe formular el recurso de casación autonómica frente a las sentencias dictadas por los juzgados de lo contencioso-administrativo. Así, la Junta de Extremadura interpuso recurso de casación por infracción de normativa autonómica con base en el art. 86.3 LJCA, el cual fue inadmitido por auto de 10 de septiembre de 2018, al considerar que concurría la causa de inadmisión que contempla el art. 90.4 a) LJCA, debido a que “ni la LOPJ ni la LJCA contienen norma que atribuya competencia a las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia para enjuiciar recursos de casación por infracción de norma autonómica”.

La demanda de amparo entiende vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación de derecho de acceso al recurso (24.1 CE), así como el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), dado que en otras comunidades autónomas se accede a la recurribilidad de estas resoluciones de los juzgados de lo contencioso-administrativo, habiéndose puesto “soluciones a la falta de regulación normativa”.

El ATC 99/2020, haciéndose nuevamente eco de la propia doctrina del TC reunido en Pleno, estima el recurso de amparo, aduciendo que la citada falta de regulación del recurso de casación autonómico no genera inseguridad, puesto que se trata de un recurso de casación paralelo al establecido para el TS para el derecho estatal

o de la UE, “a cuya regulación se remite implícitamente el recurso de casación autonómico”.

4. PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN ANTE LA INSEGURIDAD QUE GENERA EL ART. 86.3, PFOS. 2º Y 3º LJCA

Tal y como se desprende de lo explicado, uno de los problemas de interpretación que plantea la redacción del artículo 86.3 LJCA afecta a la cuestión de la determinación de las resoluciones recurribles.

Por un lado, el precepto en ningún momento alude a la posibilidad de recurrir en casación aquellas sentencias que dicten los juzgados de lo contencioso-administrativo aplicando derecho autonómico. Solamente el artículo 86.1 LJCA, referido a la casación estatal o ante el TS, alude a tal posibilidad. Ante lo que parece constituir un simple olvido del legislador fruto de las prisas de aquella legislatura, es cierto que carecería de sentido entender que estas resoluciones no fueran recurribles en casación ante el TSJ. No obstante, también es verdad que, como se ha indicado, el artículo 86.3 LJCA no menciona nada en este sentido, solo el artículo 86.1 LJCA.

Y, por otro lado, si bien de los párrafos 2º y 3º del art. 86.3 LJCA parece desprenderse que las sentencias dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ sí pueden ser recurridas en casación, lo cierto es que, como se ha visto, la sección prevista en dichos párrafos ha planteado tales problemas interpretativos que, como mínimo, debe reconocerse que en aquellos TSJ que sólo cuentan con una única sala, la citada sección especial es de imposible constitución y, por lo tanto, las sentencias dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo en dichas circunscripciones autonómicas no serán susceptibles de casación. Además, esta interpretación concuerda perfectamente con lo establecido en el art. 86.1 LJCA, que alude expresamente a “las sentencias que, *siendo susceptibles de casación...*”, pues si el objeto de este recurso, como por todos es sabido, es la unificación de doctrina, si sólo existe una sala, que actúa a través de una sección única en el ámbito de un TSJ, resulta claro que no va a existir doctrina jurisprudencial que esté necesitada de unificación alguna. Es más, en aquellas otras circunscripciones territoriales correspondientes a TSJ en los que exista más de una sala, tal y como se razona por la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Cataluña en el procedimiento que desembocó en el recurso de amparo resuelto por la STC 98/2020, se da lugar a que el recurso de casación frente a la correspondiente Sección especializada del TSJ, deba ser resuelto por una sección no especializada, lo cual, ciertamente, no parece tener demasiado sentido.

Por lo que se refiere, con carácter general, al problema de la inexistencia de regulación legalmente previsto para la tramitación del recurso de casación autonómico, la situación recuerda a lo sucedido en el orden jurisdiccional penal como consecuencia

de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Como se recordará, la citada LO previó la creación de la Sala de apelación en la Audiencia Nacional, así como la atribución a las Salas de lo civil y penal (conociendo como salas de lo penal) de los TSJ del recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias provinciales. Sin embargo, en tal ocasión no se hizo efectiva la aplicación del recurso de apelación –y por lo tanto la tan esperada doble instancia penal–, debido a que, según se mantuvo, no existía regulación legal del procedimiento para la tramitación del recurso de apelación que se interpusiese ante tales órganos judiciales. Por tal motivo hubo que esperar nada menos que doce años, hasta que la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, instaurase con carácter efectivo, la doble instancia penal. Pero como es sabido, la única previsión adicional que introdujo la citada Ley 41/2015 en la LECrim consistió en una simple remisión al procedimiento previsto en los artículos 790 a 792 LECrim para la tramitación del recurso de apelación que ya con anterioridad a 2015 cabía formular –sintetizando– contra las sentencias dictadas por los juzgados de lo penal.

Como puede observarse, en términos comparativos, la situación que se ha generado a partir de la entrada en vigor de la LO 7/2015 y la nueva redacción que ésta da al artículo 86.3 LJCA es aún más grave que aquella, que supuso la imposibilidad de hacer efectiva la doble instancia penal tras la reforma de la LO 19/2003. Así, el único problema que se planteaba en 2003 radicaba en la inexistencia de un procedimiento legalmente previsto para la tramitación del recurso de apelación ante las Salas de lo civil y penal de los TSJ o ante la Sala de apelación de la Audiencia Nacional. Como es sabido, se descartó en aquel momento la posibilidad de aplicar, a modo de remisión implícita, los artículos 790 a 792 LECrim, debiendo esperar, como se ha dicho, nada menos que doce años hasta que el legislador efectuara esa simplísima remisión a los citados preceptos.

Sin embargo, a pesar de que la entrada en vigor de la nueva redacción que la LO 7/2015 da al artículo 86.3 LJCA pone de manifiesto exactamente el mismo problema que se planteó con la instauración de la doble instancia penal esbozado en líneas anteriores, en el caso de la reforma de la casación autonómica parece que no ha habido inconveniente en mantener que a la tramitación de dicho recurso autonómico de casación se le aplicará, con carácter paralelo, el procedimiento previsto para el recurso de casación ante el Tribunal Supremo¹⁰ (a pesar de que no existe norma alguna de la que pueda deducirse la viabilidad de tal aplicación analógica).

Es más, la deficiente técnica legislativa de la que el legislador hizo gala en la LO 7/2015 ocasiona que, en mi opinión, las dificultades para aplicar las previsiones contenidas en el nuevo artículo 86.3, párrafos 2º y 3º LJCA sean aún más importantes y,

¹⁰ STC (Pleno) 128/2018, de 29 de noviembre, según la cual, “Las incertidumbres que, prima facie, pueda suscitar la disposición cuestionada pueden ser salvadas mediante una interpretación perfectamente razonable, aplicando los criterios ordinarios de interpretación de la ley y atendiendo, especialmente, a la configuración más objetivada del recurso de casación estatal, a cuyas normas se remite implícitamente el recurso de casación autonómico y que debe considerarse que integran también su regulación”.

por ello, impiden –en mayor medida aún que lo que sucedió con la LO 19/2003 y la doble instancia penal– la efectiva aplicación de la casación autonómica prevista en el artículo 86.3 LJCA. Así, debe destacarse el problema que se ha suscitado por el hecho de que la LO 7/2015 haya atribuido competencia a la “Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo que tenga su sede en el Tribunal Superior de Justicia” para el conocimiento de la casación autonómica. Si bien en principio cabría pensar que tal previsión no supone infracción alguna de la reserva de ley orgánica contenida en el artículo 122.1 de la Constitución –pues la LO 7/2015 no solo es orgánica, sino que además lo es para la reforma de la LOPJ– lo cierto es que dicha LO no acomete la reforma de los apartados quinto y sexto del artículo 74 LOPJ, los cuales en la actualidad siguen aludiendo, de forma inexplicable, a los recursos de casación para la unificación de doctrina y en interés de la ley, respectivamente. Así, lo que hace la LO 7/2015, es introducir en su Disposición final tercera, apartado Uno, la reforma del artículo 86.3 LJCA, precisando además la Disposición final quinta, que lleva por rótulo “Disposiciones con carácter de ley ordinaria y título competencial”, que “tienen carácter de ley ordinaria las disposiciones adicionales segunda y quinta, y las disposiciones finales primera, tercera y cuarta”. Por lo tanto, incomprensiblemente, en el marco de una ley de rango orgánico y que además se promulga para la reforma de la LOPJ, el legislador no sólo no aprovechó la ocasión para modificar la redacción del artículo 74 LOPJ, sino que introduce la modificación a la que aquí se alude por medio de una norma de rango ordinario de reforma del artículo 86.3 LJCA.

5. CONCLUSIONES

Tras todo lo expuesto, parece fácil alcanzar la conclusión de que, en la actualidad, sería deseable que el recurso de casación por infracción de normativa autonómica fuera objeto de una regulación que subsane las deficiencias de que adolece la regulación hoy vigente. Así, de *lege ferenda*, lo ideal sería que se procediera a aprobar una disposición que, por un lado, acabara con todas las oscuras sombras de inconstitucionalidad que se han cernido sobre la actual regulación. En este sentido, sería deseable –como de hecho se pone de manifiesto por la existencia de los votos particulares disidentes que contienen las tres últimas resoluciones del TC que se pronuncian sobre el art. 86.3 LJCA– que la regulación estuviera prevista en la LOPJ y que, por lo tanto, fuera aprobada a través de ley orgánica de reforma de dicha LOPJ. Además, sería también de desear que la nueva regulación acabara con la inseguridad jurídica que, lo reconozca el TC o no, justo es reconocer que genera la interpretación y aplicación del precepto contenido en el art. 86.3 LJCA.

Así, para alcanzar este último fin, entiendo que el recurso debería ser regulado de forma autónoma y, por lo tanto, sin remisiones –ni explícitas, ni, mucho menos tácitas– a la regulación propia del recurso de casación que rige la infracción de norma estatal o de la Unión Europea. Dicha nueva regulación, como es lógico, debería dejar claro cuáles son las resoluciones recurribles en el ámbito autonómico del recurso de casación, así como el objeto del recurso y el procedimiento para su tramitación.

No obstante, mientras la citada reforma no llegue y por lo que se refiere a la cuestión que hasta la fecha ha planteado más problemas y que es la relativa a la

pregunta de cuáles son las resoluciones frente a las que se puede formular recurso de casación por infracción de normativa autonómica, debe entenderse, con base en la doctrina del TC analizada en páginas precedentes, lo siguiente:

1º Por lo que se refiere a las sentencias dictadas en única instancia por los juzgados de lo contencioso-administrativo, cabrá recurso de casación autonómico si se cumplen los demás requisitos previstos legalmente (“únicamente serán susceptibles de recurso las sentencias que contengan doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos”, art. 86.1, 2º LJCA).

2º En cuanto a las sentencias dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ, debe distinguirse en función de la circunscripción autonómica en la que se plantee la cuestión. Así, por un lado, deben distinguirse los supuestos de TSJ que sólo cuenten con una única sala de lo contencioso-administrativo que actúe como sección única (por ejemplo, Extremadura), de aquellos otros en los que exista más de una sala de lo contencioso-administrativo o que la misma actúe en varias secciones.

En el primer caso enunciado, como hemos visto y además ha sido validado por el ATC 41/2018, contra las sentencias dictadas por dicha sala única no cabe formular recurso de casación autonómico y ello, en mi opinión, no ya sólo por la imposibilidad de constituir en estas circunstancias la sección especial del art. 86.3, pfos. 2º y 3º LJCA, sino también por el mero hecho de que, tal y como se establece en el pfo. 1º del citado art. 86.3 LJCA, las sentencias recurribles en casación autonómica han de ser “susceptibles de casación”, requisito con el cual no cumplen las dictadas por la sala de tales TSJ, puesto que al ser únicas, ni siquiera puede plantearse el problema de la necesidad de unificar una doctrina que ya de por sí es única.

En el segundo caso enunciado (aquellos TSJ con pluralidad de salas o de secciones de lo contencioso-administrativo), a pesar de las dificultades que en relación con el carácter especializado y no especializado de las secciones, ciertamente pueden plantearse –y de hecho se plantearon en la STC 99/2020–, el TC, en esta última resolución citada, ha concluido que en estos casos el recurso sí debe ser viable.

BIBLIOGRAFÍA

APARICIO, Emilio, “La casación autonómica”, en el blog Almacén de Derecho, accesible en <https://almacenederecho.org/la-casacion-autonomica> (último acceso: 31 octubre 2020).

CAVES, José Ramón, “El Tribunal Constitucional reconstruye el cojitranco recurso de casación autonómico”, en el blog Delajusticia.com, accesible en <https://delajusticia.com/2020/09/01/el-tribunal-constitucional-reconstruye-el-cojitranco-recurso-de-casacion-autonomico/> (último acceso: 31 octubre 2020).

LOZANO CUTANDA, Blanca, “La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo por la Ley Orgánica 7/2015: análisis de sus novedades”, en *Diario La Ley*, nº 8.609, Sección Tribuna, 21 de septiembre de 2015.

LOZANO CUTANDA, Blanca, “El recurso de casación autonómico tras las sentencias del Tribunal Constitucional 98/2020 y 99/2020”, en *Diario La Ley*, nº 9.718, Sección Tribuna, 19 de octubre de 2020.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, “Pero ¿qué ocurre con la casación autonómica”, en *Diario La Ley*, nº 9.027, Sección Tribuna, 24 de julio de 2017.

LA AMPLIACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN EN EL ÁMBITO CONCURSAL

Rafael LARA GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Pública de Navarra
Juan Martín ARMENDÁRIZ IÑIGO
Abogado del Estado

Si queremos que todo siga como está, es necesario que todo cambie
(Tomasi Di Lampedusa, G., “El gatopardo”)

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL RECURSO DE CASACIÓN. 2.1. Régimen general. 2.2. Particularidades en el ámbito concursal. 3. EL RÉGIMEN DE LA RENDICIÓN DE CUENTAS EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL. 3.1. La rendición de cuentas. 3.1.1. *El objeto.* 3.1.2. *El ámbito.* 3.1.3. *Los efectos.* 3.2. *La delimitación procesal de su ámbito.* 3.2.1. *Las secciones del concurso afectadas por la rendición de cuentas.* 3.2.2. *El carácter transversal: las materias conexas.* 4. EL CONFLICTIVO ACCESO AL RECURSO DE CASACIÓN DE LAS RENDICIONES DE CUENTAS: 4.1. La fiscalización como pretensión. 4.2. El acceso al recurso. 4.2.1. *El recurso de apelación.* 4.2.2. *El recurso de casación: a) Las materias conexas. b) Las materias excluidas.* 4.3. Aplicación práctica por los órganos judiciales. 4.3.1. *La formación de la jurisprudencia.* 4.3.2. *El cambio de la doctrina jurisprudencial.* 4.3.3. *La situación actual: a) Los pronunciamientos contradictorios. b) La aplicación del Texto Refundido de la Ley Concursal: análisis de la SJPII nº 1 de Toledo (con funciones de Juzgado de Mercantil) nº 127/2020, de 17 de septiembre (Pieza nº 1; Concurso782/2016).* 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

RESUMEN: El recurso de casación concursal se encuentra delimitado en el artículo 550 del TRLCon y lo circunscribe a ámbitos concretos y exactos, que, empero, no impide que, en la tramitación de determinadas acciones, haya una clase de pretensiones únicas de contenido múltiple, tal y como acontece con la rendición de cuentas (*ex art. 478 TRLCon*), y que necesariamente plantean el alcance de este recurso.

La rendición de cuentas, entendida como una justificación de la gestión de un patrimonio ajeno a través de la aplicación del activo al pasivo, comporta una serie de operaciones llevadas a cabo en la sección segunda del concurso de acreedores (art. 508 TRLCon) por parte de la administración concursal que, en cualquier caso, inciden, en cuanto al activo, en la sección tercera, referida al activo (inventario), y en cuanto al

pasivo, tanto en los créditos contra la masa (sección tercera), como de los créditos concursales (sección cuarta).

Inicialmente, nuestro Alto Tribunal admitió y, por ende, resolvió, sendos recursos de casación sobre esta cuestión a través de una interpretación amplia del artículo 197.7 de la LCon (actual art. 550 TRLCon) para, posteriormente, mutar de criterio, que elimina de raíz cualquier posibilidad de acceder al recurso de casación.

Esta postura del Tribunal Supremo ha dado lugar a un debate de confrontación con su Jurisprudencia por parte de las diferentes Audiencias Provinciales.

Así, el Texto Refundido de la Ley Concursal prevé como contenido específico de la rendición de cuentas (art. 478 TRLCon) la concreción de un pago bien concreto de créditos, como son los de la retribución concursal, no prevista en el artículo 181 de la LCon, y con este cambio, surge la cuestión que se analiza: la ampliación de este recurso.

1. INTRODUCCIÓN

El recurso de casación se configura como la máxima garantía judicial en la correcta interpretación y aplicación de la Norma jurídica controvertida al caso concreto a través de la función nomofiláctica y, a partir de la misma, fija una doctrina que, salvo supuestos excepcionales y debidamente razonados, genera una expectativa de vigencia y previsible cumplimiento en los órganos judiciales¹.

El concurso de acreedores, como otra materia propia del ámbito del recurso de casación civil, se somete a las normas procesales que articulan dicho recurso y que, una vez que ha transitado por las instancias previas, puede ser objeto del mismo a través del alambicado y sinuoso íter que dibuja la Ley de Enjuiciamiento Civil; eso sí, completado por las concretas y particulares singularidades identificadas en el Texto Refundido de la Ley Concursal, al igual que ya hiciera la derogada Ley Concursal.

La peculiar configuración y, por ende, la articulación del concurso de acreedores como un proceso colectivo invita a la participación de intereses contrapuestos, a veces, desordenadamente articulados, donde la mano firme del Juez del Concurso invita a la necesaria moderación y contención.

No obstante, se trata de una intervención gregaria, por mor del principio dispositivo, en el que un buen hacer, en ocasiones, mejorable proceder de las partes es esencial. Precisamente, la acción clave en ese discurrir de respuesta a intereses contrapuestos se encomienda a la administración concursal, cuya reforma inacabada no zanja el vigente Texto Refundido de la Ley Concursal² y es reclamada por la doctrina³.

¹ “[L]a persuasión es un elemento central en todas las épocas del pensamiento platónico” como advierte GRECO, J., “Del filósofo-rey al imperio de la ley. Una evaluación de las aportaciones de Platón al rule of law”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº XXXVI, 2020, pág. 220.

² MARTÍN MARTÍN, A.J., “Primera aproximación al nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal”, consultado en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-mercantil/estudios-o-m/primera-aproximacion-al-nuevo-texto-refundido-de-la-ley-concursal/>

³ Cfr. CUENA CASAS, M., “La profesionalización de la administración concursal. Una reforma imprescindible y urgente”, consultado en <https://hayderecho.expansion.com/2020/03/02/profesionalizacion-administracion-concursal/>

De este modo, se impone en este conflictivo, a la par que intrigante camino, exponer, en primer lugar, el régimen del recurso de casación en nuestra Ley Procesal para, seguidamente, descender a su singularidad en el ámbito del Texto Refundido de la Ley en la figura de la administración concursal y en acto bien concreto, a saber, la rendición de cuentas, donde la admisión de este recurso presenta un perfil particularmente vidrioso, pues se supedita a su discusión en las secciones del concurso que identifica el Legislador en el proceso de insolvencia, sin margen alguno.

A partir de ahí, esta figura difusa tornará clara y ya será perceptible para devolver una imagen que, lejos de zanjar el debate, lo complica, a modo de bella jerigonza, donde se debe invocar su bondad y procedencia.

La administración concursal, de este modo, torna con carácter necesario en gestor de un patrimonio ajeno cuyas administración y disposición está obligado a justificar y, por ello, no resulta extraño que sea calificado como de deber principal cuando cesa en su cometido⁴.

Esta labor de dación de cuenta reclama un especial esmero por los actores implicados en la fiscalización con el objetivo de lograr su buen fin, pues, no solo el autor, sino los destinatarios de la misma, serán quienes perfilen estas aristas difusas que, finalmente, a través de la oportuna Sentencia, por medio de un juicio de reproche negativo -principalmente, serán denunciadas omisiones- lo concrete⁵.

Y lejos de finalizar aquí la configuración de régimen, su disciplina será también objeto de un nuevo examen, en un primer momento, completo, por medio de la apelación, para, si así procede, fijando la doctrina legal aplicable, por medio del recurso de casación, si se admite al justiciable tal pretensión.

La exposición de este animado y conflictivo debate es objeto de líneas diferente tanto en la Literatura científica⁶ como en la propia jurisprudencia que, como se justificará, el Legislador de forma tímida aborda y que centra en la que mayor litigiosidad ha generado al respecto, la atención del pasivo del concurso, en particular, de un crédito contra la masa que, a pesar de no estar ni tan siquiera aludido en el derogado artículo 84.2 de la LCon, ahora el Legislador no solo lo incluye como tal en el

No es el único aspecto que es criticado de la nueva Norma, además, en un aspecto nuclear y vital en estos duros momentos que atravesamos -y saldremos-, que no ya desconoce la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sino que olvida la necesidad de adaptarse al marco procedente de la Unión Europea en materia de insolvencia y los mecanismos preventivos para su corrección. *Vid.* SANCHO GARGALLO, I., “Consideraciones sobre la refundición de la Legislación Concursal y su adecuación a la jurisprudencia”, en *Anuario de Derecho Concursal*, nº 51, 2020 consultado en www.aranzadigital.es

⁴ CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., “La rendición de cuentas de la administración concursal”, en *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, nº 9, 2016, pág. 53.

⁵ LARA GONZÁLEZ, R. y ARMENDÁRIZ ÍÑIGO, J.M., “El acreedor ante la rendición de cuentas de la administración concursal”, en *Revista Jurídica de les Illes Balears*, nº 15, 2017, págs. 86 y 87.

⁶ Sin llegar al paroxismo, al que se prestan los eviternos debates, FERNÁNDEZ ABELLA, J. M., “Rendición de cuentas, ¿un 'totum revolutum'?”, en *Legal Today*, 2018, consultado en <https://www.legaltoday.com/opinion/blogs/sociedades/blog-affectio-societatis/rendicion-de-cuentas-un-totum-revolutum-2018-05-02/>

artículo 242.6 del TRLCon, sino que debe ser objeto de especial mención e identificación en la rendición de cuentas, según reclama el artículo 478.2 también del TRLCon.

2. EL RECURSO DE CASACIÓN

2.1 Régimen general

La principal característica de la casación española reside en la coexistencia de dos regímenes distintos de este recurso extraordinario: uno provisional, pero vigente, y otro con vocación de instaurarse definitivamente, régimen transitorio (DA 16ª LEC), conforme a la cual se refunden los dos recursos, extraordinario de infracción procesal y de casación material para atribuir la competencia de ambos al Tribunal Supremo, tal y como, por lo demás, así ha venido sucediendo desde los albores de la casación española necesaria, que, de este modo, otorga tanto seguridad jurídica (art. 9 CE) a la vez que garantizará la observancia del también relegado derecho fundamental de los ciudadanos a la igualdad en la aplicación de la Ley en todo el territorio nacional (art. 14 CE)⁷.

La regulación del mismo está contenido en el artículo 477 de la LEC en cuanto a los motivos de este recurso que, además, el Tribunal Supremo ha fijado en su sitio *web* los criterios para la admisión del recurso de casación⁸ con un detalle y precisión que contrasta con la parquedad del anterior de 2011⁹.

El recurso tiene un motivo único, a saber, la infracción de norma sustantiva y cabe contra resoluciones que se hayan dictado en materia de protección de derechos fundamentales (excluido el art. 24 CE), aquellas cuyo importe supere los 600.000 euros y, finalmente, las que presenten interés casacional. La decisión acerca de la admisión del recurso de casación se halla regulada en los artículos 483 a 485 de la propia LEC, donde en el trámite de decisión acerca de la competencia interviene el Ministerio Fiscal en los términos que ha determinado la Fiscalía General del Estado¹⁰.

2.2 Particularidades en el ámbito concursal

⁷ GIMENO SANDRA, V., “El recurso español de casación civil: perspectiva de reforma”, en *El Notario del Siglo XXI*, nº 22, 2008 consultado en <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-22/1770-el-recurso-espanol-de-casacion-civil-perspectiva-de-reforma-0-7208105500049987>

Queda extramuros del ámbito funcional del recurso de casación autonómico por ser una materia sobre la que Estado ostenta competencia exclusiva (art. 149.1.6º CE). *Vid.* CÁMARA RUIZ, J., “La nueva casación civil de Galicia”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 10, 2006, pág. 142.

⁸ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/En-Portada/La-Sala-Primera-acuerda-los-criterios-de-admision-de-recursos-de-casacion-y-extraordinario-por-infraccion-procesal>

⁹ <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-de-la-Sala-Primera-sobre-criterios-de-admision-de-los-recursos-de-casacion-y-extraordinario-por-infraccion-procesal>

¹⁰ <https://www.fiscal.es/documents/20142/cd3d5f89-63fb-d48d-c2fa-b53a86f709c4>

El régimen del recurso de casación en materia concursal se prevé en el artículo 550 del TRLCon, donde se reserva a las acciones que se ventilan en la secciones tercera y cuarta, y que se resuelvan a través de un incidente concursal.

Por ello, la Audiencia Provincial debe dictar una Sentencia en esta clase de pretensiones donde resuelva el recurso de apelación. De ahí, que, en la alzada, su concreción se muestre clave.

No obstante, el concurso de acreedores, como proceso general de ejecución, es difícilmente que pueda encuadrarse en ese rígido esquema, máxime cuando se trata de la rendición de cuentas donde confluye en una única sección, la segunda (art. 508.2 TRLCon), la justificación de operaciones que inciden en otras secciones, como la tercera, relativa al pago de créditos contra la masa y la realización de los bienes y derechos integrados en el activo (art. 508.3 TRLCon), y, la cuarta, referida el pago de los créditos concursales (art. 508.4 TRLCon).

3. EL RÉGIMEN DE LA RENDICIÓN DE CUENTAS EN EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY CONCURSAL

3.1 La rendición de cuentas

La gestión de un patrimonio ajeno normalmente reclama una explicación de las operaciones llevadas a cabo, que, lejos de constituir una posible desconfianza del Legislador (u otro órgano que pueda imponerla), es una garantía para el propio gestor ajeno ya que, de forma detallada, expone el relato histórico de su labor así como también ilustra numéricamente la traducción que esa disposición de bienes y fondos ha supuesto¹¹.

En cualquier caso, esta labor no debe necesariamente identificarse con la conclusión del concurso, ya que puede tener lugar con ocasión de la separación de la misma (art. 102 TRLCon) o aprobación de un convenio concursal (art. 395.2 TRLCon)¹².

3.1.1. El objeto

La rendición de cuentas se constituye como un deber que el Texto Refundido de la Ley Concursal impone en su artículo 478 a la administración concursal, con

¹¹ La gestión de negocios ajeno presenta unos perfiles más difusos ya que se discute por la doctrina incluso cuando el «dominus» aprovecha la ventaja de una gestión ajena puede constituir o, por el contrario, no una suerte de ratificación que provoca los efectos de la ratificación expresa, según resulta del art. 1893 CC, tal y como analiza con detenimiento COLÁS ESCANDÓN, A., “Artículo 1893 del Código Civil” en AA.VV. (Coord. BERCOVITZ, R.), *Comentarios al Código Civil*, 2006, págs. 2109 y 2110.

¹² CARRASCO PERERA, A., “Artículo 133 de la Ley Concursal” en AA.VV. (BERCOVITZ, R.), *Comentarios a la Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio Concursal. Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Volumen II. Artículo 116 a Disposición Final 35.ª de la Ley 22/2003 y Ley Orgánica 8/2003*. Madrid, 2004, págs. 1463 y 1464.

independencia de su configuración, y tiene por objeto la actividad desarrollada por la administración concursal, como órgano del concurso¹³.

Esta labor debe comprender, al menos, los siguientes aspectos: en primer lugar, una justificación completa y cumplida del ejercicio de las facultades de administración variable en función del contexto de cada concurso; en segundo lugar, el resultado y saldo final de las operaciones realizadas a través de un balance o vehículo similar que exprese la imagen fiel de patrimonio; y, finalmente, la solicitud expresa de aprobación de las cuentas¹⁴.

De este modo, se facilita una justificación tanto aritmética como escrita de lo realizado sin que ello enerve la posibilidad de acompañar otra documentación complementaria que ayude a ilustrar lo actuado y a una mejor inteligencia del mismo¹⁵.

3.1.2. El ámbito

El Legislador ya ha identificado un contenido mínimo indisponible donde exige de forma acumulada la justificación del abono de las deudas de la masa, esto es, de los créditos contra la masa¹⁶.

Naturalmente, su intensidad será diferente en función del régimen de intervención o suspensión de las facultades del concursado¹⁷.

3.1.3. Los efectos

La cuestión relativa a los efectos, entronca directamente con su articulación procesal, de tal forma que, no habiendo controversia, queda aprobada definitivamente y

¹³ JUAN Y MATEU, F., “Artículo 181. Rendición de cuentas”, en AA.VV. (Dir. ROJO, A.; BELTRÁN, E.), *Comentario de la Ley Concursal. T. II*. Madrid, 2004, págs. 2694 y 2695.

¹⁴ YANES YANES, P., “Artículo 181. Rendición de cuentas”, (Dir. GARCÍA, R.; ALONSO, A.; PULGAR EZQUERRA PULGAR, J.), *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal.*, Madrid, 2003, pág. 1943.

¹⁵ JUAN Y MATEU, F., “Artículo 181. Rendición de cuentas”, cit., pág. 2698.

¹⁶ LARA GONZÁLEZ, R., ARMENDÁRIZ ÍÑIGO, J. M., “El acreedor ante la rendición de cuentas de la administración concursal” en *Revista Jurídica de las Illes Balears*, nº 15, 2017, consultado en www.revistajuridicaib.icaib.org

¹⁷ *Vid.* Resolución de 4 de julio de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por Comercial del Ferro Manufacturat del Vallés, SL, contra la denegación del depósito de las cuentas anuales de la entidad por la registradora mercantil y de bienes muebles I de Barcelona –publicado en el «BOE» núm. 192, de 11 de agosto de 2011, páginas 91237 a 91240– y Resolución de 1 de febrero de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por don Francisco Briones Nieto y don Miguel Ángel Hijón Santos, contra la negativa del registrador mercantil de Madrid, n.º 11, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de la entidad «Fórum Filatélico S.A.» – publicado en el «BOE» núm. 43, de 19 de febrero de 2008, páginas 9181 a 9186–.

constituye el elemento a través del cual se habrá delimitado la actuación de la administración concursal¹⁸.

Para el caso de confrontación procesal, será la resolución judicial al que identifique su signo (art. 479 y 480 TRLCon).

3.2 La delimitación procesal de su ámbito

La delimitación procesal se articula a través de un incidente concursal y es precisamente esta característica la que va a habilitar posteriormente su posible acceso tanto al recurso de apelación como, en su caso, al recurso de casación. La reducción del cauce procesal a este exclusivo vehículo es objeto de crítica porque impide que otro tipo de controversias, con, al menos, una singularidad parecida, queden al margen¹⁹.

La contestación de la demanda no atribuye al actor la posibilidad de reacción del artículo 438.4 de la LEC, con lo cual sitúa al acreedor en una posición de enorme desventaja frente a posibles alegaciones de la parte demandada -como habitualmente tiene lugar en su escrito de contestación a la demanda-, dificultando en definitiva así la fijación de los hechos²⁰.

El promotor de la misma como demandante puede ser incluso un deudor de la concursada por una incorrecta ejecución del “plan de liquidación²¹”, así como la administración concursal y la concursada²².

Tras la tramitación de la misma, finaliza, bien normalmente, a través de Sentencia, bien por el cauce de otras formas de conclusión que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 438.4, según resulta del artículo 539 del TRLCon, que no prevé tal singularidad.

3.2.1. Las secciones del concurso afectadas por la rendición de cuentas

El Texto Refundido de la Ley Concursal reserva a la sección segunda el régimen de la administración concursal (art. 508.2 TRLCon)²³ mientras que a las secciones

¹⁸ De indudable relevancia para ulteriores incidencias que puedan resultar entre socios, acreedores y deudores a raíz de la liquidación societaria, si hubiera lugar a ello, como recuerda la Resolución de 2 de septiembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación dictada por la registradora de la propiedad de Alcázar de San Juan n.º 2, por la que se suspende la inscripción de la transmisión de una finca (publicado en el «BOE» núm. 261, de 30 de octubre de 2019, páginas 120290 a 120312).

¹⁹ MAIRATA LAVIÑA, J., ROLDÁN SANTÍAS, F., “El recurso de casación en los incidentes concursales necesidad de una modificación interpretativa”, en *Diario La Ley*, n.º 7543, 2011, versión electrónica.

²⁰ LARA GONZÁLEZ, R., ARMENDÁRIZ ÍÑIGO, J.M., “Sobre el objeto de la rendición de cuentas en la práctica concursal”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5, 2020 consultada en el repertorio *on line* de Aranzadi.

²¹ SAP de Lugo (Sección 1.ª) núm. 717/2009, de 13 de octubre (Rollo de Apelación 465/2009).

²² SAP de Murcia (Sección 4.ª) núm. 129/2012, de 23 de febrero (Rollo de Apelación 26/2012).

²³ Tal y como llevaba a cabo el art. 183 LCon.

tercera y cuarta dedica el reconocimiento y pago de los créditos contra la masa y las operaciones sobre los bienes y derechos que componen el activo (art. 508.3 TRLCon) y el reconocimiento y pago de los créditos concursales (art. 508.4 TRLCon), respectivamente.

3.2.2. El carácter transversal: las materias conexas

La rendición de cuentas, lejos de ser una materia estática, es una actividad global que encierra actuaciones que desenvuelven en distintas secciones del concurso de acreedores, siendo característico el régimen del reconocimiento y pago de los créditos contra la masa²⁴. Esta cuestión se muestra como esencial.

4. EL CONFLICTIVO ACCESO AL RECURSO DE CASACIÓN DE LAS RENDICIONES DE CUENTAS:

4.1 La fiscalización como pretensión

La aprobación o desaprobación de la rendición de cuentas presentada por la administración concursal es la única pretensión que el actor puede válidamente sostener, según reclama el artículo 578 del TRLCon, y se ventila a través de un proceso singular y característico del proceso concursal, como el incidente concursal que, finaliza, de no mediar las causas de terminación anormal de proceso, a través de una Sentencia²⁵.

4.2 El acceso al recurso

Esta resolución admite, en un primer momento, el recurso de apelación, que, como segunda instancia, no se haya limitada, tanto en los motivos de forma como de fondo para efectuar este nuevo juicio, sin ningún tipo de restricción. Cuestión bien diferente resulta la relativa al recurso de casación, que es su antecedente necesario.

4.2.1. El recurso de apelación

La división de posiciones en torno a si el antiguo artículo 181 de la LCon permitía una revisión completa o parcial de la gestión de la administración concursal provocó un debate entre las diferentes Audiencias Provinciales, pudiendo distinguir entre aquellas reacias a volver a discutir cuestiones que ya tuvieron su momento procesal oportuno, o, por el contrario, sí permitirlo²⁶. De este animado debate tampoco

²⁴ VELA TORRES, P.J., “La rendición de cuentas de la administración concursal”, en *Revista de Derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 30, 2019, consultado en la versión electrónica.

²⁵ LARA GONZÁLEZ, R. y ARMENDÁRIZ ÍÑIGO, J.M., “El acreedor ante la rendición de cuentas de la administración concursal”, en *Revista Jurídica de les Illes Balears*, nº 15, 2017, consultado en la versión electrónica.

²⁶ SAP de Zaragoza (Sección 5.ª) núm. 96/2012, de 13 de febrero, SAP de Valencia (Sección 9.ª) de 26 de septiembre de 2006, SAP de Vizcaya (Sección 4.ª) núm. 932/2010, de 2 de diciembre, la SAP de Albacete (Sección 1.ª) núm. 14/2014, de 3 de febrero o la SAP de Barcelona (Sección 15.ª) núm. 242/2009, de 8 de julio.

se escapaba en la doctrina²⁷.

4.2.2. El recurso de casación

La cuestión debatida estaba ya avocada a su decisión por el Tribunal Supremo para que, en el ejercicio de la función nomofiláctica que le atribuye el Ordenamiento jurídico, decidiera la correcta interpretación del alcance del contenido del artículo 578 del TRLCon (antiguo art. 181 LCon), cuyo inalterado texto por parte del Legislador, sin embargo, genera aún multitud de cuestiones.

Una, como se ha dicho, es la relativa a la amplitud de la rendición de cuentas, y otra, si bien parte de su falta de articulación como pretensión, la relativa a la peliaguda inhabilitación en caso de rechazo de la rendición de cuentas presentada por la administración concursal.

Son dos pronunciamientos del Alto Tribunal²⁸ donde fija la doctrina, y acompañados por otras resoluciones que, si bien inadmiten otros tantos recursos de casación, permiten perfilar, por un lado, la razón de la admisión del recurso de casación²⁹ y, por otro, las que se limitan a declarar la inadmisibilidad por referirse a cuestiones concretas de la rendición de cuentas no relacionadas con otras materias susceptibles del recurso de casación³⁰.

De esta forma, podemos aludir a las materias conexas, así como a las excluidas.

a) Las materias conexas

Con tan solo dos pronunciamientos el Alto Tribunal delimita la cuestión de forma nítida, a saber, que el objeto de la rendición de cuentas está circunscrito a la aprobación o, en su caso, al rechazo de las mismas, que son las dos únicas pretensiones que pueden postularse por las partes en contienda, y, otra, que el rechazo de la rendición de cuentas implica la inhabilitación, aunque el acreedor promotor del incidente de oposición haya guardado silencio al respecto.

Son dos resoluciones judiciales que destacan por su claridad y contundencia. Así, en cuanto al objeto, aquellas pretensiones difusas, por la extraordinaria amplitud en que se articulan, deben tenerse por no puestas, pues ya serán objeto de nuevo examen en

²⁷ BLANCO SARALEGUI, J.M., “Conclusión y reapertura del concurso”, en AA.VV. (Dir. PRENDES, P., MUÑOZ, A.) *Tratado Judicial de la Insolvencia. T. II*. Cizur Menor; 2012, pág. 793.

²⁸ STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) N.º 424/2015, de 22 de julio (Cendoj: 28079110012015100438) y la STS (Sala 1.ª; Sección 1.ª) n.º 225/2017, de 6 de abril de 2017 (Cendoj: 28079110012017100227).

²⁹ AATS (Sala 1.ª; Sección 1.ª) de 3 de octubre de 2018 (Cendoj: 28079110012018203516), de 22 de mayo de 2019 (Cendoj: 28079110012019202263) y de 17 de julio de 2019 (Cendoj: 28079110012019203398).

³⁰ AATS (Sala 1.ª; Sección 1.ª) de 10 de octubre de 2018 (Cendoj: 28079110012018203744), de 22 de mayo de 2019 (Cendoj: 28079110012019202297), de 11 de septiembre de 2019 (Cendoj: 28079110012019203578), de 16 de octubre de 2019 (Cendoj: 28079110012019204260), de 18 de diciembre de 2019 (Cendoj: 28079110012019205366) y 18 de diciembre de 2019 (Cendoj: 28079110012019205254).

la rendición de cuentas que, en cumplimiento de la Sentencia, nuevamente se formulen³¹; y ello en ningún caso implica que no pueda ser objeto de fundamento de la pretensión de oposición. Aquí ya radica, la cuestión conflictiva por el carácter transversal de las cuestiones sujetas a justificación en la rendición de cuentas.

b) Las materias excluidas

Y la otra cuestión es la relativa a la inhabilitación de la administración concursal, pudiendo diferenciarse entre pronunciamientos que configuran esta consecuencia jurídica como potestativa, y aquellos otros que lo hacen con carácter necesario, al ser un pronunciamiento imperativo. De nuevo, otra cuestión candente, aun a pesar de la claridad de nuestro Tribunal de Casación.

De este modo, no cabe denunciar en casación cuestión alguna relativa a la rendición de cuentas³².

4.3 Aplicación práctica por los órganos judiciales

4.3.1 La formación de la jurisprudencia

Son las STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) nº 424/2015, de 22 de julio (Cendoj 28079110012015100438) y la STS (Sala 1.ª; Sección 1.ª) nº 225/2017, de 6 de abril de 2017 (Cendoj 28079110012017100227) las que concretan el concepto del objeto de la rendición de cuentas y las consecuencias de la misma.

Por un lado, especifican que no puede ser objeto de mayor pretensión que la de aprobar o desaprobar la rendición de cuentas que, en este último caso, implicará para la administración concursal, el deber de confeccionar una nueva con las observaciones resultantes de la fundamentación jurídica de la resolución jurídica, y, por otro lado, la controvertida inhabilitación como pronunciamiento necesario. Todo al amparo del artículo 181 de la LCon pero que es de aplicación en la actualidad al artículo 480 TRLCon, que sigue a aquél.

No obstante, no finaliza aquí el debate contencioso.

4.3.2 El cambio de la doctrina jurisprudencial

³¹ «[Q]ue las peticiones subsidiarias a la desaprobarción de las cuentas de “incluir en la misma [información] relativa a los créditos contra la masa de terceros que los han visto satisfechos...” o “la ordenación de los pagos efectuados”, o “reclamando a terceros a quienes le les abonó indebidamente su crédito para satisfacer el que ostenta la TGSS”, no están previstas en el art. 181.4 LC. En todo caso se tratará de actuaciones que deberá llevar a cabo la administración concursal, si procede, en la nueva rendición de cuentas». ATS (Sala 1.ª; Sección 1.ª) de 3 de octubre de 2018 (RJ 2018, 4380) (Cendoj: 28079110012018203516).

³² Así lo afirma el ATS (Sala 1.ª; Sección 1.ª) de 22 de mayo de 2019 (JUR 2019, 172620) (Cendoj: 28079110012019202297) «[A] pesar de los esfuerzos argumentativos expuestos en la primera parte del recurso de casación a los efectos de defender la recurribilidad en casación de la sentencia recurrida, al amparo del art. 197 LC, lo cierto es que, en todo caso, hay que atender a la acción ejercitada, que es la oposición a la aprobación del plan de liquidación, y además, a la infracción denunciada del recurso. El recurso se basa en invocar la infracción del art. 181.4 LC». Se puede aplicar sin fisura alguna al actual art. 480.1 TRLCon.

Es a partir del ATS (Sala 1.^a; Sección 1.^a) de 3 de octubre de 2018 (Cendoj: 28079110012018203516) cuando el Tribunal Supremo varía su posición inicial acerca de la admisión de este recurso para cambiar su primitivo parecer y entender que, al haber sido dictada la Sentencia en sede de la sección segunda del concurso, no cabe el recurso.

Este giro, pendular, a la par que sorprendente, ha conducido a un elevado número de pronunciamientos de inadmisión en esta materia.

4.3.3 La situación actual

a) Los pronunciamientos contradictorios

Esta nueva doctrina sobre la admisión del recurso de casación acerca de la rendición de cuentas ha provocado nuevamente que se reavive el debate. En efecto, retornan las cuestiones de la extensión e intensidad del examen que puede llevarse a cabo en este trámite de oposición de rendición de cuentas, por un lado, aquellos que se reafirman en que no cabe cualquier pretensión en este reducido trámite, limitado, de este modo, a una comunicación formal sin contenido sustantivo alguno³³ mientras que otros, en cambio, se adaptan a la doctrina jurisprudencial³⁴ añadiendo, a esos sólidos argumentos, otros igualmente de atinados, como evitar una indeseable situación de indefensión³⁵, sin que quepa hablar de una suerte de preclusión de trámites³⁶.

b) La aplicación del Texto Refundido de la Ley Concursal: análisis de la SJP II n.º 1 de Toledo (con funciones de Juzgado de Mercantil) n.º 127/2020, de 17 de septiembre (Pieza n.º 1; Concurso 782/2016)

Esta Sentencia estima en parte la acción de oposición a la rendición de cuentas presentada por la administración concursal formulada por un acreedor al entender que la misma no se ajustaba a Derecho.

La crítica radica en que el informe presentado por la administración concursal no contiene una relación detallada de ingresos, gastos y pagos conforme a los artículos 154

³³ SAP de Barcelona (Sección 15.^a) n.º 2086/2019, de 14 de noviembre de 2019 (Cendoj: 08019370152019102091), SAP de Segovia (Sección 1.^a) n.º 262/2019, de 25 de julio de 2019 (Cendoj: 40194370012019100445) y SAP de Burgos (Sección 3.^a) n.º 327/2019, de 28 de junio de 2019 (Cendoj: 09059370032019100281).

³⁴ SAP de Palma de Mallorca (Sección 5.^a) n.º 578/2019, de 31 de julio de 2019 (Cendoj: 07040370052019100587).

³⁵ «La queja de la AC no puede ser aceptada pues, de otra manera, se dejaría a los acreedores contra la masa en la más absoluta indefensión sino existiera ninguna forma de controlar su actuación fuera de determinados momentos en que la Ley Concursal establece específicas y concretas obligaciones de informe a su cargo» – SAP de Pontevedra (Sección 1.^a) n.º 409/2019, de 10 de julio de 2019 (Cendoj: 36038370012019100397)–.

³⁶ SAP de Vizcaya (Sección 4.^a) n.º 758/2019, de 14 de mayo «El motivo de recurso así formulado debe ser rechazado por motivos de forma y motivos de fondo. De forma, porque la alegación de cosa juzgada no se hizo valer en la instancia, siendo por ello una alegación extemporánea que vulnera lo dispuesto en el art. 456 de la LEC. De fondo, dado que, entre el incidente de reconocimiento y pago de créditos contra la masa, y el incidente de rendición de cuentas, no concurren las identidades necesarias para la apreciación de la excepción invocada, por cuanto no hay identidad en la causa de pedir, siendo distinto el objeto de uno y otro proceso»

a 158 de la LCon, con identificación de concepto, acreedor, fechas de vencimiento y pago, ya que, al aludir a los ingresos y a los gastos de forma genérica y sin detallarlos con un mero extracto de movimientos bancarios, no permite identificar ni los créditos abonados, ni por el concepto al que obedecen, ni a la norma de prelación empleada para resolver la concurrencia de crédito.

No es pacata la razón que la rendición de cuentas contiene ingresos y gastos de forma general sin detallar, con un mero extracto de movimientos de la cuenta y que en cuanto a ingresos sólo en los textos definitivos se contiene referencia a ellos y en cuanto a los pagos nada se detalla de los efectuados, ni los importes satisfechos, a qué acreedores, en qué orden, ni de los pendientes de pago que, además, refiere dejar un saldo negativo en la cuenta corriente para atender los gastos de finalización del concurso de acreedores.

En cualquier caso, a los anteriores reparos surgen dos óbices puestos de manifiesto. Por un lado, la falta de información periódica en el seno del concurso de acreedores a través de los informes de operaciones de liquidación (exigidos por el art. 152 LCon) así como, por otro, a la comunicación de la insuficiencia de la masa activa para atender el pago de los créditos contra la masa con ocasión de la presentación del informe de conclusión del concurso de acreedores y de la rendición de cuentas.

La administración concursal se opone a la desaprobación interesada manifestando que el carácter ínfimo del activo no hacía necesaria tal información, incluso con carácter periódico, puesto que el activo era, en esencia, el formado por créditos comerciales.

Es también relevante advertir que no se denuncia una posible extralimitación del objeto de la rendición de cuentas por introducir en el debate cuestiones relativas al pago de los créditos contra la masa o por el incumplimiento del deber de presentar la información periódica de la liquidación exigida por el artículo 152 de la LCon.

La resolución centra el debate sacando a colación, por un lado, la doctrina de la jurisprudencia menor sobre el objeto de la rendición de cuentas y, por otro lado, la nueva redacción de los artículos 478 y 479 del TRLCon.

En la misma se parte de una premisa necesaria que, por repetida, no deja de ser atinada, consistente en rechazar cualquier concepción que reduzca este trámite a una mera riña manifestada en la ya famosa cita del “ajuste de cuentas”.

Sin embargo, esta cuestión queda completada por la cita del artículo 478 así como del 479, ambos del TRLCon, que, ahora sí y de forma expresa admiten un ámbito objetivo de la rendición de cuentas más amplio y completo que el escueto, por no decir expeditivo, del ya derogado artículo 181 de la LCon.

En efecto, este tenor legal confirma, en criterio de la sentencia mencionada, llevar el examen que propone el acreedor disidente y, para ello, se sirve de las resoluciones referidas para tratar tanto el examen de la comunicación abusiva de la situación de la masa activa para el pago de los créditos concursales prevista en el artículo 176 bis 2 de la LCon, como también ahondar en la necesidad de llevar a cabo una detallada información.

Por ello, la sentencia, concordando con la tesis del actor, no censura la falta de emisión de los informes del artículo 152 de la LCon sobre la situación de la fase de la liquidación y las operaciones de liquidación, que no se reduce exclusivamente a la venta del activo, sino a la transparencia; a saber, a la necesidad de que los acreedores dispongan de una información clara, ordenada y sistemática que, con carácter periódico, informe a los acreedores de la verdadera situación del concurso y de sus distintas incidencias.

Así estima la demanda y entiende, como lo hace la Jurisprudencia, que la comunicación del artículo 176 bis 2 de la LCon presenta una sustantividad propia que impide que pueda ser articulada de forma velada y artera, a modo de una innecesaria jergonza, entre trámites que no guardan relación con él³⁷. Asimismo, aplica la doctrina relativa a la desaprobación de la rendición de cuentas para concluir en la inhabilitación de la administración concursal.

La resolución presente interés en que, en una cuestión tan controvertida como la rendición de cuentas y con carácter transversal al afectar a todas las secciones del concurso de acreedores, si no es por la doctrina del Alto Tribunal, difícilmente pudiera haber sido obtenido un pronunciamiento como el expuesto.

La Jurisprudencia ha fijado ámbitos que, lejos de vulnerar el ámbito que para la admisión del recurso de casación presenta el artículo 477 de la LEC, coadyuva a esa imprescindible labor, por no decir esencial o nuclear en esta clase de contiendas, donde esa especificación de su ámbito se revela nervio tanto en la articulación del objeto de la *litis* por las partes en contienda, como por parte del Juez del Concurso que, con su resolución, dirime la controversia.

Aunque la resolución no puede ser objeto por sí sola del acceso al recurso de casación, su análisis revela la oportunidad de que, por parte del Tribunal Supremo, en esa alta función nomofiláctica encomendada, continúe en su desarrollo, so pena de alumbrar, cada cierto tiempo, resoluciones judiciales que hacen peligrar un principio constitucional al que se deben atender los Poderes Públicos: la seguridad jurídica.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

El concurso de acreedores es un proceso de ejecución general donde resultan en disputa intereses contrapuestos de lo más variado. Este escenario, de por sí complejo para el estudioso de la materia, resulta, en ocasiones, inestable para el profesional en el foro y en la práctica profesional.

Son numerosas las ocasiones en que las diferentes respuestas dadas en el devenir de un concurso de acreedores ante una misma pretensión revisten una respuesta diferente, pero, bajo ningún concepto, puede calificarse *per se* de arbitrarias. En el concurso de acreedores no tiene lugar el capricho de ninguna de las partes, menos aún

³⁷ Igualmente, cuestionamos, si bien no es objeto de la sentencia mencionada, las distintas normas de prelación especial para el pago que habitualmente se publican en los “Planes de liquidación” de forma velada y, en todo caso, contraria a una claridad necesaria en un proceso tan complejo, como el concursal.

de la administración concursal, como torticeramente se ha intentado hacer valer en más de una ocasión.

Este proceloso mar de pretensiones presentes en el concurso se halla presidido por un interés superior y común, que es el del concurso, que, al igual que evoluciona el proceso, así lo hace la finalidad del concurso; lógicamente, si se llega al mismo de forma tardía, su articulación no será artera o sesgada sino confusa, al ser tributaria de la propia petición. Por ello, este escenario es el que debe tenerse presente al abordar el complejo criterio de la admisión del recurso de casación.

La admisión del recurso de casación, como se ha visto, se fija como un necesario examen previo sobre el cumplimiento de los requisitos formales para la adecuada articulación de la pretensión de revocación que el analizado recurso encierra, evitando, como reiteradamente ha manifestado la doctrina de tan Alto Tribunal, su conversión en un recurso ordinario a modo de tercera instancia. Efectivamente, la defensa de la interpretación de la norma para su aplicación al caso concreto que así lo demanda.

La complejidad del concurso, donde se entrecruzan intereses contrapuestos y que se superponen en las diferentes secciones en que éste se materializa, hace que su carácter transversal impida una estática apreciación de su objeto.

Si se limitara a una mera lectura de la sección donde tal actuación se desarrolla, indudablemente, ningún pronunciamiento de los aquí analizados tendría lugar; sin embargo, ese análisis ha tenido lugar y, por ello, entendemos que esa lectura estricta, que no restrictiva, del antiguo artículo 197 de la LCon, tanto en su original redacción en su apartado sexto, como, tras la reforma operada por la Ley 13/2009, al ser objeto de un cambio de numeración al apartado séptimo³⁸.

En efecto, la reducción simple al incidente concursal y al interés casacional pueden representarse deletéreos en una realidad compleja como la rendición de cuentas.

Una realidad caleidoscópica y poliédrica del concurso no puede ser encerrada de forma satisfactoria en un ámbito tan reducido, y del que artículo 550 del TRLCon tampoco enmienda o amplía este estigma que ya acarrea desde el inicio la Norma.

Es obligado advertir cómo el ámbito de la rendición de cuentas, que ahora ya presenta una detallada relación de circunstancias que, al menos, debe detallar la administración concursal³⁹ en el artículo 478.2 del TRLCon, en clara consonancia con

³⁸ MAIRATA LAVIÑA critica que “*El Tribunal Supremo considera que las sentencias dictadas en los incidentes concursales sólo son recurribles en casación si presentan interés casacional. A nuestro juicio, esta interpretación es difícilmente conciliable con el texto literal del art. 197.6 LC, que señala que en los incidentes concursales cabe la casación en los mismos supuestos que contempla la LEC y, por tanto, no sólo en el caso del interés casacional. Además, parte de una concepción en nuestra opinión errónea en torno a la naturaleza del incidente concursal, que no es un procedimiento especial por razón de materia sino un «procedimiento tipo» aplicable a casi todas las cuestiones concursales, sea cual sea la materia sobre la que versen.*” -MAIRATA LAVIÑA, J. “El recurso de casación en los incidentes concursales necesidad de una modificación interpretativa” en *Diario La Ley*, nº 7542, 2011, versión electrónica; MAIRATA LAVIÑA, J., ROLDÁN SANTÍAS, F., “El recurso de casación en los incidentes concursales necesidad de una modificación interpretativa” en *Diario La Ley*, nº 7543, 2011, versión electrónica-.

³⁹ Tal vez, como se expone por alguna autora, fruto una de una aparente desconfianza hacia la controvertida Institución - CUENA CASAS, M., “La profesionalización de la administración

lo declarado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, si bien no encuentra su actualización en el artículo 550 del TRLCon. Dicha Jurisprudencia ha ido conformándose mayoritariamente a través del protagonismo de los acreedores públicos⁴⁰.

De este modo, en esta mirada al pasado, debemos atender a la inquieta, a la par que inquisitiva, voluntad de Kublai Kan con sus constantes preguntas a Marco Polo que tomamos de la magnífica obra de Italo Calvino en “Las ciudades invisibles” al interrogarle “-¿Avanzas con la cabeza siempre vuelta hacia atrás? –o bien: -¿Lo que ves está siempre a tus espaldas? –o mejor: -¿Tu viaje se desarrolla solo en el pasado?”⁴¹.

Tomemos esas sabias palabras para que la aplicación de una Norma nueva no se vea atenazada por la losa del pasado sino por la necesidad de adaptarse a esa realidad que, novedosa, expectante la espera⁴².

Por eso, que la deliciosa novela de “El gatopardo” no sea un juego de palabras con el que volver a aludir al régimen del acceso de la rendición de cuentas ante el Tribunal Supremo.

Y no podemos concluir sin aludir a esta segunda oleada que este dichoso COVID-19 nos sigue azotando y, amén de no haber variado aún el régimen del RDL 16/2020 como de la Ley 3/2020 que convalida aquél, sigue en vigor la norma de excepción de la tramitación preferente de determinados aspectos del concurso, que, no obstante, no afecta a la institución analizada⁴³.

concurzal. Una reforma imprescindible y urgente”, 2020 en <https://hayderecho.expansion.com/2020/03/02/profesionalizacion-administracion-concurzal/>

⁴⁰ VELA TORRES, P. J., “La rendición de cuentas de la administración concursal”, en *Revista de Derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº 30, 2019, consultado en la versión electrónica.

⁴¹ CALVINO, I., *Las ciudades invisibles*. 2020 (versión electrónica).

⁴² Sobre la reforma del recurso de casación francés puede consultarse HUALDE LÓPEZ, I., “Algunas consideraciones sobre el Tribunal y el recurso de casación civil francés”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, nº 1, 2017, págs. 161 a 214 donde destaca también el carácter controvertido del mismo.

⁴³ LARA GONZÁLEZ, R., ARMENDÁRIZ ÍÑIGO, J.M., “Acerca del concurso de acreedores en tiempo de pandemia”, en AA.VV. (Dir. LUQUIN, R.), *COVID-19: Conflictos jurídicos actuales y otros desafíos*, Madrid, 2020, págs. 245 y 246

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS, ACCESO A CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL: A PROPÓSITO DEL AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE OCTUBRE DE 2018

Víctor J. LANA ARCEIZ
Abogado

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: EL PARTICULAR RÉGIMEN DE ACCESO A CASACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DICTADAS EN SEGUNDA INSTANCIA EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS. 2. RESUMEN DE LOS HECHOS DEL ATS DE 17 DE OCTUBRE DE 2018. 2.1 Tramitación de la primera instancia. 2.2 Tramitación de la segunda instancia. 2.3 Los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. 3. EL RÉGIMEN DE ACCESO A CASACIÓN DE LOS AUTOS DICTADOS EN SEGUNDA INSTANCIA EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS. 4. EL IMPOSIBLE ACCESO DEL ATS AL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL. 2.1 Mapa legal. 2.2. Posición de la jurisprudencia. 5. LA INADMISIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL EN EL ATS DE 17 DE OCTUBRE 2018.

1. INTRODUCCIÓN: EL PARTICULAR RÉGIMEN DE ACCESO A CASACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DICTADAS EN SEGUNDA INSTANCIA EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

Con carácter general, la regulación procesal vigente impide que los autos dictados en segunda instancia tengan acceso a casación, ya que el artículo 477.2 de la Ley1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ("LEC"), deja a los autos extramuros de su posible impugnación en casación.

De manera paralela, los autos tampoco pueden ser recurridos por infracción procesal, a pesar de que el artículo 468 de la LEC conceda carta de naturaleza a este recurso cuando se interpone frente a autos dictados en segunda instancia. La causa de lo anterior radica en la conjugación de los artículos 468 y 477.2 de la LEC, y su Disposición Final Decimosexta. Hasta que los Tribunales Superiores de Justicia no reciban la competencia de conocer el recurso extraordinario por infracción procesal, este solo podrá interponerse frente a las resoluciones susceptibles de ser recurridas en casación. Así, el régimen vigente en materia de recursos extraordinarios impide que los autos dictados en segunda instancia puedan ser recurridos tanto en casación como en infracción procesal.

No obstante lo anterior, por efecto del principio de primacía del Derecho supranacional, existe una serie de autos que, a pesar de su naturaleza, pueden ser recurridos en casación. Se trata de aquellos dictados en reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras al abrigo de instrumentos supranacionales (convenios, reglamentos, etc.), en los que se reconoce tal facultad de recurso. Sin embargo, la apertura al recurso de casación no viene anudada a la posibilidad de interponer -a la vez o paralelamente- frente a ellos recurso extraordinario por infracción procesal.

El Auto del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2018 (el "ATS de 17 de octubre de 2018" o el "ATS") contiene un análisis detallado del acceso a casación de los autos dictados en procedimientos de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. En los próximos apartados analizaremos los hechos subyacentes al proceso, delinearemos la doctrina jurisprudencial sobre el acceso a casación de esta clase de autos, y analizaremos la respuesta que dio el Alto Tribunal a los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos en el caso.

2. RESUMEN DE LOS HECHOS DEL ATS DE 17 DE OCTUBRE DE 2018

2.1 Tramitación de la primera instancia

En los hechos del ATS de 17 de octubre de 2018, D. Lucio instó la ejecución de una sentencia dictada por el Tribunal Superior de Inglaterra y Gales (*Her Majesty's High Court of Justice in England*) (la "Sentencia Extranjera"), en la que se condenaba a Dña. Olga a la restitución de Juliana, menor de edad, inmediatamente a Inglaterra, para ponerla bajo el cuidado del Consejo del Condado de Surrery (*Surrery County Council*).

D. Lucio instó la ejecución de la Sentencia Extranjera ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Marbella ("JPI de Marbella"), al amparo de los artículos 40 y 42 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre (el "Reglamento Bruselas II Bis"). Dña. Olga se opuso a la ejecución de la Sentencia Extranjera, y el JPI de Marbella dictó auto el 13 de mayo de 2015 (el "Auto del JPI de Marbella"), por el que desestimaba los motivos de oposición planteados por Dña. Olga, acordaba la ejecución de la Sentencia Extranjera, y ordenaba la inmediata restitución de Juliana a Inglaterra, en los términos previstos en la resolución. Además, se condenó a Dña. Olga a las costas del proceso de ejecución en primera instancia, y a sufragar los gastos ocasionados por la restitución de la menor.

2.2 Tramitación de la segunda instancia

Dña. Olga recurrió en apelación el Auto del JPI de Marbella ante la Audiencia Provincial de Málaga (la "AP de Málaga"), con base en el artículo 33 del Reglamento Bruselas II Bis. La Sección Sexta de la AP de Málaga desestimó el recurso de apelación interpuesto por Dña. Olga, y resolvió la alzada mediante auto de 16 de marzo de 2016 (el "Auto de la AP de Málaga").

Parte de los múltiples motivos de apelación aducidos por Dña. Olga denunciaban irregularidades procesales en la tramitación de la ejecución de la Sentencia Extranjera, y se apoyaba en ellos para solicitar la nulidad de las actuaciones realizadas. En concreto, Dña. Olga apuntó que el procedimiento de ejecución de la Sentencia Extranjera se

tramitó por los cauces procesales erróneos, lo que suponía un quebranto de forma que podía haberle causado indefensión.

La respuesta de la AP de Málaga fue clara: ni se acreditó la pretendida indefensión, ni esta irregularidad supuestamente invalidante se denunció al momento de ser detectada. Dña. Olga pudo haber acusado la anomalía procesal desde su personación en el procedimiento seguido ante el JPI de Marbella y, sin embargo, no lo hizo. Como argumento *a fortiori*, la AP de Málaga señaló que las garantías de Dña. Olga y sus oportunidades de defensa habrían sido las mismas, con independencia de que el cauce procesal seguido en la instancia hubiera sido uno u otro. Así, la AP de Málaga descartó cualquier sombra de indefensión, desoyó el resto de los motivos de apelación, y desestimó el recurso de apelación interpuesto por Dña. Olga frente al Auto del JPI de Marbella.

2.3 Los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal

Ante esta nueva desestimación de sus pretensiones, Dña. Olga interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación frente al Auto de la AP de Málaga. El procedimiento se había tramitado por razón de la materia, por lo que el acceso a casación de llevó a cabo a través del artículo 477.2. 3º de la LEC.

El recurso de casación de Dña. Olga se articuló en 11 motivos que, entre otras cuestiones, denunciaban la indebida aplicación del Reglamento Bruselas II Bis, y ponían de manifiesto que el procedimiento ante el JPI de Marbella había adolecido de anomalías procesales. Al parecer de la recurrente, la tramitación del proceso de ejecución por una vía distinta a la ordinaria prevista por la LEC para la ejecución de sentencias suponía una infracción del art. 47 del Reglamento Bruselas II Bis.

Dña. Olga también alegó en su recurso de casación que el Tribunal Superior de Inglaterra y Gales carecía de jurisdicción para poder dictar la Sentencia Extranjera, así como que el procedimiento en Inglaterra se celebró sin las garantías procesales mínimas que debieran haber sido observadas.

Paralelamente, el recurso extraordinario por infracción procesal contó con 10 motivos. En ellos, Dña. Olga denunció un elenco amplio de anomalías e irregularidades procesales que señalaba haber padecido en la tramitación de la primera y la segunda instancia. En síntesis, se denunció por la recurrente la indefensión sufrida por haber seguido el proceso de ejecución un cauce inadecuado. Además, Dña. Olga acusó la existencia de otras patologías de naturaleza jurídico-procesal, como la incongruencia del Auto de la AP de Málaga, la indebida denegación de práctica de prueba documental ante la AP de Málaga o la ilógica y arbitraria valoración hecha de la prueba.

Antes de analizar la respuesta que la Excma. Sala dio a los recursos presentados por Dña. Olga, en los siguientes apartados analizaremos cuál es el régimen de admisión a casación de los autos dictados en segunda instancia en procedimientos de reconocimiento y ejecución de sentencias, y por qué en el momento actual estas resoluciones no tienen acceso al recurso extraordinario por infracción procesal.

3. EL RÉGIMEN DE ACCESO A CASACIÓN DE LOS AUTOS DICTADOS EN SEGUNDA INSTANCIA EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

El artículo 477.2 de la LEC es claro al señalar que el recurso de casación podrá interponerse frente a *las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales*. Esto implica que los autos dictados en segunda instancia, con carácter general, quedan fuera de la cognoscibilidad del recurso de casación. Así lo recoge, por todos, el Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 27 de febrero de 2007 (JUR 2007\87616), al señalar que el delineamiento del recurso de casación de la LEC *excluye el recurso [de casación] cuando la resolución recurrible sea un auto o cuando debió adoptarse esa forma*.

Por tanto, *a priori*, el Auto no debía haber tenido acceso a casación. No obstante, el Reglamento Bruselas II Bis, en su artículo 34, reconoce que las resoluciones dictadas en segunda instancia en los procesos de reconocimiento y ejecución de sentencias que se realicen a su amparo podrán ser objeto de impugnación por los cauces previstos por cada Estado Miembro. En el caso de España, el legislador optó por que la impugnación de estas resoluciones se realizara a través del recurso de casación¹⁹⁷.

Así las cosas, el principio de primacía de las normas supranacionales justifica la recurribilidad en casación de las resoluciones dictadas en segunda instancia en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras bajo el Reglamento Bruselas II Bis. Lo mismo sucede con aquellas resoluciones dictadas en segunda instancia al abrigo de los Reglamentos (UE) núm. 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, el Convenio de Lugano de 2007, o cualquier otra herramienta de naturaleza análoga en la que se reconozca esta facultad de recurso. Desarrollando estas ideas, el Auto afirma que el recurso de casación contenido en estos instrumentos *constituye un medio de impugnación específicamente previsto en normas comunitarias, dentro de un cauce procesal igualmente previsto y regulado por ellas, y que se califica de cerrado, completo y uniforme [...] medio de impugnación que se encuentra dotado de un objeto y contenido concreto, circunscrito a las cuestiones de derecho suscitadas en la resolución sobre el exequatur de la decisión extranjera -y solo en ella-, esto es, a la revisión de la aplicación de las normas que rigen los presupuestos y requisitos de la declaración de ejecutoriedad de la resolución foránea*.

En lo que respecta al régimen de admisión del recurso, el Auto aclara que *las condiciones, presupuestos y requisitos de procedibilidad y de admisibilidad se rigen por el ordenamiento interno*. En todo caso, estas condiciones deben posibilitar el efecto útil del recurso previsto en estas herramientas, garantizando *la primacía y aplicabilidad directa* del instrumento supranacional en el que esté prevista la facultad de recurrir en casación.

¹⁹⁷ Con base en el artículo 68 del Reglamento Bruselas II Bis, España comunicó que la vía procesal para articular la "oposición" a la que se refiere el artículo 34 del Reglamento Bruselas II Bis sería el recurso de casación. La primera actualización de la información remitida por los Estados Miembros a este respecto puede consultarse en el DOUE (C 85/6) 23.3.2013.

Con base en las anteriores premisas, la jurisprudencia reconoce el acceso a casación de los autos dictados en ejecución de sentencias extranjeras bajo todos aquellos reglamentos, convenios, o instrumentos de naturaleza semejante, en los que se reconozca tal facultad. De lo contrario, como hemos visto, los autos dictados en segunda instancia tendrían la puerta cerrada al acceso a casación, por no revestir la necesaria forma de sentencia, *ex* artículo 477.2 de la LEC. Lo anterior se encuentra reflejado en el acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal adoptados en Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017, que en su Apartado II reconoce que podrán ser objeto de recurso de casación los autos recurribles conforme a reglamentos de la Unión Europea.

4. EL IMPOSIBLE ACCESO DEL ATS AL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

4.1 Marco legal

Como expondremos a continuación, los autos dictados en segunda instancia en procesos de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras no tienen acceso al recurso extraordinario por infracción procesal. Por encima de las disquisiciones teóricas, veremos que este *status quo* genera en la práctica problemas que, aparentemente, no encuentran una solución desde la regulación procesal doméstica.

Antes de abordar los aspectos anteriores, aunque huelgue señalarlo, esta problemática trae casusa de los distintos caminos procesales que bajo la LEC 2000 siguen los errores *in iudicando* y los errores *in procedendo*. Al abordar tal distinción, y su diferente tratamiento por la Ley procesal, el profesor GIMENO SENDRA señala que *Ambos tipos de vicios, fiscalizables desde siempre en casación, han permitido distinguir tradicionalmente entre motivos de casación por infracción de ley (in iudicando) y por quebrantamiento de forma (in procedendo). La nueva LEC, sin embargo, se aparta de esta tradición al excluir de la casación el quebrantamiento de forma e incorporarlo como motivo de un recurso que crea ex novo y al que denomina "recurso extraordinario por infracción procesal"*¹⁹⁸.

Dicho lo anterior, *a priori*, nada obstaría para que los autos dictados en segunda instancia pudieran acceder a este particular recurso, siempre que mediante ellos se pusiera fin a la segunda instancia. Así lo recoge el artículo 468 de la LEC, al apuntar que serán resoluciones recurribles las *sentencias y autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia*. No obstante, el régimen transitorio de la Disposición Final decimosexta de la LEC impide que los autos accedan al recurso. Su apartado primero es claro al señalar que solo podrán recurrirse por motivos de infracción procesal aquellas *resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación*, lo que excluye toda posibilidad de interponer recursos frente a los autos dictados por las Audiencias Provinciales, aunque estos pongan fin al procedimiento. En definitiva, toda vez que la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal es tributaria de su recurribilidad en casación, los autos dictados en segunda instancia en procesos de

¹⁹⁸ GIMENO SENDRA, V. (Dir.), *Proceso Civil Práctico*, Tomo VI, Wolters Kluwer, Madrid, 2010, Pág. 1-292.

reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras tienen vedado su acceso al primero de los recursos.

4.2 Posición de la jurisprudencia

Son muchas las resoluciones que han tenido ocasión de pronunciarse sobre la inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal frente a los autos dictados en segunda instancia en procesos de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

Entre las primeras bajo la LEC 2000, el Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 23 de noviembre de 2004 (RJ 2005\108) analiza distintas irregularidades procesales en la tramitación del reconocimiento y ejecución de una sentencia inglesa al abrigo de un reglamento comunitario, y confirmó *la ineludible inadmisibilidad de los recursos* extraordinarios por infracción procesal frente a las resoluciones dictadas en segunda instancia en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias. Esta sentencia concluye que una resolución dictada en segunda instancia en un proceso de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras *únicamente puede ser recurrida en casación, en el pronunciamiento relativo al reconocimiento y ejecutoriedad de la decisión foránea, por la vía del interés casacional*. La denuncia de infracciones procesales en esta clase de procedimientos no es extraña ni infrecuente en la práctica, habida cuenta de la naturaleza eminentemente procesal de los convenios y reglamentos de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras.

El Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 12 de marzo de 2002 (RJ 2002\3409) recoge, en un estadio temprano de vigencia de la LEC 2000, las razones subyacentes al régimen jurisprudencial que ha definido cuál debe ser el acceso a casación e infracción procesal, de las resoluciones en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. La Excma. Sala comenzó su análisis afirmando que el mecanismo de recurso previsto por el legislador doméstico, y la interpretación seguida por ella, *satisfacen las exigencias de las normas comunitarias*, y cumplen por tanto con su efecto útil sin desnaturalizarlas ni vaciar de contenido su proyección bajo Derecho español, toda vez que permiten que estas resoluciones tengan acceso al recurso de casación previsto en las normas comunitarias. La duda se planteó en torno a si ese efecto útil se mantiene en la medida en que las resoluciones dictadas en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras quedan extramuros de un recurso de naturaleza procesal.

La respuesta fue negativa. Para alcanzar tal conclusión, la Excma. Sala realiza una argumentación holística, que parte de la base de la necesaria interpretación restrictiva del régimen de recursos previsto en los instrumentos supranacionales de los que trae causa tal facultad. Si los principios informadores de estas herramientas persiguen facilitar la libre circulación de resoluciones, deben evitarse las *dilaciones indeseables contrarias a la rapidez y eficacia del procedimiento de homologación*. En esta línea, con base en STJCE de 11 de agosto de 1995, la Excma. Sala trajo a colación los principios de uniformidad y seguridad jurídica, que en estos casos se concretan en el deber de evitar que *la parte contra la que se solicita la ejecución disponga de más medios procesales, en comparación con los existentes en otros Estados contratantes*,

para retrasar la ejecución de una resolución ejecutoria dictada en el Estado contratante de origen.

Como consecuencia de los aspectos anteriores, la Excma. Sala concluyó que el *establecimiento dentro del orden interno de mecanismos revisorios de naturaleza anulatoria, que por lo general tengan el efecto de reponer las actuaciones al momento en que se produjo el defecto o falta procesal, puede resultar contrario a dichos fines [uniformidad y efectividad de la libre circulación de resoluciones] en la medida en que impiden o limitan los objetivos de sencillez y rapidez en la decisión sobre el «exequatur».* El Alto Tribunal concluyó, como punto final del análisis, que este mecanismo de recurso tampoco repugna a las exigencias constitucionales domésticas, en la medida en que no resulta necesario un mecanismo de revisión de la legalidad procesal, a fortiori cuando el legislador de la LEC 2000 optó por *configurar el proceso resaltando su carácter instrumental respecto de la cuestión litigiosa que constituye su objeto, evitando en lo posible que los incidentes procesales se conviertan en la materia del pleito.*

Con base en todo lo anterior, el Tribunal Supremo concluyó *que la resolución de la Audiencia Provincial que decide el recurso interpuesto contra la del Juez de Primera Instancia sobre el «exequatur», al amparo de los instrumentos supranacionales de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, con independencia de los incidentes in procedendo o su mayor o menor acomodo al cauce procedimental, tan sólo es susceptible de ser recurrida en casación [...] sin que, por lo tanto, contra ella quepa el extraordinario por infracción procesal.*

Una vez expuesto cuál es el marco legal -y su interpretación jurisprudencial- de acceso a casación de las resoluciones dictadas en segunda instancia en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, en el siguiente apartado veremos cuál fue la concreta aplicación que de él hizo el Alto Tribunal en el supuesto del ATS.

5. LA INADMISIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL EN EL ATS

El ATS desestimó íntegramente los motivos de casación aducidos por Dña. Olga. En síntesis, la Excma. Sala no apreció interés casacional en la mayoría de los motivos expuestos la recurrente. El ATS recuerda que, habida cuenta de que el recurso de casación viene determinado por el ordinal 3º del artículo 477.2 de la LEC, por tanto *lo determinante a efectos de acceso a la casación en estos casos [es] acreditar como presupuesto de recurribilidad el interés casacional lo que no ha sido cumplido por la parte recurrente* como señala el Fundamento de Derecho Cuarto del ATS, punto a), al respecto de gran parte de los motivos de casación de Dña. Olga.

En lo relativo al resto de motivos, el ATS los desestimó por pretender una revisión sobre el fondo de la Sentencia Extranjera. A este respecto, la Excma. Sala trajo a colación la jurisprudencia relativa a los procedimientos de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. Así, en su Fundamento de Derecho Cuarto, el ATS afirma que *el procedimiento de exequatur tiene una naturaleza meramente homologadora en la*

medida en que con él se obtiene una resolución declarativa de la eficacia de la decisión extranjera en España. La naturaleza meramente homologadora de estos procedimientos impide, ante todo, el examen de fondo del asunto, y el objeto de su análisis se circunscribe a las alegaciones y excepciones relativas a su propio objeto, esto es, a la concurrencia de los presupuestos a los que en cada caso, y en función del régimen de reconocimiento aplicable, se sujeta la declaración de ejecutoriedad. Por tanto, este segundo elenco de motivos de casación aducidos por Dña. Olga, como hemos visto, quedaban lejos de las posibilidades de cognición del Alto Tribunal -como de los de instancia-, toda vez que pretendían una revisión del fondo de la Sentencia Extranjera. En consecuencia, el recurso de casación fue íntegramente inadmitido, habida cuenta de que no se acreditó el interés casacional de aquel.

En lo que respecta al recurso extraordinario por infracción procesal, Dña. Olga se encontró con que los autos, aun los dictados en reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, no pueden acceder a esta clase de recurso. En su respuesta, la Excma. Sala se refirió a su doctrina sobre esta materia. Como hemos visto arriba, la teleología de los instrumentos internacionales en los que se reconoce la facultad de recurrir en casación persigue un proceso marcado por la cerrilidad y efectividad en el reconocimiento y ejecución. El acceso a casación de estas resoluciones en sí mismo considerado cumple con las exigencias del legislador supranacional, y garantiza su efecto útil. Por tanto, el recurso extraordinario por infracción procesal fue también inadmitido.