

LA CASACIÓN FORAL

PONENTE:

D. Ángel Bonet Navarro
Catedrático de Derecho Procesal

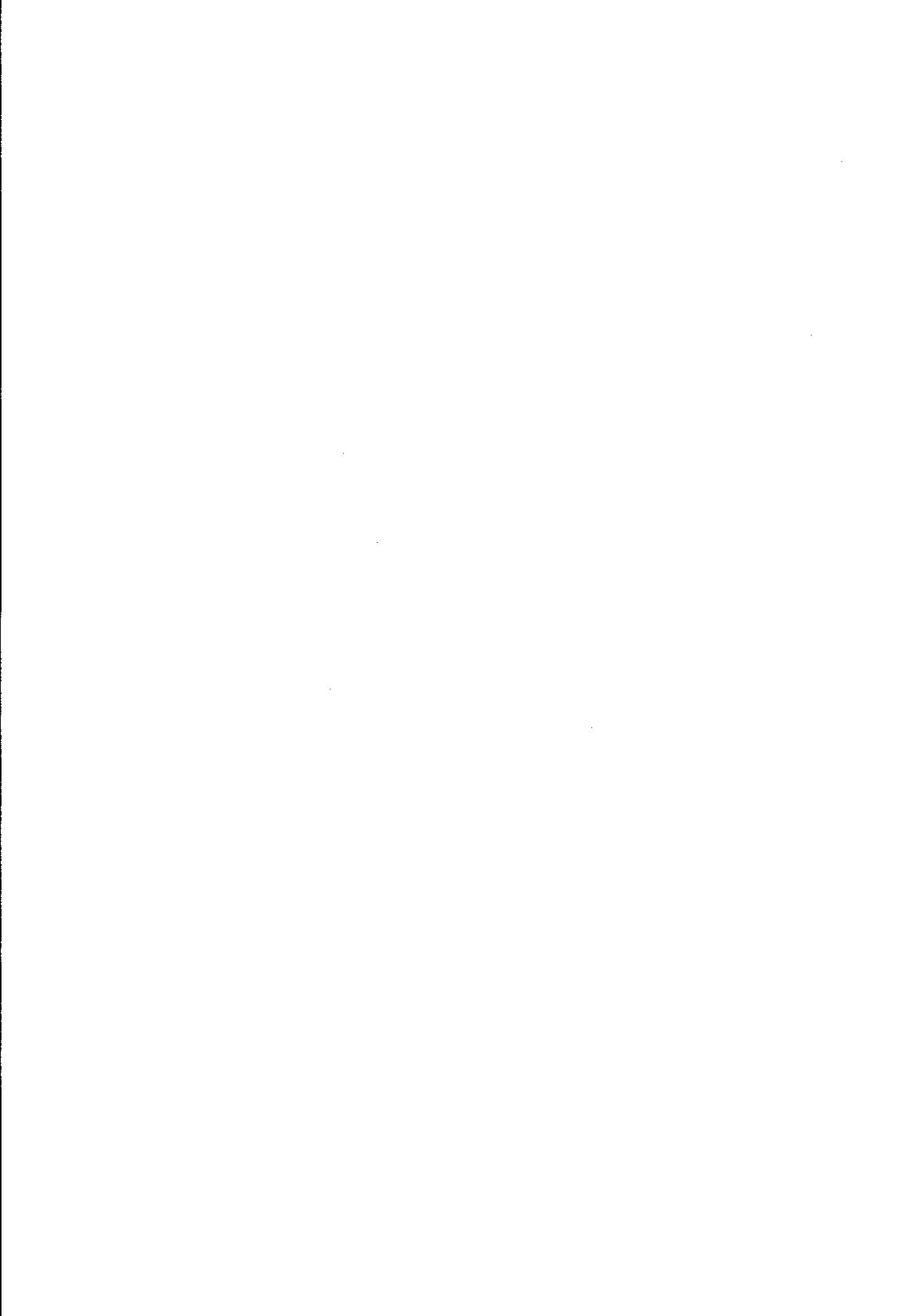
COPONENTES:

D. Mauricio Murillo y García-Atance
Magistrado-Juez

D. José Luis Pueyo Moy
Abogado

MODERADOR:

D. José Ramón San Román Moreno
Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón



LA CASACIÓN FORAL

por

Ángel BONET NAVARRO (Ponente)

Mauricio MURILLO Y GARCÍA-ATANCE y José Luis PUEYO MOY (Coponentes)

Intervención de D. Ángel Bonet Navarro

LA CASACIÓN FORAL

Dificultades para una jurisprudencia uniformadora de la interpretación del Derecho Civil de Aragón

Justificación de un propósito

El desenvolvimiento de los recursos de casación en materia civil foral ha puesto de manifiesto una abultada relación de consecuencias desfavorables para lograr el fin teórico de la censura casacional. La lectura de la doctrina del TC provee de criterios suficientes para descubrir la dimensión del problema que quiero plantear.

Si en el principio el TC veía en el recurso de casación una igualdad entre las funciones de la tutela del *ius litigatoris* y del *ius constitutionum*, defensa de la ley y unificación jurisprudencial, como base de la seguridad jurídica (SSTC 6/1984 y 7/1989), pronto comenzó a poner de relieve la función nomofiláctica y unificadora. Esta atribución de funciones que podríamos ver en cualquier estudio sobre la casación es aprovechada por el TC para afirmar que la finalidad del recurso de casación es «fijar y unificar la interpretación jurisprudencial de las leyes, y a la par asegurar el sometimiento del Juez a la Ley como garantía de su independencia»; «asegurar la aplicación uniforme de la Ley por el TS en todo el territorio nacional (o lo que es lo mismo, el principio constitucional de igualdad en la aplicación de la Ley)» (STC 230/1993), o «preservar la pureza de la ley para conseguir la igualdad y la seguridad jurídica en su aplicación, donde tiene su origen la doctrina legal con valor complementario del ordenamiento jurídico» (STC 37/1985).

Partes y terceros hallan en estas definiciones —aun en un sistema como el nuestro de desvinculación del precedente— la seguridad de que esa interpretación juris-

prudencial de la ley es la que oficialmente corresponde a la voluntad del legislador y la muy estimable tranquilidad de que, adaptando sus actos a esa interpretación, lucran la seguridad de cumplir fielmente la ley y, lo que es más importante, que si, en el futuro, un conflicto jurídico se presenta ante el Juez, en los mismos términos, éste decidirá de la misma manera; es lo que se llama la *auctoritas rerum similiter iudicatarum*.

A este interés particular hay que añadir el que despliega la experiencia común de que la jurisprudencia adapta el derecho positivo a los problemas sociales con mayor diligencia que pueda hacerlo la ley, al tiempo que señala los caminos de las reformas de ésta. Aunque, como ha declarado el TS, la norma general no es un «florilegio de casos singulares o recopilación de consultas vinculantes», las normas, a menudo, recogen las soluciones que prudencialmente ha dado la definición judicial del Derecho en el caso concreto para elevarla a categoría general y abstracta.

Hace algún tiempo que vengo pensando en este tema. La circunstancia de que a la Comunidad Autónoma de Aragón se le reconozca la competencia para legislar en materia de Derecho Civil foral parece que impone, por dos órdenes de razonamientos, la necesidad de dotar a los órganos jurisdiccionales estatales en Aragón de los medios oportunos para poder controlar la aplicación que, de ese derecho material, llevan a cabo los Jueces. El recurso de casación foral es el instrumento adecuado por razones políticas —nomofilaquia— y sociales —proximidad de la Justicia al justiciable que significa algo más que un término geográfico¹. Pero la casación, para que sirva eficazmente a estos designios, debe ser única; quiero decir que no es procedente que los asuntos civiles forales puedan ser decididos alternativamente en distintas sedes casacionales de tal forma que hagan incierta la jurisprudencia.

En este aspecto hay que revisar diversas cuestiones que solicitan distintos ámbitos de tratamiento. Es preciso buscar soluciones para todas ellas, con el objeto de lograr la finalidad pretendida al instaurar este recurso de casación.

Algunas de estas cuestiones pertenecen al ámbito de la voluntad política. Responde a una resolución política decidir si ha de existir o no casación foral, si la casación foral —admitida su existencia— debe extenderse a todos los motivos del art. 1692 L.e.c., o sólo al 4.º, si se mantiene para la casación foral la exigencia de la misma *summa gravaminis* como criterio selectivo de los asuntos que han de llegar a los TTSSJJ, o si se ha de aplicar la regla de clausura de la casación foral también cuando se produce la doble sentencia de conformidad en las instancias, e incluso si en un momento concreto se toma la opción de suprimir el recurso de casación foral; responde a una resolución política decidir, al cabo, que si se denuncia en el recurso de casación la infracción de norma constitucional la competencia siempre ha de corresponder al Tribunal Supremo.

En un Foro como éste todas esas cuestiones hallan un notable eco por razón de la sensibilidad política de ciudadanía que todos tenemos (o debemos tener) y por las consecuencias prácticas que ha producido esta configuración de la casación foral, hecha a la sombra y medida de la casación del Tribunal Supremo, copiando fielmente su estructura y presupuestos de admisibilidad. Aquí tendrían que hablar todos los aplicadores de las normas (Jueces, Secretarios, Procuradores, Abogados, funcionarios

(1) Cfr. BONET NAVARRO, A., «La casación foral», en *Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón*, n. 118, de 1 de julio de 1990, págs. 36 y 37.

del Ministerio Fiscal, etc.). Por mi parte he dedicado algunos estudios a tratar de estos asuntos.

Pero junto a esas cuestiones de orden político hay otras que han de resolverse en el plano técnico-aplicativo y que, en la medida que no obtengan una solución racional, percuten también desfavorablemente en la creación de una jurisprudencia civil foral uniforme.

He de referirme exclusivamente a la actual regulación de la casación y a la actuación del TS en relación con ella. Analizadas las posibilidades que otorga la LEC para acudir al TSJ de Aragón ¿puede afirmarse que tenemos un sistema de construcción de jurisprudencia uniforme? Una respuesta cabal pero incompleta podría ser ésta: no, porque, en virtud de las reglas de competencia funcional de la LEC, el TS puede terminar conociendo de un recurso de casación en materia civil foral por el solo hecho de que las instancias del proceso se hayan desarrollado ante órganos jurisdiccionales situados fuera de la Comunidad Autónoma de Aragón. Parece ser que la jurisprudencia uniforme es imposible de conseguir, según esto. Podría argüirse que lo que acabo de decir es un ejemplo de corte libresco, propio de un profesor y poco abierto a la realidad de la vida, porque la mayor parte de los pleitos sobre materia civil foral se ventilan ante órganos jurisdiccionales de la Comunidad Autónoma de Aragón. No es cierto del todo esta consideración, pero estaría dispuesto a concederla, sin preocuparme demasiado de las estadísticas, si no fuera porque las claves de la diversidad se encuentran en otros aspectos que hemos de revisar.

Para completar la indagación aún habría que plantear otras preguntas; algunas de ellas serían éstas: constando la técnica del recurso de casación ¿se logrará la uniformidad jurisprudencial, partiendo de la exigencia del «motivo» fundado en infracción de Derecho Civil foral de Aragón? ¿se asegura que si el recurrente denuncia la infracción de una norma civil común, el TS no podrá entrar a conocer de una materia civil foral, formando su específica jurisprudencia?

Trazada la casación foral como la conocemos en los arts. 1729 a 1732 LEC, su puesta en funcionamiento ha generado ciertos problemas en lo que se refiere a la creación jurisprudencial uniforme.

Planteamiento orgánico de la competencia casacional

La doble vía abierta a la casación en nuestro país, en virtud de la decisión política inserta primero en los Estatutos de Autonomía de algunas Comunidades Autónomas² y recibida después en la LOPJ, ha dado lugar a una situación compleja con diversas manifestaciones³. La primera que puede examinarse es la de la coexistencia y eficacia de dos fuentes casacionales en materia de derecho civil foral o especial, conseguida a través de los dos cauces que conducen a dos tribunales de casación diferentes. Si se quiere formular la proposición resumidamente, puede hacerse de la siguiente manera: una sentencia susceptible de recurso de casación que resuelva un litigio aplicando Derecho Civil foral o especial puede ser objeto de censura alternativa (e inciertamente) por el Tribunal Supremo o por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma a la que corresponda el Derecho Foral.

(2) Cataluña, Galicia, Murcia, Aragón y Navarra

(3) Para un examen general del problema puede verse BONET NAVARRO, A. *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Aragón* (Dirigidos por J. Bermejo Vera). Madrid, 1985, pp. 307 ss y «La casación en materia foral», cit., pp. 38 ss.

La Constitución en el art. 123 declara que el Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes. La LOPJ añade que ningún otro tribunal podrá tener el título de Supremo (art. 53). El texto constitucional no dispone nada acerca de cuál es el órgano que tiene atribuida la función casacional. El art. 152.1 II CE, al prever la creación de un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponda al Tribunal Supremo, tampoco señala las competencias de este órgano jurisdiccional. La norma del art. 152. 1 tiene eminente carácter de organización institucional autonómica, sin que pretenda eficacia organizativa, ni orgánica de la Jurisdicción.

El art. 122 CE remite a la LOPJ para la organización y funcionamiento de los tribunales y el art. 117.3 remite a las leyes Orgánica del Poder Judicial y ordinarias de enjuiciamiento para determinar la competencia.

Sin embargo antes de que el legislador tuviera la oportunidad de establecer la organización judicial mediante ley Orgánica, algunos Estatutos de Autonomía, además de recibir la previsión constitucional de que un Tribunal Superior de Justicia culminaría la organización judicial en su ámbito territorial, adelantaron una regla de competencia funcional en términos similares a los siguientes: las competencias de los órganos jurisdiccionales en la respectiva Comunidad Autónoma se extienden, de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el orden civil, a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y revisión, en las *materias de Derecho civil foral*... Este tenor era, al menos parcialmente, de un inequívoco signo anticipatorio, ya que, cuando se aprobaron los Estatutos de Autonomía, todavía no se había promulgado la LOPJ. La CE preveía la culminación de las instancias dentro de la Comunidad Autónoma, pero ninguna norma orgánica o procesal preveía la atribución de competencia casacional al Tribunal Superior de Justicia en esas Comunidades Autónomas.

La técnica utilizada por el legislador al organizar el Poder Judicial desde la LOPJ consiste en integrar el contenido del art. 73.1 con lo que eventual y señaladamente hayan dicho los Estatutos de Autonomía; el recurso de casación será atribuido al Tribunal Superior de Justicia cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución. Pero el art. 1730.1 LEC establece otra regla determinante de la competencia funcional del Tribunal Superior de Justicia: a saber, que el recurso de casación se fundamente conjuntamente en infracción de norma de Derecho civil común y de Derecho civil foral o especial propio de la Comunidad. La última *ratio* de la competencia es el contenido del motivo.

Es reconocido generalmente por la doctrina que la formulación de los «motivos» en el recurso de casación es presupuesto de admisibilidad del mismo⁴. El art. 1710. 1. 2.º LEC dispone que el recurso será inadmitido cuando, no obstante haberlo tenido por preparado, se estimase en el trámite de admisión la inobservancia de lo dispuesto en los artículos 1697 y 1707; precisamente este último exige que se exprese el motivo o los motivos en que se ampare el recurso. El TC y el TS han suavizado el rigor de la doctrina anteriormente impuesta, en virtud de la cual un motivo mal elegido, defectuosamente enunciado, o la inserción de una denuncia de infracción de norma o de quebrantamiento de forma en número de motivo distinto del prevenido en la

(4) El TC en Auto 48/1984, de 25 de enero (FJ único) considera que se concede la tutela judicial efectiva cuando se inadmite un motivo de casación razonándolo el Tribunal Supremo, por la propia naturaleza de este recurso del que deriva su carácter tasado y reducido a ciertos casos.

LEC, era determinante de la inadmisión o desestimación del recurso⁵. No obstante, a través de las últimas reformas de la LEC, se ha dado una notable importancia, en este trámite de admisión, al propio contenido de los motivos. Esta circunstancia era desconocida anteriormente. Si formalmente el recurso estaba bien amparado en el correspondiente motivo, el contenido argumental del mismo⁶ era únicamente examinado al resolver el recurso. Sin embargo, en la actualidad, conforme a la regulación dada por la Ley a la tramitación de la casación, el tribunal ante el que se haya interpuesto el recurso debe examinar el contenido del motivo por imperativo de dos preceptos; los arts. 1710.1.3.º y 1731.1. En el primer caso para decidir sobre la admisibilidad del recurso y en el segundo supuesto para resolver acerca de la competencia funcional y la procedibilidad de aquél. Para poder resolver sobre la cuestión planteada eventualmente por el Ministerio Fiscal, antes de conocer sobre la admisibilidad o inadmisibilidad del recurso, el tribunal de casación deberá examinar forzosamente los motivos del recurso.

En la sentencia de 1 de julio de 1996 el Tribunal Supremo, a pesar de haberse ventilado en las instancias un proceso sobre materia netamente civil foral, examinando los motivos amparados todos en supuestas infracciones de normas del Código civil, argumentó que entraba a conocer del recurso por ser de su competencia este recurso de casación. Sin embargo en la sentencia de 18 de febrero de 1995, el mismo Tribunal Supremo, aun constando en el escrito de interposición del recurso el *motivo Tercero* denunciando la infracción de una norma de Derecho Civil de Aragón, se declaró competente y conoció del asunto enjuiciando el tenor del motivo, por considerar que el asunto en las instancias no se había planteado como una materia de Derecho civil aragonés, sino sujeto al Código civil.

La adicional trascendencia del «motivo» en la casación

El recurso de casación tiene carácter extraordinario precisamente por su limitación de apertura para las partes y, correspondientemente, de conocimiento por el órgano de casación. Esta limitación parte del número cerrado de motivos (art. 1692 LEC), lo cual supone que no se concede el recurso por otros similares, análogos o próximos. Pero, sobre todo, implica que, al abrirse por uno de esos motivos, lo que va a ser objeto de enjuiciamiento es sólo la infracción denunciada por medio del motivo. Por tanto, en principio, no se abre un pleno conocimiento de toda la materia enjuiciada por el tribunal de instancia del que proviene la resolución impugnada, ni el conocimiento se extiende a aquellas infracciones de derecho material advertidas por el tribunal de casación que no han sido objeto del recurso.

La especial relevancia del examen del contenido del motivo estriba en que es de

(5) Era tradicional la repulsa del recurso de casación por imperativo del art. 1729.4.º LEC (redacción anterior), al no precisarse el concepto de la infracción (V. p.e. STS de 5.3.1983), no permitiéndose denunciar dentro del mismo motivo dos conceptos incompatibles: «violación» y «aplicación indebida» (SSTS de 3.2.1982 y 10.3.1983). Sin embargo la STC 57/1985, de 29 de abril estima rigor excesivo desestimar el recurso de casación por alegarse interpretación errónea y, subsidiariamente, aplicación indebida de la ley, conforme a las exigencias anteriores del art. 1692.1.º LEC. Asimismo el TS afirma la irrelevancia de utilizar un motivo de casación para denunciar una infracción no contemplada en el correspondiente número del art. 1692, sino en otro que sería el adecuado.

La STS de 3.3.1994 afirma que «la doctrina jurisprudencial es exigente en cuanto a que no resulta procedente aportar motivos casacionales en forma alternativa, cual aquí se hace, lo que ya ocasiona por sí el rechazo de las argumentaciones. No obstante el Tribunal Supremo no rehusa dar respuesta judicial a la motivación defectuosa por razón de tutelar casacionalmente los derechos de los recurrentes».

(6) Actualmente el art. 1707.2 LEC establece que se razonará «la pertinencia y fundamentación del recurso» en relación con los motivos que la Ley permite.

terminante de la competencia del órgano que ha de conocer del recurso, como hemos dicho. La genérica atribución de la competencia casacional de los TTSSJJ, referida en los correspondiente Estatutos de Autonomía, señalando que se daría en las «materias» de Derecho civil foral exige una precisión. El recurso de casación no se abriría ante el TSJ por la simple razón de que el pleito versara sobre un objeto regido o al que pudiera aplicarse con mayor o menor acierto o aproximación el Derecho civil foral. El art. 1686 LEC exige que *se haya* producido una infracción de las normas materiales de esta clase. Y, con mejor técnica, el art. 73.1 a) LOPJ reconoce la apertura cuando el recurso se *funde* en la infracción de norma de Derecho civil foral o especial propio de la Comunidad⁷; de la misma manera lo expresa el art. 1730 LEC.

Aunque aparentemente se trata de conceptos homólogos, hay una gran disparidad entre ellos. No es lo mismo decir que es procedente el recurso de casación cuando el pleito versa sobre materia foral, que cuando se haya producido una infracción en la aplicación de la norma civil foral que nadie denunció, que cuando esa infracción sea denunciada concretamente mediante el correspondiente motivo. Si se presta atención a esta sucesión de normas advertimos que se produce un progresivo acotamiento del criterio determinante de la competencia: la «materia del Derecho Civil foral», la «infracción de la norma material foral» y la «fundamentación del recurso en la infracción de la norma material foral».

También en el orden práctico se puede señalar las diferencias producidas por esta triple recepción de conceptos. Si el recurso se diera por razón de la «materia civil foral», la determinación de la competencia podría efectuarse en el trámite de preparación ante el órgano *a quo*; un pleito sobre materia civil foral no debería acceder nunca a otro recurso de casación que no fuera el del TSJ. Si el recurso se concede por razón de la fundamentación del motivo en infracción de la norma material civil foral (como ocurre en la LEC), la competencia no podrá ser examinada hasta el trámite de admisión del recurso en el tribunal *ad quem*, porque el escrito de interposición del recurso de casación, en el que constan los motivos, se presenta ante el tribunal de casación. Si el recurso de casación se amparara en la infracción de la norma material civil foral, sería suficiente modificar el art. 1694 LEC para exigir al que anuncia el recurso que, ya en su escrito de preparación manifestara si pretende acudir a la casación por haberse infringido una norma civil foral u otra distinta. En este caso, sin necesidad de motivar —operación más compleja y determinante— podría ya desde el inicio remitirse los autos al tribunal de casación competente.

Por otro lado me interesa resaltar la trascendencia del motivo por lo que atañe a la eventual formación uniforme de la doctrina jurisprudencial foral. La fundamentación del motivo es elemento de fijación del área específica del conocimiento del respectivo tribunal de casación.

(7) En la ya citada STS de 18.2.1995, resolviendo un recurso de casación amparado en su motivo Tercero en que, «al negar la sentencia recurrida la aplicación en Aragón de lo dispuesto en el art. 1320 del Código Civil, infringe lo dispuesto en los arts. 1.2 y 51 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón», no obstante el claro fundamento foral del motivo, para asumir la competencia y conocer del recurso contempla la «materia» del pleito, en cuyas instancias no se había tratado una cuestión a la que fuera aplicable el Derecho Civil de Aragón, sino que éste se denunciaba por primera vez como inaplicable al interponer el recurso. El TS afirma (FJ Séptimo): «El expresado motivo, montado exclusivamente sobre una patente falacia, ha de ser desestimado por la simple y elemental razón de que la sentencia recurrida (como tampoco la de primera instancia) no ha negado en manera alguna que el art. 1320 del Código Civil pueda ser aplicable en Aragón, sino que, sin referirse ni directa, ni indirectamente, a ese imaginario tema, se ha limitado a razonar su pronunciamiento desestimatorio de la demanda en los únicos y exclusivos términos que ya han sido dichos anteriormente».

La función de las instancias en la determinación de la competencia

El asunto de la determinación de la competencia para conocer de recursos amparados en motivos fundados en infracción de norma de Derecho Civil común o de Derecho Civil foral, no es de tan simple solución como lo que pueda derivarse precipitadamente de estas consideraciones. El TS puede conocer de recursos de casación por motivos fundados en infracción de norma de Derecho Civil foral y los Tribunales Superiores de Justicia pueden conocer de recursos amparados en infracción de norma de Derecho Civil común.

La circunstancia de que un recurso de casación se ampare en infracción de norma de Derecho civil foral o especial de una Comunidad Autónoma no es simplemente causa de que el conocimiento de dicho recurso corresponda al Tribunal Superior de Justicia de esa Comunidad. El fenómeno jurídico de la atribución de la competencia funcional del órgano de casación viene vinculado inexorablemente también a la circunstancia ocurrida de cuáles hayan sido los órganos que han conocido de las instancias. El art. 73.1 a) LOPJ configura la cuestión y la resuelve en favor del Tribunal Superior de Justicia sólo en el caso de que el recurso de casación, amparado en infracción de norma de Derecho Civil foral de una Comunidad Autónoma, se interponga contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en esa Comunidad Autónoma. En el caso de que el asunto sobre «materia» foral haya sido conocido por órganos de instancia situados fuera de la Comunidad Autónoma a la que corresponda el derecho foral que la regule, la infracción de una norma de ese Derecho Civil foral se denunciará por el recurso de casación que será procedente interponerlo ante la Sala Primera del Tribunal Supremo que es, en este caso, la llamada a conocer del mismo, creando, como dice la STSJ de Navarra de 2.2.1995 jurisprudencia o doctrina civil foral (navarra)⁸. En sentido inverso también cabe que un Tribunal Superior de Justicia controle por virtud del recurso de casación la aplicación del Derecho Civil común efectuada en las instancias de su respectiva Comunidad Autónoma en el caso que se haya interpuesto fundándolo «conjuntamente» en infracción de Derecho Civil común y foral o especial, tal como también declara la STSJ de Galicia de 22.7.1994.

Los casos dudosos

La ordenación legal de esta materia no prevé, con lo dicho, todos los supuestos. La lectura de los preceptos que rigen la distribución de la competencia funcional parte de una perspectiva unidimensional: contempla el supuesto de que exista un solo recurrente que decide impugnar la sentencia. Si, en la práctica, acaece de esta manera, la expresión «fundamentos conjuntamente en infracción de norma de Derecho Civil común y de Derecho Civil foral o especial propio de la Comunidad» del art. 1730.1 LEC resuelve estos dos supuestos; el en que un motivo eslabone normas civiles forales y comunes cuya infracción se denuncia como fundamento del recurso y

(8) «...Conviene añadir que no cabe tampoco atribuir a este Tribunal Superior de Justicia la exclusiva actual en orden a establecer doctrina jurisprudencial en la interpretación de las normas del Derecho propio de Navarra, pues las disposiciones que le atribuyen competencia para conocer del recurso de casación civil, artículos 61.1. a) de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1730 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no impiden que sea el Tribunal Supremo quien conozca del recurso, en materia de Derecho Foral, en determinados supuestos, sino que por el contrario vienen a atribuirle esa competencia en los casos en que la impugnación se refiera a resolución dictada por órgano jurisdiccional que no tenga su sede en esta comunidad»

también aquél en que, en un mismo recurso, aduzca, por medio de varios motivos separadamente, la infracción de normas de Derecho Civil común y de Derecho Civil foral.

Sin embargo el asunto no queda resuelto cuando en un proceso con litisconsortes descontentos de la sentencia de instancia, uno de ellos decide interponer el recurso por considerar que se ha producido infracción de normas de Derecho Civil común; y otro u otros, considerando producida la infracción de una norma de Derecho Civil foral, toman la decisión de interponer otro recurso con este fundamento. Esta pluralidad de recursos y variedad de motivos y fundamentaciones puede aparecer también en los casos de dualidad coetánea de recursos del demandante y demandado, al ocasionar la sentencia gravamen a ambos, o cuando el demandante apoyó su pretensión en norma de Derecho Civil común y el demandado-reconviniendo apoyó su demanda en norma de Derecho Civil foral, o cuando los litigantes entienden de diversa manera que la norma infringida es de Derecho Civil común o de Derecho Civil foral. A situación emparentada con lo anterior se llega en los casos que en el proceso se ejercitaran varias acciones acumuladamente en apoyo de pretensiones dispersamente amparadas en norma de Derecho Civil común unas y de Derecho Civil foral otras; y en el caso de la acumulación de autos que termina con una sentencia única en la que se darán eventualmente diversos pronunciamientos. En alguno de estos casos no se interpone un solo recurso, sino dos o más. Y todo esto no está previsto en la LEC para señalar con seguridad qué órgano ha de ser el competente. Dependiendo de la forma de resolver en estos casos la competencia funcional, se estará propiciando una nueva vía para que el TS conozca también de recursos con «motivos forales».

Aspiraciones y logros

La decisión política de articular un recurso de casación regional, para controlar la aplicación del Derecho Civil foral o especial por los tribunales en las distintas instancias de la Comunidad Autónoma, es explicable. Las razones que pueden encontrarse para comprender este fenómeno jurídico recibido en algunos Estatutos de Autonomía y en la Ley Orgánica del Poder Judicial, suscita notorias dudas acerca de que se haya conseguido el fin pretendido de lograr una única doctrina jurisprudencial civil foral o especial emanada del respectivo Tribunal Superior de Justicia. Las aperturas a la creación de una jurisprudencia civil foral por la Sala Primera del Tribunal Supremo no sólo son producidas por la incompleta regla de fijación de competencia, sino por la ambivalencia del propio presupuesto de procedibilidad: el fundamento del motivo.

Lo que, a primera vista, puede parecer un elemento objetivo e inamovible para justificar el límite del conocimiento del respectivo órgano casacional, descubre inmediatamente ciertos aspectos, cuyo necesario examen previo ha de practicarse para definir cuál es el real contenido («fundamento») del motivo de casación. En este punto de nuestro planteamiento discursivo, restituir su significado operativo a la expresión «materias de Derecho Civil foral», inserta en algunos Estatutos de Autonomía para legitimar el conocimiento del recurso de casación de los correspondientes Tribunales Superiores de Justicia, no es obra de un artificio interesado y caprichoso que lleve a un alejamiento de la realidad. Afirmando de nuevo la corrección conceptual y técnica del art. 73.1 LOPJ, al dar relieve al fundamento del motivo, no debe despreciarse la contemplación —aunque episódica— de esa otra forma de configurar el ámbito del

conocimiento casacional⁹. No hay que perder de vista que el sentido de la razón de existir del recurso de casación regional es lograr que la jurisprudencia en *materia* de Derecho Civil foral o especial se cree por el respectivo Tribunal Superior de Justicia. Por eso es preciso evitar cualquier desviación que, interesada o negligentemente, se pueda producir en esta regla. Es importante vigilar la utilización de subterfugios que pueden llevar a evitar la labor creadora de jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia por la interesada o descuidada calificación (atribución del *nomen*) y proposición de la norma realmente infringida. Como consecuencia del inevitable itinerario señalado por las sedes judiciales de la Comunidad Autónoma donde se hayan ventilado las instancias de un asunto, puede resultar forzoso que el TS, en el último juicio jurisdiccional, de manera ineluctable esté llamado a crear jurisprudencia civil foral¹⁰, pero, cuando el asunto se ha substanciado en las instancias establecidas en órganos jurisdiccionales con sede en la Comunidad Autónoma cuya es el Derecho Civil foral aplicado, interesa discernir si realmente el motivo de casación enunciado tiene carácter foral o no lo tiene. Se impone un análisis pormenorizado y extenso del fundamento real del motivo; no para resolver el recurso puesto que esto no corresponde al trámite de admisión, sino para determinar la competencia y para determinar también el ámbito del conocimiento.

Conozco la repugnancia sentida a conceder amplias facultades al tribunal *ad quem* para que, en el trámite de admisión, pueda despachar el asunto sin un examen profundo. A todos nos ha causado incomodidad la regulación introducida por la Novela 10/1992, de 30 de abril, al permitir el rechazo del recurso de casación por reputarse inadmisibile, cuando el recurso carezca manifiestamente de fundamento o cuando se hubieran desestimado en el fondo otros recursos substancialmente iguales (art. 1730.3.º LEC). El abuso de esas facultades puede equivaler a una denegación de justicia. Pero aquí se impone el análisis concienzudo, no para rechazar *a limine* un recurso, sino para ordenar el camino hacia el órgano que ha de conocer de él.

Esto nos lleva a reflexionar acerca de algunas cuestiones que surgen después de formularse preguntas sobre qué es el fundamento del motivo. No implicamos en este planteamiento tesis alguna sobre la teoría general y práctica diaria de la argumentación o el razonamiento judicial. Sencillamente nos enfrentamos con los aspectos que presenta el análisis del fundamento, en la medida que justifica el motivo: la infracción de una norma. La razón de este particular interés estriba en que, como hemos dicho antes, el «fundamento» del motivo determina el ámbito del conocimiento del tribunal de casación y con carácter previo, la competencia. Sin solución de continuidad se presentan para su revisión, entre otros, los siguientes conceptos. Es necesario concretar qué es una norma de Derecho Civil foral, seguidamente quién es el que califica el tenor de la norma infringida, para proseguir señalando cómo se descubre la dimensión real de la infracción denunciada, aun a pesar de la denuncia afirmada por el recurrente; este asunto nos remite a la discusión sobre el sujeto que debe practicar la calificación y sobre la eventual relevancia o irrelevancia de la apreciación hecha por el recurrente al enunciar sus «fundamentos» jurídicos materiales civiles comunes o forales. La postrera cuestión, evocada por el sistema establecido en la Ley, se suscita en torno a si es posible que el tribunal de casación, a pesar de la delimitación de su conocimiento por los términos en que se redacta el motivo, al ampararlo en infracción de norma de Derecho Civil común, esté legitimado para apreciar la infrac-

(9) La STS de 18.2.1995, como ya hemos expuesto, presta especial atención a la «materia» del pleito con carácter preferente al «fundamento» del motivo.

(10) Cfr. la ya citada STSj de Navarra de 22.2.1995.

ción de una norma de Derecho Civil foral no invocada por el recurrente, ni, posiblemente, contemplada, ni aplicada por el tribunal de instancia.

Derecho Civil foral: expansión o límites

No es infrecuente hallar en la Compilación de Derecho Civil de Aragón artículos cuyo contenido normativo se integra por una remisión a preceptos del Código Civil. Cuando el art. 128 de la Compilación establece el modo de deferir la sucesión abintestato, aceptando la forma establecida en el Código Civil, el legislador aragonés no practica una renuncia a regular esa materia de forma especial. Contrariamente conviene en Derecho Civil aragonés los preceptos contenidos en los arts. 931 a 934 del Código Civil. La expresión del art. 128 equivale a ahorrar la redacción de artículos en la Compilación; es una técnica de legislar. Por tanto cuando en Aragón se «aplican» los arts. 931 a 934 del Código Civil en una sucesión intestada, se está aplicando el art. 128 de la Compilación. Si se infringen —en su aplicación— los referidos artículos del Código Civil, se ha infringido, por la misma razón, una norma de Derecho Civil foral aragonés a todos los efectos, incluso el de discernir el recurso de casación procedente y la competencia del órgano casacional. Los arts. del CC. son derecho recibido¹¹.

El simple hallazgo de la cita de un precepto contenido en un artículo del Código Civil no es suficiente para calificarlo, en cualquier caso, como norma de Derecho Civil común.

En una segunda consideración del planteamiento, puede afirmarse que el contorno del Derecho Civil foral alcanza también a todos aquellos supuestos normativos que, sin cita expresa de precepto del Código Civil, comportan conceptos regulados por éste, como ocurre en los arts. 15, 18, 24, 49, 52, 113, 119 y 126.2 de la Compilación.

Por último ha de tomarse en consideración que al definir el art. 1 de la Compilación lo que constituye el Derecho Civil de Aragón, además de las disposiciones de la Compilación integradas con la costumbre y los principios generales en que se inspira el ordenamiento jurídico, cita supletoriamente el Código Civil y las demás disposiciones constitutivas del Derecho general español. Por tanto una *materia* civil foral aragonesa estará regida por Derecho Civil foral aragonés, bien se halle éste inserto directamente en la Compilación o supletoriamente en otros cuerpos de Derecho español que sean aplicables¹². Como consecuencia de este razonamiento se impone concluir que asimismo, en su caso, se aplica indebidamente o infringe el Derecho Civil de Aragón.

Apreciación de la calificación de la norma infringida

Con estas consideraciones no queremos avivar una *vexata quaestio*, acerca de los límites del Derecho Civil foral aragonés, sino introducir una sede de reflexión sobre las consecuencias de la determinación del ámbito del conocimiento abierto en virtud de la clase de la norma que se denuncia como infringida.

(11) V. STSJ Navarra de 21.12.1993 así lo considera en un recurso que se denunciaba la infracción del Derecho Foral navarro (Ley 588 de la Compilación) en relación con disposiciones de la L.A.R.: las normas de la L.A.R. tienen el carácter de derecho foral «recibido en la Comunidad Autónoma de Navarra».

(12) Cfr. DELGADO ECHEVARRÍA, J: «Los derechos civiles en la Constitución», en *Revista Jurídica de Cataluña*. 1979, n. 3, p. 643 y *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*. Zaragoza, 1988, t. I (Dirigido por J.L. Lacruz Berdejo), pp. 193 ss.

Debido al carácter extraordinario del recurso de casación, el tribunal no debe conocer más que de la supuesta infracción denunciada¹³. Por esta razón la voluntad judicial de no conocer de las posibles infracciones de preceptos de Derecho Civil foral de Aragón aplicados en la sentencia de segunda instancia, puede ser consecuencia obligada de que el recurrente haya interpuesto el recurso, mencionando como infringidos preceptos contenidos sólo en el Código Civil y no en la Compilación. Por haber citado esos preceptos quedará establecido el ámbito del enjuiciamiento, al igual que el Tribunal Supremo, en general, no revisa la hipotética inaplicación de otro precepto del Código Civil que no se haya mencionado en los motivos del recurso.

Esta circunstancia, de reconocida traza jurisprudencial, descubre una serie de situaciones sobre cuya génesis ha de establecerse la oportuna discusión. Por una parte ha de revisarse la atribución de la facultad subjetiva de la calificación de la norma que se reputa infringida. Esto nos lleva a indagar a quién corresponde realmente la obligación de determinar si estamos ante un «recurso en *materia* civil foral», o si no estamos en presencia de tal supuesto. Por otra parte se introduce la delicada cuestión del señalamiento de la naturaleza de la norma que se dice infringida. Asimismo debe analizarse si efectivamente el TS puede excluir de sus enjuiciamientos la revisión de una norma que no se cita como infringida por el recurrente en sus «motivos».

Ni la mera cita de un precepto por el recurrente en el recurso, ni la opinión manifestada por él o por el recurrido en el trámite de admisión del recurso (arts. 1731.1 y 1709 LEC) son elementos suficientes para determinar la competencia, ni —como veremos seguidamente— el ámbito del enjuiciamiento del órgano casacional. No estamos en presencia de derechos dispositivos, por lo que se refiere a la fijación de la competencia funcional. Y en lo concerniente al ámbito del enjuiciamiento tampoco la opinión del recurrente es absolutamente determinante, sin que esta afirmación suponga desprecio de los principios dispositivo y de rogación que rigen el proceso civil en todas sus fases y grados. El recurrente señala el precepto que considera infringido, pero, a la vista de esto, el órgano de casación debe calificar el tenor del recurso (art. 1731.1 LEC), teniendo presente no sólo ese concreto precepto, sino todos aquellos que estén implicados, desde las instancias, directamente en su aplicación.

Por lo que ya hemos razonado anteriormente, concluiremos que, en lo referente a la calificación objetiva de la norma, el criterio que debe prevalecer, en este punto —sin perjuicio de llevar a cabo más adelante, otros desarrollos—, es, no el del lugar en que se halle materialmente escrita la norma en cuestión (CC, LAU, etc.), sino el que resulta de la fuente normativa aplicable (art. 1 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón). Por eso, en relación con el ejemplo antes expuesto, podemos articular algunas preguntas: ¿La simple cita del art. 931 CC, como infringido, sería suficiente para calificar el recurso de casación como de Derecho Civil común, si se considerara aplicable a un asunto civil de abintestato aragonés? ¿En este caso el precepto infringido es el art. 931 CC escuetamente, o lo es también el 128 de la Compilación que es el ordenante de la sucesión abintestato en Aragón? ¿El art. 931 CC, en este caso es

(13) Es doctrina afirmada por el TS «que el Juzgador de casación no es otra cosa que un intérprete de la norma y cuya función es, por tanto, inquirir, sobre la base de los concretos y específicos datos de hecho que la parte recurrente le proporcione, si los preceptos que se estiman infringidos han sido o no violados, indebidamente aplicados o erróneamente interpretados, pero en ningún modo es ni puede ser la de investigar cuál de los preceptos denunciados en forma imprecisa e involucradamente como infringido pueda efectivamente haberlo sido...», STS de 12.3.1986.

Derecho Civil foral aragonés a los efectos de considerar que el recurso está fundado en norma de Derecho aragonés? Los ejemplos podrían multiplicarse¹⁴.

A cuanto llevamos dicho es preciso añadir la ponderación de otros criterios que inciden en el planteamiento de otras cuestiones inquietantes, si se vuelve ahora la vista a lo que hemos afirmado al principio, sobre la función de la jurisprudencia.

No resulta desconocido que, jurisprudencialmente, existe título habilitante para que el órgano de casación enjuicie la aplicación de preceptos no incluidos en la cita del motivo; no sólo de aquellos que tengan cierta relación o sean exigidos en el enjuiciamiento jurisdiccional por razón de los citados, sino de otros distintos y aun contrarios, para argumentar como no lo haya hecho el recurrente, ni, acaso, lo hizo el tribunal de instancia. Esta operación no se lleva a cabo, habitualmente, en el trámite de admisión del recurso, momento de decidir sobre la competencia funcional (art. 1731.1 LEC)¹⁵, sino en el momento de la decisión, con las sugerentes consecuencias que han de producirse en orden a la creación de lo que llamaré la jurisprudencia «no pedida», pero efectiva. Con esto queremos decir que, por el mismo razonamiento doctrinal, la mera exclusión (u omisión) de cita de precepto foral en el motivo —e incluso la expresa renuncia a que se aplique— no debe impedir que el órgano de casación enjuicie conforme a norma foral, si lo requiere la argumentación ajustada a Derecho. El recurso de casación no se da para revisar la justicia del fallo, como enseguida veremos, sino para censurar la aplicación del derecho en la medida que ésta incide en la decisión judicial.

Esta observación provoca nuevos análisis que tratan de responder a una interrogación acuciante. Conviene saber si en un recurso de casación abierto por motivo amparado en infracción de norma de Derecho Civil común, el Tribunal Supremo puede conocer y aplicar el Derecho Civil foral, complementaria o sustitutivamente, en forma parcial o plena. La respuesta negativa la ofrece la STS de 1 de julio de 1996¹⁶.

(14) La STS de 24.1.1995, para valorar la interrupción de la prescripción en un proceso sobre títulos nobiliarios, declara que, rechazado el motivo amparado en infracción de precepto constitucional invocado para determinar la competencia funcional del Tribunal Supremo, debe remitirse las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, al haberse denunciado la Ley 3.ª y párrafo 3.º de la Ley 7.ª, título 39, libro 7.º del Código de Justiniano aplicable en Cataluña como *norma complementaria* al «Usatge Omnes Causae».

(15) No obstante, en algunos casos es bien fácil hacer esta ponderación y no debe eludirse por el tribunal en aquellos casos que sea ostensible la incidencia de normas forales en la apreciación «no foral» efectuada por el recurrente.

(16) Para excluir el conocimiento de las materias civiles forales ventiladas en las instancias y razonadas en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, argumenta de la siguiente manera en su Fundamento Jurídico 4.º: «Todavía antes de entrar en el examen de los doce motivos integradores del recurso han de ser hechas las puntualizaciones que a continuación se exponen. En el momento procesal oportuno de la tramitación del presente recurso de casación (art. 1731 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), el Ministerio Fiscal emitió dictamen en el que, en síntesis, exponía que, al tener la normativa aplicable y aplicada al presente caso litigioso sus bases fundamentales en preceptos de Derecho Foral, entendía que la competencia para conocer de este recurso de casación, conforme al artículo 1730 de la citada Ley, correspondía al Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Ante dicho dictamen del Ministerio Fiscal, esta Sala, en cumplimiento de lo preceptuado en el primero de los artículos antes citados, acordó oír a las partes. La representación de la parte recurrente presentó escrito, en el que alegó que todos los motivos de su recurso de casación estaban fundados en supuestas infracciones de normas procesales y de Derecho Civil común y de la doctrina jurisprudencial de esta Sala, a más de considerar también supuestamente infringido un artículo de la Constitución, por lo que entendía que la competencia para conocer de este recurso de casación correspondía a esta Sala. La representación procesal de la parte recurrida no hizo alegación alguna al respecto. Ante la referida manifestación de la parte recurrente y una vez examinados los doce motivos integradores del recurso, por auto de fecha 13 de enero de 1994 esta Sala Primera del Tribunal Supremo se declaró competente para conocer del presente recurso de casación, pero puntualizando expresamente en dicho auto que ello «supone, lógicamente, que la parte recurrente ha asumido el riesgo de prescindir por completo de las normas de Derecho Foral aplicadas en la sentencia recurrida».

Mas estimamos oportuno enfrentar a esta respuesta dos argumentos antes de extraer una conclusión.

El control del juicio subsuntivo efectuado en la instancia

Aunque actualmente la alegación de la infracción de la norma jurídica no precisa la especificación del concepto en que se considera producida, según lo exigía el antiguo art. 1692.1 LEC (en su redacción original), nada impide que, en la actualidad, se razone alegando el porqué de la infracción (art. 1707.II LEC), tomando como extremos del análisis, en lo que sea necesario la *violación*¹⁷, *interpretación errónea*¹⁸, y la *aplicación indebida*¹⁹.

La aplicación indebida de una norma comporta la concurrencia de tres elementos que deben ponderarse en cada caso: a) los hechos enjuiciados: b) la norma jurídica que se considera indebidamente aplicable a esos hechos: c) la subsunción de los hechos en la norma.

Lo que se denomina apreciación (jurídica) de los hechos por establecer o establecerlos como ciertos²⁰, descubre las operaciones que el Juez lleva a cabo para confeccionar la sentencia, tanto si se considera, como hizo la doctrina alemana, que el derecho acoge al hecho probado, el cual —siendo llevado metafóricamente hasta el ordenamiento jurídico— se sitúa por el Juez, en su enjuiciamiento, *bajo* la norma inmóvil (*Subsumtion Tatbestandes unter das Gesetz*), o, como afirmó la doctrina italiana, que es la norma elegida por el Juez la que es desplazada desde el ordenamiento jurídico hasta el pleito para ser superpuesta y adaptada al hecho probado que permanece inmóvil (*applicazione del diritto al fatto*).

En ocasiones el Juez para colmar su labor de subsunción tiene suficiente con una norma que le ofrece satisfactoriamente el hecho jurídico o hecho-idea (PISANELLI) único, pero en otras ocasiones necesita acudir, alternativa o sucesivamente —por remisión, por comprensión, o dispersión— de una norma a otra más genérica o específica, hasta hallar completo el hecho jurídico tal como requiere el enjuiciamiento de los hechos probados. Quizá un ejemplo sirva para ilustrar lo que quiero decir. Si el vendedor pide la resolución del contrato de compraventa porque el comprador no le ha pagado el precio y que, por ello, pide también que éste le devuelva el bien entregado —la restitución *in natura*—, el Juez, en el momento de dictar la sentencia y subsumir los hechos en la norma no tendrá suficiente con seleccionar el art. 1500 CC que impone la obligación del pago del precio al comprador, ni el art. 1506 CC que dispone que la venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones, sino que deberá acudir a la norma del art. 1124 CC que impone la resolución para el caso

(17) Al referirse a la existencia, subsistencia o determinación del alcance de la norma, para fijar su eficacia como reguladora de una determinada situación de hecho: SSTs de 25.2, 13.5, 5.5, 26.5.1964 y 20.2.1981; o el desconocimiento de la norma por el juzgador, o infracción clara y terminante por el juzgador: STS de 8.3.1963.

(18) Equivocación o error acerca del contenido de la norma; por no dar a la norma el verdadero sentido: SSTs de 29.10.1968 y 8.10.1969; lo que otra sentencia denomina «exégesis equivocada de un precepto de legal aplicación»: STS de 27.1.1976.

(19) «El Juzgador de casación no es otra cosa que un intérprete de la norma y cuya función es, por tanto, inquirir, sobre la base de los concretos y específicos datos de hechos que la parte recurrente le proporciona, si los preceptos que se estiman infringidos han sido o no violados, indebidamente aplicados o erróneamente interpretados» (STS 12.3.1986).

(20) ROSENBERG, *Tratado de Derecho Procesal Civil* (trad. A. Romera Vela). Buenos Aires, 1955, t. II, p. 331

de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. Al efectuarse el control sobre el juicio jurisdiccional subsuntivo deben examinarse todos estos preceptos.

Para poder enjuiciar acerca de la corrección o incorrección del juicio subsuntivo practicado en la instancia, el tribunal de casación, por su parte, no debe limitar su actuación al examen del precepto cuya supuesta aplicación indebida se denunció por el recurrente como acaecida, sino que debe llegar hasta el fondo del juicio subsuntivo, escrutando aquí y allá la totalidad de los preceptos que proporcionan los elementos suficientes para poder afirmar su juicio jurisdiccional sobre el enjuiciamiento jurídico hecho por el Juez en la instancia al subsumir.

Todo esto nos lleva a advertir que la situación despliega distintos órdenes de razonamientos en los dos aspectos afectados por la calificación del motivo: la competencia y la delimitación del ámbito del conocimiento del órgano casacional llamado a enjuiciar el recurso. Porque una cosa es la infracción de la norma denunciada escuetamente y otra bien distinta es el examen de la circunstancia concreta, inserta en esa denuncia, que no se debe desconocer para calificar adecuadamente los casos en que debe abrirse el trámite para la casación ante el TSJ.

Ahora tomaré en préstamo algunas ideas expuestas por la profesora Sánchez-Friera²¹ en su monografía sobre el Consorcio foral para presentar un ejemplo. Existiendo un consorcio foral, uno de los consortes ejercita una acción reivindicatoria para recuperar un bien inmueble frente al poseedor. Si la sentencia desestima la demanda por falta de legitimación activa del consorte al no reconocerle, como tal, la titularidad de la acción, el juicio subsuntivo judicial no ha debido detenerse en el art. 348.II CC, ni en el 394 CC, sino que ha debido tener en cuenta el art. 142 de la Compilación. Por tanto, si se denuncia sólo la infracción del art. 348.II CC, porque no se ha estimado la acción reivindicatoria ejercitada, aparentemente el asunto es de Derecho civil común, pero el área de conocimiento del tribunal de casación ha de extenderse a toda la operación subsuntiva que debió realizar y realizó —o no realizó— el tribunal de instancia. Y la censura casacional recaerá sobre la inaplicación de una norma civil foral: el art. 142 de la Compilación.

Para enjuiciar si se ha aplicado correctamente la norma de Derecho Civil común (art. 348 II CC) es necesario examinar previamente si se ha aplicado correctamente la norma de Derecho Civil foral. Estamos en presencia de una operación de subsunción compleja. En esta perspectiva podemos entender que el ámbito del conocimiento casacional determinado por el motivo —con escueta denuncia del art. 348.II CC— no se detiene en lo que literalmente define el recurrente, sino que el tribunal debe ahondar en todas las dimensiones del juicio subsuntivo para examinar bien todos los elementos que lo integran; al llegar a revisar «la norma jurídica o doctrina legal que se considera indebidamente aplicable a los hechos», el TS selecciona y propone el *hecho-idea*, que no sólo halla descrito en el art. 348.II CC, sino en precepto foral que hemos expuesto.

Actualmente el hecho determinante de la competencia no debe limitar el ámbito del conocimiento de las «materias» forales, cuando viene exigido por la revisión de la integridad del juicio subsuntivo. En este caso, si el asunto no es examinado en el trámite de admisión del recurso de casación por el Tribunal Supremo, acabará este órgano haciendo afirmaciones de doctrina civil foral cuando, con ocasión de ahondar

(21) SANCHEZ-FRIERA GONZALEZ, M.C., *El consorcio foral en el derecho civil aragonés*. Zaragoza, 1994, pp. 215 ss.

en el control del juicio subsuntivo, fundamente si estuvo bien o mal aplicado el derecho por el tribunal de instancia

Jurisprudencia «no pedida» o doctrina sin denuncia expresa en el motivo de casación

Teniendo presente lo anterior he de decir que no se han agotado todavía las posibilidades de producir jurisprudencia civil foral por el Tribunal Supremo con ocasión del conocimiento de un recurso de casación interpuesto con fundamento en la infracción de una norma de derecho civil común.

Si volvemos al principio es fácil recordar el carácter extraordinario del recurso de casación, en el aspecto de los límites cognitivos señalados por el tenor del recurso. En principio el órgano de casación no debe enjuiciar la violación, interpretación errónea o aplicación indebida de normas jurídicas materiales cuya infracción no haya sido explícita y concretamente determinada por un motivo en el recurso de casación. La falta de cita de un precepto, o la cita imprecisa clausura cualquier investigación oficial por parte del tribunal de casación; así lo ha afirmado la doctrina científica y alguna jurisprudencia²².

Las partes no están legitimadas para introducir cuestiones nuevas que debieron plantearse oportunamente en las instancias, concediendo a la parte contraria la posibilidad de contestar a las mismas y articular la prueba correspondiente, porque una licencia en sentido contrario supondría crear la indefensión de la parte adversa, vulnerándose el tenor literal del art. 24 de la Constitución²³. Tampoco el órgano de casación puede extender su juicio más allá de los límites ya expuestos.

Sin embargo esta postura del Tribunal Supremo se configura definitivamente y es recibida en su doctrina jurisprudencial con ciertas matizaciones. En el oficio casacional y tuitivo de la recta interpretación de las normas, incide la voluntad de extender su juicio a supuestos y cuestiones no suscitadas específica o genéricamente por el propio ámbito del recurso²⁴. En efecto; el órgano de casación debe controlar de oficio, aun sin que le venga impuesto por los vicios o errores denunciados por el recurrente a través del motivo de casación, los supuestos calificados por la norma como de orden público y los defectos procesales que pudieron denunciarse en las instancias, sin haberse hecho, o que pudieron ser estimados de oficio por los órganos jurisdiccionales anteriores²⁵.

Asimismo dentro de esa función correctora oficial, al margen de la corrección pretendida en el motivo correspondiente del recurso, el órgano de casación, aun sin casar la sentencia recurrida puede modificar su tenor argumentativo en que se funda

(22) Cfr. STS de 12.3.1986 ya citada.

(23) V. STS de 28.1.1986.

(24) Cfr. STS de 12.6.1995: FJ 3.º: «Las anteriores consideraciones que, ante los equivocados razonamientos, anteriormente dichos, de la sentencia recurrida, han tenido que ser hechas con la única finalidad (que es la verdadera y propia de todo recurso de casación) de dejar sentada la correcta doctrina...»

(25) La STS de 27.12.1993 estima de oficio la excepción de cosa juzgada no alegada por el recurrente en el recurso de casación. De la misma manera otras resoluciones han estimado de oficio la inadecuación del procedimiento, la incompetencia objetiva u otra nulidad de las recogidas en los arts. 238 y 240 LOPJ; V. la STS de 16.10.1986 que estima de oficio la falta de competencia objetiva.

el fallo, sustituyendo las razones que dio por otras que establece como mejores²⁶, o completando las expuestas en la sentencia de instancia²⁷. No hay cambio de decisión, pero sí de argumentación. La situación jurídica contemplada es lo que se conoce como la teoría de la causalidad del vicio respecto del fallo de la sentencia recurrida. Como lo relevante para la casación es el examen del ajuste del fallo al Derecho, si se denuncia un vicio existente en los fundamentos de la sentencia impugnada y éste no trasciende al fallo de manera que lo haga «injusto», el órgano de casación no casa la sentencia²⁸. No obstante, en estos casos, el Tribunal Supremo entra a argumentar con su propia motivación jurídica lo que considera más acertado para mantener el mismo fallo de la sentencia impugnada²⁹. Esto es simplemente una manifestación del principio *iura novit curia*; una posibilidad de que el órgano casacional aplique Derecho no aplicado en la instancia. Algo parecido ocurre cuando el recurrente impugna la sentencia denunciando un vicio advertido en un fundamento jurídico que no es determinante (*les motifs surabundants*), con carácter principal, de la decisión contenida en el fallo. El tribunal casacional puede señalar el argumento jurídico principal que ha de sostenerse para mantener el mismo fallo. E incluso, por virtud del examen del motivo de casación, el Derecho conocido por el tribunal de casación —aunque no alegado por el recurrente—, puede imponerse como fundamento principal convirtiendo en *surabundant* el razonamiento principal de la sentencia impugnada³⁰. En todos estos casos «es dable» al Tribunal Supremo aplicar un Derecho no mencionado en el motivo del recurso. No hay que olvidar que en la casación se halla implicado el *ius constitutionum*. Por tanto, la circunstancia de una inicialmente afirmada competencia fun-

(26) STS de 12.6.1995: «Por todas las razones que aquí han sido expuestas, no por las que tuvo en cuenta la sentencia recurrida, ha de ser mantenido subsistente el pronunciamiento por el que ésta desestimó la excepción de litispendencia por lo que el motivo debe ser desestimado».

El TS en sentencia de 19.7.1994 afirma (FJ 3.º) que «esta Sala no comparte el criterio de los Tribunales de instancia, atribuyendo a este juicio declarativo y a la petición de nulidad que en el mismo se postula, el carácter o la naturaleza propia del orden público procesal», para corregir la negativa a aceptar el allanamiento en un proceso seguido del de ejecución regulado en el art. 131 Lh. Después de afirmar que «doctrinalmente la Sala entiende que ésta es la posición correcta, pero en las actuales circunstancias resulta notoriamente inviable llevarla a sus últimas consecuencias», desestima el recurso de casación.

(27) La STS de 18.10.1985 añade razonamientos a la sentencia recurrida. La STS de 10.5.1986, cuando todavía se dictaba la «segunda sentencia» al estimarse la casación, en la segunda sentencia incorpora fundamentos de Derecho de la «primera sentencia».

(28) La STS 20.2.1995, desautorizando la interpretación que la Sala de instancia hizo del art. 255 del Reglamento del Registro Civil reitera la doctrina ya afirmada en SSTs de 13.5.1983, 21.3 y 21.5.1985, 27.10.1988 y 5.2.1990 consistente en mantener que «cuando la apreciación de un motivo no altera la sentencia a dictar, carece de alcance y efectos en ésta, en cuanto llegase a la misma conclusión»; similar a la doctrina sentada en las SSTs de 25.2.1988 y 14.7.1989: «los recursos de casación que se dan contra el fallo y no contra los fundamentos jurídicos de la sentencia, por lo que, cuando el fallo que vaya a recaer como consecuencia de la estimación del recurso sea el mismo que el que se contiene en la sentencia recurrida, por razones de economía procesal no debe estimarse».

(29) La STS de 20.12.1988 corrige la argumentación de la sentencia de instancia que había impuesto las costas apoyando la decisión en el art. 710 LEC cuando lo correcto era apoyarse en el art. 149 LAU, al tratarse de un juicio arrendaticio. No casó la sentencia impugnada.

En la STS de 9.9.1991 (puede verse en RJA 1992, marg. 1541) «la Sala no acepta los razonamientos jurídicos en que la sentencia de apelación, se basa (...) lo que no es óbice para que el referido pronunciamiento desestimatorio haya de ser mantenido en esta vía casacional, con base en los argumentos jurídicos distintos de los que ésta tuvo en cuenta» La STS de 22.12.1989 estudia el documento traído a los autos en la instancia en virtud de prueba practicada como diligencias para mejor proveer, el cual no había sido valorado por el tribunal de aquélla, pero a pesar de valorarlo en la casación no casa la sentencia. V. asimismo SSTs de 4.7.1984, 14.11.1986, 5.10.1987, 20.12.1988 y 22.12.1989.

(30) La doctrina jurisprudencial declara que el TS tiene «facultad integradora del «factum» (SSTs de 2.6.1981, 15.7.1983, 17.3.1987, 8.10.1988 y 8.2.1991). La STS de 17.7.1992 añade otros hechos que justifican el fallo desestimatorio, en un juicio de retracto, para demostrar que el retrayente conocía la venta y sus condiciones en la subasta, por eso afirma que «procede desestimar el recurso, aunque no por los razonamientos jurídicos que constituyen el núcleo esencial de su «ratio decidendi», sino por los que aquí han sido expuestos».

cional no impide que el TS aplique el Derecho correspondiente, común o foral, en virtud de la naturaleza propia de la casación y del ejercicio habitado de este mecanismo establecido jurisprudencialmente. El TS podrá declarar *surabundant* la argumentación civil común hecha por la sentencia impugnada por un motivo amparado en infracción de norma de derecho civil común y aplicar —sin casar la sentencia—, por considerarlo más correcto, el derecho civil foral que nadie denunció como infringido, o por estimar que se produce un mejor ajuste del fallo al derecho. He aquí otro acceso a una creación doctrinal jurisprudencial foral no pedida, ni inicialmente prevista.

Todas estas huidas del asunto civil foral hacia el ámbito casacional del TS, impuestas unas por el mecanicismo de la LEC y otras por la realidad práctica del funcionamiento de la casación, pueden suscitar distintos estados de ánimo. No tratamos de decir ahora que el TS va a hacer mala jurisprudencia civil foral; éste es un asunto de voluntad política. Queremos señalar la incoherencia de pretender la uniformidad en la diversidad. La situación jurídica no puede ser más disparatada. Si queremos una jurisprudencia única, como complemento del ordenamiento jurídico, es preciso que emane de un solo tribunal y que las normas de competencia funcional y las de procedibilidad del recurso de casación encaminen con seguridad el conocimiento a un único tribunal de casación. Para la formación de una jurisprudencia uniforme de Derecho Civil foral, la situación creada no es nada halagüeña.

Intervención de D. Mauricio MURILLO Y GARCÍA-ATANCE (CopONENTE)

LA CASACIÓN FORAL

Se dice que España es una Nación de naciones, o como dice el artículo 2 de la Constitución, de nacionalidades y regiones, entre las que se encuadra Aragón, como nacionalidad, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1 de su Estatuto de Autonomía³¹, recientemente reformado por Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre.

En puridad, y para hablar de una verdadera identidad nacional, es necesario que concurren los siguientes requisitos, o al menos, alguno de ellos: a— una lengua propia; b— una religión distinta a la de los demás; y c— una raza o etnia diferente. No es el caso de Aragón pues no hay una religión diferente, ni etnia distinta a la del resto de los españoles, y en cuanto a lengua, si bien en la franja oriental del territorio coexisten el castellano y el catalán o variedades lingüísticas de éste, y en el norte, la primera de las citadas y el aragonés o «fabla», no se puede afirmar que en Aragón exista una lengua distinta del castellano³², conocida y usada como propia, que se constituya como elemento diferenciador de naciones.

Con todo, es imposible negar que Aragón no posea algo propio que confiera a esta Comunidad un rasgo característico de su historia densa y participe del gran proyecto nacional que es España, y ello es su Derecho, derecho que ha sido fuente e inspiración, de tal modo que gran parte de él, ha sido absorbido en el gran acervo común que es el Código Civil. Ejemplo de ello es el propio contenido del Apéndice foral de 1925, único que se confeccionó en aquella época, y demostrativo del vigor de nuestro derecho.

Llegados a este punto, se ha de hablar de la vitalidad de nuestro derecho, en el que tendremos que comprender no sólo el Derecho Civil, o Foral como lo denomina Castán Tobeñas³³, sino también el Administrativo o Autonómico, que desarrollado dentro del marco de las grandes leyes generales del Estado, tiene una vitalidad sin precedentes dada la profusión de normas que al respecto se van promulgando y publicando.

En lo que respecta al Derecho Civil, del que no puede predicarse una modificabilidad como la de los otros derechos citados, ya que el mismo hunde sus raíces en la propia historia y es expresión de ella, tal vez pueda decirse que no es derecho todo lo vital que debiera ser, pues la manera de hacerlo es aplicándolo con profusión, de modo que el gran público sepa y sienta su vigor y existencia. El derecho civil aragonés ha sido y es un derecho aplicado con gran rigor técnico por Notarios, Registradores y Abogados, y no trasciende con la entidad suficiente por ello al público en general. Hay que ser valiente, y no debe arrendarnos su discusión y debate, lo que lo hará trascender, ganado en vigor y vitalidad. Así la judicialización de este derecho será un gran paso al respecto. Lo dicho no quiere decir, ni se pretende, que este derecho pueda mermarse en su actual y habitual ámbito de aplicación, pero debemos tratar de ampliarlo, y su mayor judicialización va a contribuir a ello, pues creándose

(31) «Aragón, en expresión de su unidad e identidades históricas como nacionalidad en el ejercicio del derecho a la autonomía que la Constitución Española reconoce, accede a su autogobierno de conformidad con la Constitución y el presente Estatuto, que es su norma institucional básica».

(32) Art.º 3.1 de la Constitución.

(33) Castán Tobeñas, José. DERECHO CIVIL ESPAÑOL, COMUN Y FORAL. Reus S.A. Madrid 1985

una jurisprudencia viva y propia por jueces radicados en la propia Comunidad Autónoma Aragonesa, ello indefectiblemente así será.

Los Juzgados de Primera Instancia y las Audiencias Provinciales aragonesas van creando un poso jurisprudencial en la aplicación de las diferentes instituciones del derecho civil aragonés³⁴, pero el gran colofón jurisprudencial debe ponerlo el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en donde culmina la última «instancia» procesal aragonesa, o debe culminar, y quien creará la jurisprudencia necesaria a los efectos previstos en el artículo 1.6 del Código Civil³⁵.

El recurso de casación foral se constituye por lo expuesto en la piedra angular del esfuerzo vivificador del derecho civil aragonés y de los demás derechos configuradores del derecho sustantivo de Aragón.

Define Pietro Castro el recurso de casación, como un medio de impugnación de resoluciones definitivas, normalmente dictadas en apelación mediante el cual se someten al conocimiento de un Tribunal superior, a fin de que por el mismo sea examinada la aplicación del derecho objetivo efectuada por el inferior y su actuación procesal.

No es éste el momento ni el lugar de hablar genéricamente del recurso de casación sino de la específica casación foral del derecho civil aragonés y de los problemas que plantea su actual regulación.

Una de las cuestiones que se plantean es si es posible una regulación específica de la casación foral, o si la propia previsión que al respecto hace de ella la Ley de Enjuiciamiento Civil³⁶ y el Borrador del Proyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil del Ministerio de Justicia del mes de abril de 1997³⁷, es suficiente. ¿Tiene competencia la Comunidad Autónoma para legislar procesalmente un recurso de casación? Si acudimos al tenor literal de la Constitución, en su artículo 149.1.6.º, es el Estado quien tiene competencia exclusiva para legislar procesalmente, quedando a salvo las necesarias especialidades que en este orden se derivan de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas. En parecido sentido reza el art. 35.1.4 del Estatuto de Autonomía de Aragón, recientemente modificado por la Ley Orgánica 5/1996, por el que la Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva para conservar, modificar y desarrollar el derecho procesal civil derivado de las peculiaridades del Derecho sustantivo aragonés. Dicho artículo deberá interpretarse necesariamente conforme al tenor del precepto constitucional, y parece que la competencia en materia procesal va a quedar ceñida a las especialidades que se derivan del Derecho sustantivo aragonés.

Parece claro que la Comunidad Autónoma no va a poder legislar aquellas materias que constitucionalmente se reservan a las leyes orgánicas, pues como afirma BONET³⁸ no pueden ser objeto de elaboración y disposición regional, ni está previsto un procedimiento para aprobarlas en esta sede, ni cabe pensar en delegaciones que en

(34) Véanse los Informes Anuales del Justicia de Aragón

(35) «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.

(36) Artículos 1729 a 1732, ambos inclusive

(37) Artículos 483 y ss. No se prevé en el Borrador una tramitación distinta de los recursos ante los Tribunales Superiores de Justicia, a la prevista ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

(38) BONET NAVARRO, Angel. JORNADAS de DERECHO ARAGONES, en homenaje al Profesor Dr. Cosé Castán Tobeñas, Jaca 28.20 y 30 de septiembre de 1990.

esta materia no se hallan previstas o están expresamente prohibidas (artículos 81, 82 y 83 de la Constitución).

Pero, ¿qué ocurre con aquellas materias que se regulan por leyes ordinarias? ¿Se podría regular un recurso de casación? Lo expuesto hasta ahora indica que no debe hacerse, siempre y cuando haya una norma estatal o nacional que expresamente lo haga, y la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil lo hace (artículos 1729 a 1732) y el Borrador del Proyecto de nueva Ley de Enjuiciamiento Civil contempla expresamente tal recurso, unificando la regulación y tramitación del recurso de casación.

En el año 1993, por ley 11/1993, de 15 de julio, publicada en el Boletín Oficial Gallego el 26 de julio de 1993³⁹, por la Comunidad Autónoma de Galicia se reguló un completo recurso de casación que no hizo sino trasladar la regulación de la Ley de Enjuiciamiento a la norma autonómica añadiendo nuevas normas. Dicha norma o ley autonómica fue objeto de recurso de inconstitucionalidad por el Gobierno de la Nación y que por razones de orden político se desistió, quedando vigente la norma impugnada en un primer momento.

El argumento del Abogado del Estado consistía en que la norma impugnada regulaba materias que expedían de la competencia autonómica pues se realizaba una regulación completa del recurso de casación civil, lo que choca con lo dispuesto en el ya citado art. 149.1.6.º de la Constitución. En el sentido expuesto las sentencias del Tribunal Constitucional 71/1982, de 30 de noviembre (F.º Jco. 20.º) y 121/1992, de 28 de septiembre (F.º Jco. 4.º) ya establecieron que la mera reiteración de reglas procesales generales en la legislación autonómica no hace buena, sin más, una tal previsión. En definitiva, conforme al precepto constitucional es el Estado el competente en exclusiva par regular en materia procesal, quedando las Comunidades Autónomas limitadas para innovarlo y no pueden reproducir con carácter general las normas procesales estatales. Las competencias de la Comunidad Autónoma se ciñen a la regulación de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo. En cuanto a especialidad procesal, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 121/1992, de 28 de septiembre (F.º Jco. 4.º), ha venido a establecer que las innovaciones procesales que las Comunidades Autónomas pueden realizar no se extienden a la regulación de «la defensa jurídica de aquellos derechos e intereses que materialmente regulen, pues con la expresión «necesarias especialidades», la Constitución tiene en cuenta tan sólo las que inevitablemente se deduzcan, desde el punto de vista de la defensa judicial, de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica en virtud de las particularidades del derecho creado por la propia Constitución». En el mismo sentido se pueden citar las sentencias de idéntico Tribunal 83/1986, de 26 de junio y 123/1988, de 23 de junio (ambas en su F.º Jco. 2.º).

A modo de ejemplo, y siguiendo con la citada Sentencia del T.C. 121/1992, y recogido en el escrito de formalización del recurso de inconstitucionalidad, que luego se retiró, contra la ley procesal gallega, se expresa al considerar determinadas particularidades procesales establecidas por el legislador autonómico en la ley de la Generalidad Valenciana 6/1986, de 15 de diciembre, sobre arrendamientos históricos, que «de las particularidades del régimen sustantivo y de la especificidad del arrendamiento histórico valenciano no deriva ninguna necesaria especialidad de la ordenación de las vías procesales y de la defensa judicial de los derechos y deberes deriva-

(39) Galicia D.O. 26 julio 1993 (número 141) Ley 15 julio 1993. Recurso de Casación. En materia de derecho civil especial de Galicia.

dos de esa relación arrendaticia, de manera que la competencia autonómica para legislar sobre estos arrendamientos no conlleva una competencia legislativa de carácter procesal para establecer una regulación singular de ordenación del proceso» (F.º Jco. 4.º).

Si como dice GOMEZ ORBANEJA⁴⁰ el proceso no es más que la forma jurídicamente regulada de la protección del ordenamiento jurídico del Estado y que sirve para la conservación y actuación del derecho privado (en cuanto a proceso civil) por medio de la declaración, ejecución y aseguramiento de las relaciones jurídicas y derechos subjetivos de carácter privado, al objeto de conseguir la paz social, no debe ser ajena la idea de que el proceso es un instrumento cualificado a tales efectos y que lo que realmente debe importarnos es el fin que pretende y que es la resolución del conflicto para reinstaurar la paz social. Por ello no es tan importante regular ex novo o incorporando la legislación de la Ley de Enjuiciamiento Civil a una norma autonómica sino observar si esa norma general es suficiente para proteger el ordenamiento jurídico, referido al derecho civil o foral, y si ello es así, no hace falta confeccionar una norma específica, como hizo la Comunidad Gallega.

La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil y el reciente borrador prevén la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia respectivos como última «instancia» en la casación foral, y el trámite no tiene por qué ser distinto al del recurso de casación general, salvo las especialidades que se concreten. Si lo que se pretende es, como ya se ha dicho, que jueces del lugar creen una jurisprudencia viva del propio derecho civil, la Ley de Enjuiciamiento así lo prevé, y el borrador, luego técnicamente no precisamos de una norma general autonómica que desarrolle un recurso de casación foral; cuestión distinta es si políticamente ello interesa o no, y en tal sentido el recurso interpuesto contra la ley gallega fue retirado, por lo que ésta tiene pleno vigor en el ámbito que le es propio y que se ciñe a una competencia objetiva por razón de la materia (el propio derecho civil gallego) y por razón del territorio (en el ámbito de la propia Comunidad Gallega)⁴¹.

El recurso de casación o la competencia que la comunidad autónoma tenga sobre el mismo, debe ceñirse por lo tanto a dar cauce y trato específico a las «particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas»⁴² a través de la regulación de la necesaria especialidad procesal, pudiéndose considerar como tal la casación, al efecto de crear un derecho civil aragonés vivo, por el hecho de su conocimiento ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Otras de las cuestiones que hay que abordar en el presente trabajo es el de determinar si efectivamente existe en nuestra Comunidad Autónoma aragonesa una casación foral que culmine en la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

(40) Gómez Orbaneja, Emiliol. DERECHO PROCESAL CIVIL. Madrid 1976.

(41) Art.º 1 Ley 11/1993 del Parlamento de Galicia.

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

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

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

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

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

(42) Art.º 149.1.6.º de la Constitución Española.

Los Estatutos de Autonomía que prevén la casación foral son los de El País Vasco (18 diciembre 1979), Cataluña (8 diciembre 1979), Galicia (6 abril 1981) que como se ha expuesto tiene en vigor una regulación propia del recurso de casación. Murcia (9 junio 1982), Valencia (1 julio 1982), Navarra (10 agosto 1982), Extremadura (25 febrero 1983) e Islas Baleares (25 febrero 1983). Aragón reguló inicialmente la casación foral en su Estatuto de Autonomía de 10 de junio de 1982. Así en su artículo 29, derogado expresamente, establecía: «1. De acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, las competencias de los órganos jurisdiccionales en Aragón se extienden:

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

) En el orden penal y social, a todas instancias y grados, con excepción de los recursos de casación y revisión.

c) En el orden contencioso-administrativo, a todas las instancias y grados, cuando se trate de actos o reglamentos emanados de la Diputación General y de la Administración de la Comunidad Autónoma, en materias cuya legislación corresponda en exclusiva a las Cortes Aragonesas.

d) A las cuestiones de competencia entre órganos judiciales en Aragón.

e) A los recursos gubernativos sobre calificación de documentos referentes al Derecho civil aragonés, que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad.

2. En las restantes materias se podrá interponer, cuando proceda, ante el Tribunal Supremo, el recurso de casación o el que corresponda, según las leyes del Estado y, en su caso, el de revisión. El Tribunal Supremo resolverá también los conflictos de competencia y jurisdicción entre los Tribunales de Aragón y los demás de España».

La reforma operada en el Estatuto de Autonomía por Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, dejó sin el contenido expuesto el artículo 29, cuya redacción pasó a ser la del anterior artículo 28⁴³, y sin que un precepto similar se haya previsto en el nuevo Estatuto de Autonomía.

En el sentido expuesto, con la nueva regulación del artículo 29 del Estatuto, y con lo establecido en el artículo 32.1.a⁴⁴, hay una remisión expresa a los artículos de la Constitución y de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Así, el artículo 152 de la Constitución (párrafo 2.º y 3.º del número 1 del citado artículo), establece:

«Un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. En los Estatutos de las Comunidades Autónomas podrán establecerse los supuestos y las formas de participación de aquéllas en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio, todo ello de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y dentro de la unidad e independencia de éste.

(43) «El Tribunal Superior de Justicia de Aragón es el órgano jurisdiccional en que culmina la organización judicial en su ámbito territorial y ante el que se agotarán las sucesivas instancias procesales en los términos del artículo ciento cincuenta y dos de la Constitución y de acuerdo con el presente Estatuto».

(44) Artículo 32.1.a del Estatuto de Autonomía de Aragón.

«En la relación con la Administración de Justicia, exceptuando la militar, corresponde a la Comunidad Autónoma:
a.— Ejercer todas las facultades que Leyes Orgánicas del Poder Judicial reconozcan o atribuyan al Gobierno del Estado».

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 123⁴⁵, las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia».

El artículo transcrito entronca con el artículo 149.1.6.º de la Constitución, ya estudiado en este trabajo, por el que el Estado tiene la competencia exclusiva en la regulación de la legislación procesal «sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas».

Los citados artículos constitucionales nos remiten, pues, a la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuyo artículo 73.1.a se nos dice:

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

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

La Ley Orgánica del Poder Judicial remite al Estatuto de Autonomía, que en el supuesto que nos afecta, no hace la expresa atribución casacional que preveía inicialmente, luego no tenemos instancia casacional (si bien el recurso de casación no es una verdadera instancia) ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

El precedente argumento expuesto, no es un argumento pacífico, pues eminentes juristas como LOPEZ RAMÓN⁴⁶ han mantenido la tesis de la competencia casacional aragonesa con sede en la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y ello en base a tres argumentos:

a) La Ley no exige literalmente que la competencia casacional esté recogida en el Estatuto, y ello es así, pues el texto del artículo 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no establece dos requisitos cumulativos para determinar la competencia casacional del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma, sino dos supuestos alternativos, dos casos que, cada uno de ellos por separado, determinan tal competencia: «siempre que el recurso se funde en la infracción de normas de Derecho Civil, Foral o Especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución». La coma que existe antes de la «y» del articulado, avala la tesis expuesta.

b) No sólo la literalidad de la norma, sino también la propia génesis del artículo 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial apoya la interpretación defendida, pues la referencia al Estatuto no es una exigencia, sino una garantía aunque innecesaria. Lo expuesto se basa en que los Estatutos de Autonomía que atribuyen competencia casacional, ya citados en este trabajo, son anteriores a la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en concreto a su artículo 73, en cuya discusión parlamentaria se planteó que el recurso de casación foral se daría en aquellos supuestos en que se fundamentara la ca-

(45) Artículo 123 de la Constitución.

«1. El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales.

2. El Presidente del Tribunal Supremo será nombrado por el Rey, a propuesta del Consejo General de Poder Judicial, en la forma que determine la ley».

(46) LOPEZ RAMON, Fernando, Trébede, n.º 4-5, julio-agosto 1997

sación en derecho autonómico «exclusivamente», requisito que desaparece en la redacción final. Tales antecedentes invitan a pensar que la mención a los Estatutos de Autonomía que hace la L.O.P.J. lo es para garantizar la competencia casacional, y no para condicionarla. Por otro lado, tal finalidad es innecesaria pues la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1992 (artículos 1729 a 1732) regula el recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia por infracción conjunta del Derecho Civil, Común y Foral. Expuesto lo precedente no es desacertado que la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón haya prescindido de la mención de unas competencias que corresponden en todo caso al Tribunal Superior de Justicia de Aragón por directa atribución de las mismas por la L.O.P.J. de 1985 y Ley de Enjuiciamiento Civil, reformada por Ley 30/1992.

c) La tesis que propugna la reforma del Estatuto de Autonomía entraña una impropcedente subordinación de éste a la Ley Orgánica del Poder Judicial. Si el artículo 73 de la L.O.P.J. condiciona la competencia casacional del Tribunal Superior de Justicia de Aragón se está dando por buena una reserva del Estatuto establecida en la Ley Orgánica que lo aprueba. Es requisito esencial para la procedencia de las reservas normativas que éstas sean establecidas por normas de igual o superior jerarquía que las reservadas y la Ley Orgánica del Poder Judicial carece de superioridad jerárquica para establecer ninguna exigencia con respecto al Estatuto de Autonomía, dado su especial procedimiento de elaboración. Únicamente la Constitución o el propio Estatuto de Autonomía podrían establecer reservas de Estatuto.

La primera de las tesis expuestas, en relación al artículo 73.1.a de la L.O.P.J., vendría a implicar que la conjunción copulativa «y», es lo mismo que la conjunción disyuntiva «o», y ello plantea problemas, pues si los requisitos, como afirma «López Ramón, son alternativos, ¿por qué no ha empleado el legislador la disyuntiva «o»?», lo que evitaría cualquier duda de interpretación». Si aceptamos la tesis de requisitos alternativos, el último inciso del párrafo contenido en el artículo 73.1.a de la L.O.P.J. (y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución) no sería mas que una redundancia, pues no tendría ningún sentido tal inciso o requisito, si no hay Derecho Civil, Foral o Especial que aplicar.

El segundo argumento, también plantea dudas, aunque si bien es cierto lo que afirma el autor y tenemos en cuenta lo que dice el artículo 3 del Código Civil⁴⁷, es factible pensar y considera que el legislador no pretendió perder la competencia casacional, la exégesis del precepto de la Ley Orgánica debatido puede avalar tal tesis, y que los requisitos que establece sean alternativos, y no cumulativos.

Pero las dudas vuelven a incidir en que no se emplea la conjunción correcta, y el tenor literal es lo primero que hay que considerar, máxime cuando el antecedente histórico-legislativo recoge expresamente tal competencia y luego la omite, y los demás Estatutos de Autonomía recogen expresamente la competencia casacional; en segundo lugar, ya se ha apuntado, y se hablará un poco más al final de este trabajo, que debe considerarse la posibilidad de que el recurso de casación pueda comprender no sólo el Derecho Civil Foral, sino también todo lo que es Derecho sustantivo, en el que habría que incluir el Derecho Administrativo. En el sentido expuesto, sí podrá defenderse entonces que los requisitos del artículo 73 son alternativos, y no cumulativos, pero ¿esa es la voluntad del legislador? Ni los Estatutos de Autonomía, ni

(47) «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativo, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

la exégesis relatada del artículo 73 de la L.O.P.J., se refieren a ello, sino solamente a Derecho Civil, Foral o Especial, lo que redundaría en la tesis de que la L.O.P.J. establece requisitos cumulativos, como así los denomina el profesor López Ramón; y no alternativos; y en tercer lugar debe considerarse que el artículo 73.1.a de la L.O.P.J. integra su propio tenor literal de la forma en que lo hace, así como el artículo 1730 de la L.E.Civil redactado por Ley 10/1992, teniendo en cuenta el contenido de los Estatutos de Autonomía que la preceden y que reservan la competencia casacional a sus respectivos Tribunales Superiores de Justicia.

El último argumento que se expone también da lugar a argumentaciones contrarias a la expuesta pues se defiende que una Ley Orgánica que aprueba un Estatuto de Autonomía es distinta a una Ley Orgánica que se aprueba por el procedimiento, llamémosle, «normal», teniendo aquella más rango que ésta. Tal distinción no la realiza la Constitución, y no se debe realizar. Si el procedimiento de elaboración de una Ley Orgánica que aprueba un Estatuto de Autonomía es distinto al normal, se debe a la especialidad que incorpora tal Estatuto, pero no por ello el resultado debe implicar diferencias. Además la competencia procesal es exclusividad del Estado (artículo 149.1.6 de la Constitución), y obsérvese que el citado artículo no se refiere a las Comunidades Autónomas como garantes de las especialidades procesales, a diferencia del párrafo 8.º que defiende la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, POR las Comunidades Autónomas. Ello implica que la reserva que realiza el artículo 73.1.a de la Ley Orgánica del Poder Judicial dota de contenido a la reserva que a tal efecto hacen los Estatutos de Autonomía a la competencia casacional, aunque sea anteriores, lo que explica las dudas que se planteaban, como alega López Ramón, sobre su constitucionalidad o no, si bien por motivos evidentemente políticos, no se planteó ante el Tribunal Constitucional. Con todo, tanto la Ley Orgánica aprobadora de un Estatuto de Autonomía como la Ley Orgánica del Poder Judicial son leyes del Estado del mismo rango y aplicadoras de un precepto constitucional. Ambas, por el propio rango de las mismas, están llamadas a hacerlo, pero si el Estatuto de Autonomía de Aragón, prescinde de la reserva específica a la competencia casacional, cuando la Ley Orgánica del Poder Judicial, exige tal contenido o reserva y ello es preceptivo, pues hablamos de una competencia procesal exclusiva del Estado, la competencia se ha perdido.

Existe un último argumento adicional y es el de que el propio artículo 152.1.2 que aunque en párrafo distinto, remite a la Ley Orgánica del Poder Judicial («Todo ello de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y dentro de la unidad e independencia de éste»), por lo que la reserva que haga esta norma es condición necesaria de cumplimiento por la Ley Orgánica aprobadora del Estatuto de Autonomía. Si la L.O.P.J. exige que se contemple expresamente la competencia casacional en el Estatuto, éste debe hacerlo por imperativo constitucional.

Por su parte el Ministerio Fiscal en el trámite que le confiere el artículo 1709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al informar sobre el recurso de casación n.º 1909/97 contra sentencia dictada por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en autos de apelación n.º 790/96, de fecha 12 de abril de 1997⁴⁸, y tras alegar que el mismo plantea «NUMEROSOS PROBLEMAS» y que el artículo 2 de la L.O. 5/1996, ha derogado, «NO SABEMOS EL MOTIVO», el art.º. 29 del Estatuto de Autonomía

(48) El primer motivo del recurso se fundamenta en la interpretación errónea del artículo 37.3 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón y los Autos originales proceden de un Juicio Declarativo de Menor Cuantía sobre tercería de Dominio (n.º 298/95 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Calatayud).

de Aragón, manifiesta que a pesar de ello el Tribunal Superior de Justicia de Aragón no ha perdido competencia en materia de Derecho Civil Foral, pues la cláusula del antiguo artículo 28 del Estatuto de Autonomía, hoy artículo 29, en relación con el artículo 152 de la Constitución y artículo 1730 de la Ley de Enjuiciamiento Civil implica la competencia para conocer del recurso de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ya que la Constitución no exige que para conocer del recurso de casación en materia foral esté prevista esa atribución en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Aragón, la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Aragonés, por lo que la derogación del anterior contenido del artículo 29 del Estatuto no implica la pérdida de competencia en materia de Derecho Civil Foral por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

El argumento expuesto plantea dos cuestiones. La primera es que el artículo 152 de la Constitución no es de aplicación directa, como lo son las disposiciones del Título Preliminar de la Constitución, y por lo tanto precisa de un desarrollo ulterior por Ley Orgánica del Poder Judicial, que a su vez remite a los Estatutos de Autonomía, también aprobados por Ley Orgánica, y la segunda es que el artículo 35.4 del Estatuto de Autonomía de Aragón se refiere a la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Aragonés correspondiendo tanto al derecho material, como al derecho adjetivo e instrumental que es el derecho procesal que debe regular las especialidades procesales derivadas en materia de Derecho Civil, Especial o Foral, si bien hay que admitir que forzando la norma, la existencia de esa casación foral con «instancia» última en el Tribunal Superior de Justicia de Aragón va a favorecer la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Foral Aragonés lo que configura a la existencia de la casación como una especialidad procesal, no se puede admitir tal argumento pues como ya se ha expuesto es necesario que se haya realizado una reserva expresa de la competencia casacional foral en el propio Estatuto, que por remisión, de la L.O.P.J. así se exige, y que no realiza, no nombrándose en la actualidad, en ningún lugar del Estatuto, de forma expresa, la competencia casacional como radicada en el Tribunal Superior de Justicia de Aragón; a diferencia de lo que hacía antes donde la reserva de la competencia casacional era expresa.

Por su parte el artículo 29 (anterior artículo 28) del Estatuto de Autonomía de Aragón podría interpretarse como configurador de la competencia casacional del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, sin que sea preciso el anterior artículo 29, pues afirma que el citado Tribunal «es el órgano jurisdiccional en que culmina la organización procesal en su ámbito territorial y ante el que se agotarán las sucesivas instancias procesales en los términos del artículo 152 de la Constitución y de acuerdo con el presente Estatuto», pero ello no es así, pues la culminación a que se hace referencia es en el ámbito territorial, y la casación es funcional, y la referencia que a esta competencia hace lo es con remisión al artículo 152 de la Constitución, que no es de aplicación directa como queda dicho y que en cuanto a competencia funcional nada prejuzga, pues únicamente afirma que las sucesivas instancias procesales se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia, por lo que habrá de estarse a lo que específicamente se regule, en este caso por Ley Orgánica aprobadora del correspondiente Estatuto de Autonomía, que es la remisión que realiza el artículo 73.1 de la L.O.P.J. y a la que remite expresamente el artículo 1729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Añadir por otro lado que la expresión «sucesivas instancias procesales» a que hace referencia el artículo 152 de la Constitución no debe comprender la casación,

pues la jurisprudencia del Tribunal Supremo es unánime al considerar que éste no es una tercera instancia (SSTS. 21-12-1989, 9-4-1990, 10-04-1990, 30-5-1990, 12-11-1990, 14-11-1990, entre otras muchas), sino a las diferentes instancias de los diferentes órdenes jurisdiccionales (Civil, Penal, Contencioso y Laboral), y el propio Estatuto de Autonomía, en la regulación del anterior art. 29 establecía la distinción entre instancias y grados, incluidas la casación y la revisión, lo que redundaba en lo expuesto. Pese a todo, los argumentos expuestos tienen su lógica, y a pesar de las dudas que se plantean, como es el caso del precedente argumento del Ministerio Fiscal, la polémica está servida.

En este trabajo se ha mantenido, y mantiene la tesis, de que se ha perdido la competencia casacional del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y esa es la postura de nuestros Juzgados y Tribunales.

Así, por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Zaragoza, en el trámite de preparación del recurso de casación (artículo 1694 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), por auto de 4 de marzo de 1997, se deniega la competencia de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para conocer del recurso de casación⁴⁹.

El Ministerio Fiscal, con sede en la Comunidad Autónoma de Aragón mantiene la misma tesis. En el informe al recurso 1/97 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón expone «Que, al haberse suprimido el anterior artículo 29 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Aragonesa y no figurar en el vigente, reconocimiento expreso de competencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en los recursos extraordinarios de casación y objeto de este recurso de revisión propia del Derecho Civil Foral Aragonés, resulta obvio que la competencia para el conocimiento del presente recurso corresponde a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, conforme al artículo 1801 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los artículos 56.1 y 73.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial». Y el propio Tribunal Superior de Justicia de Aragón por auto de 14 de abril de 1997, aborda y ahonda en la misma tesis, refiriéndose tanto al recurso de casación como al de revisión, con tres argumentos fundamentales:

a) La expresión del legislador que determina que el Tribunal Superior de Justicia es el órgano jurisdiccional en que culmina la organización judicial en su ámbito territorial, es únicamente una declaración de índole general relativa a la existencia y ámbito competencial territorial del Tribunal, concordante con la previsión normativa del artículo 70 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero no atribuye ninguna competencia al propio Tribunal.

b) El mandato de que ante el mismo se agotaran las sucesivas instancias procesales ha de ponerse en relación con lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que es norma estatal, de carácter orgánico y de contenido orgánico-judicial, lo que por otra parte está expresamente previsto en el artículo 152 de la Constitución

(49) «Cumpliéndose los requisitos prevenidos en el artículo 1694 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede tener por preparado el recurso de casación anunciado con los pronunciamientos previstos en el artículo 1696 de la L.E. Civil, si bien de conformidad con lo prevenido en el artículo 73 de la L.O.P.J., la competencia para conocer del mismo no puede entenderse atribuida a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, como Sala de lo Civil, puesto que el mencionado precepto exige que para que la mencionada Sala conozca del recurso es necesario que «el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución». Como quiera que el Estatuto de Autonomía de Aragón, reformado por la Ley Orgánica n.º 5/96, de 30 de diciembre, no atribuye la competencia a la mencionada Sala, procede remitir los autos, conforme ordena el artículo 1696 de la L.E. Civil, a la Sala Primera del Tribunal Supremo».

que, tras afirmar que «un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma», y permitir que en los Estatutos de Autonomía se establezcan los supuestos y formas de participación de las Comunidades Autónomas en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio, establece que «todo ello de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y dentro de la unidad e independencia de éste» —artículo 152.1, párrafo segundo—.

c) Dicha referencia a las sucesivas instancias procesales no tiene ninguna relevancia respecto a la atribución competencial para la decisión de un recurso de revisión que, por su propia naturaleza y excepcionalidad, no constituye una instancia procesal siguiendo reiteradísima doctrina emanada de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Añade el Auto de referencia un cuarto motivo, referido al recurso de revisión, pero también predicable del recurso de casación y es que la última parte del vigente artículo 29 del Estatuto de Autonomía, cuando expresa que ante dicho Tribunal Superior de Justicia de Aragón se agotarán las sucesivas instancias procesales, de acuerdo con el presente Estatuto, carece de relevancia en relación a los citados recursos, puesto que en ningún otro precepto de dicho Estatuto se hace ya referencia a la tramitación de los mismos.

Las tesis jurisprudenciales emanadas en territorio aragonés avalan la tesis, como se ha expuesto, de esta ponencia, y la pregunta que se formula es la de ¿qué va a pasar ahora?

El artículo 1731.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que «las dudas sobre competencia que pudieran suscitarse entre la atribuida al Tribunal Supremo y al Tribunal Superior de Justicia se resolverán aplicando lo que disponen los artículos 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 81 a 83 de ésta⁵⁰, entendiéndose referido a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia lo que el último de los citados preceptos dispone con respecto a las Audiencias», y el artículo 488.3 del Borrador de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: «Las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia no podrán declinar su competencia para conocer de los recursos de casación que les hayan sido remitidos por la Sala Primera del Tribunal Supremo». De lo expuesto queda claro, que desde el punto de vista procesal y procedimental, sin entrar a juzgar el contenido del asunto, el Tribunal Supremo es quien tiene la última palabra para decidir, en los supuestos que hemos tratado y pudieran haberse dado, quién es el competente para conocer de los recursos de casación interpuestos y fundados en normas de Derecho Civil Foral Aragonés.

Al respecto pueden darse tres soluciones:

a) Que el Tribunal Supremo atraiga para sí la competencia para conocer de los recursos planteados, suscribiendo así la tesis mantenida por esta ponencia. En este caso es totalmente necesaria una nueva regulación del Estatuto de Autonomía que es la norma que por remisión dota de contenido la competencia casacional ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, articulando un precepto similar al derogado, y

(50) Art.º 52 L.O.P.J.: «No podrán suscitarse cuestiones de competencia entre Jueces y Tribunales subordinados entre sí. El Juez o Tribunal Superior fijará, en todo caso, y sin ulterior recurso, su propia competencia, oídas las partes y el Ministerio Fiscal por plazo común de diez días. Acordando lo procedente, recabarán las actuaciones del Juez o Tribunal inferior o le remitirán las que hallare conociendo».

contenido en el primitivo art.º 29 del Estatuto, a los efectos de devolver la pérdida competencia funcional que se reclama.

b) Que el Tribunal Supremo considere que, a pesar de todo, la competencia para conocer corresponde al Tribunal Superior de Justicia de Aragón devolviendo los recursos que se tendrán que plantear entre el Tribunal Superior. En este Caso el Tribunal Superior de Justicia nada tendría que alegar, debería asumir la competencia y resolver el recurso o recursos. Lo expuesto solucionaría, prima facie, el problema planteado pues sucesivamente los recursos que se planteen, ante una postura consolidada del Tribunal Supremo, se admitirían y sustanciarían ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón. A pesar de ello no debe abandonarse la idea de volver a incluir en el Estatuto la legislación derogada, pues en el presente supuesto siempre estaríamos al albur de cambios de criterios jurisdiccionales, lo que nos sume en la inseguridad jurídica, cuestión proscrita en el artículo 9.3 de la Constitución. Así la jurisprudencia constitucional⁵¹ a establecer que la exigencia del citado artículo de la Constitución en cuanto al principio de seguridad implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, procurando que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, huyendo de provocar situaciones objetivamente confusas. Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes, e incluso cuáles sean éstas.

c) Que el Tribunal Supremo resuelva las cuestiones que se le han planteado controvertidamente, es decir, que en unos casos asuma la competencia, y en otros, la decline: cuestión ésta no probable, pero tampoco imposible. En este caso la inseguridad jurídica sería absoluta, y la necesidad de recuperar el contenido del antiguo artículo 29 del Estatuto, hartó evidente.

Debe señalarse asimismo, y en último lugar, que caso de que el Tribunal Supremo devuelva algún recurso o los recursos planteados, ya sean de casación o de revisión, para su conocimiento por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, el argumento o argumentos empleados en este trabajo, implicaran el conocimiento del recurso por un órgano incompetente, no predeterminado por la ley». Se vulneraría un precepto constitucional que dejaría abierta la puerta a un posible recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que dejaría las puertas abiertas a una resolución incierta sobre cuál es el órgano competente para conocer de la casación foral.

Lo hasta aquí expuesto no implica que se defienda la imposibilidad de la casación foral ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón; nada más lejos de la realidad, sino que en buena técnica jurídica, lamentablemente hemos perdido esa competencia, y no es éste ni el lugar ni el modo de averiguar el por qué, por lo que debe volver a regularse el contenido del antiguo artículo 29 del Estatuto de Autonomía, cuestión que disipará y solventará cualquier duda que se presente.

Se ha dejado entretener en esta reflexión sobre el recurso de casación foral, que la casación debe defenderse no sólo del derecho civil, foral o especial, sino también del administrativo que se promulgue dentro del ámbito de la propia Comunidad Autónoma, ya que ello no está especialmente prohibido en la Constitución y constituye derecho sustantivo propio de una Comunidad Autónoma que legisle sobre la materia.

(51) S.T.C. 46/1990, de 15 de marzo F.J. 4.º

Efectivamente, el artículo 149.1.6.º de la Constitución establece que el Estado tiene competencia exclusiva, entre otras materias, en la legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas. Queda dicho que por derecho sustantivo debe entenderse no sólo el derecho foral, sino también el administrativo, y la Comunidad Autónoma podrá regular esas especialidades procesales que puedan derivarse de ello. Si la Ley Orgánica del Poder Judicial previera, como hace con el Derecho Foral, la casación en esas otras materias ante el Tribunal Superior de Justicia, ello es plenamente constitucional pues no hay una prohibición expresa al respecto en la Norma Fundamental, y la defensa de la propia especialidad procesal del derecho sustantivo o propio de la Comunidad Autónoma bien puede defenderse ante una casación ante el Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma.

Debe considerarse derecho sustantivo, el derecho administrativo o autónomo pues la facultad y capacidad legislativa y normativa reside en los órganos de las Comunidades Autónomas, en materias que les han sido concretamente transferidas, como sería el caso, en Aragón, de la Sanidad, Urbanismo, Montes, Agricultura, Patrimonio, Juventud, Deportes, etc. No puede predicarse la misma cuestión en cuanto al Derecho Laboral, pues el mismo es competencia exclusiva del Estado, no transferible por lo tanto (artículo 149.1.7.º de la Constitución)⁵² a la Comunidad Autónoma. Ahora bien, al hilo de las normas laborales pueden desarrollarse una serie de competencias conexas al concepto estricto de competencia laboral, que permitiría el desarrollo legislativo en esta materia, lo que, a su vez, posibilitaría la competencia de la Comunidad Autónoma para regular la especialidad procesal que ello pudiera conllevar, siempre y cuando se regule una doble instancia en este ámbito, que configure a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia como un órgano de casación.

La cuestión planteada es plenamente predicable, y con mayor motivo, de la jurisdicción contencioso-administrativa donde sí es ineludible una segunda instancia, tal y como están las competencias actuales en la materia, de modo que se creen los Juzgados de lo contencioso y una segunda instancia colegiada, tal vez en el ámbito de la Audiencia provincial, para permitir que la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia pueda funcionar como un órgano de casación, dentro del ámbito de lo que es especialidad procesal, y que se ha defendido en esta ponencia.

Ahora bien, el grave problema que se plantea es que dado el número de Tribunales Superiores de Justicia que hay en España, tantos como Comunidades Autónomas, se produciría el efecto de dictarse sentencias contradictorias en asuntos iguales o similares, lo que generaría una grave inseguridad jurídica, y que impone la necesidad de configurar, en este ámbito el Tribunal Supremo como un órgano de supercasación.

La conclusión a todas estas cuestiones aquí planteadas es que ello es factible técnicamente con la oportuna modificación de las normas procesales y de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero la solución descansa en intereses exclusivamente políticos ya que todo ello redundaría en la configuración del propio Estado.

(52) Art.º 149.1.7.º de la Constitución.

«El Estado tiene competencia exclusiva sobre...: 7.º.— legislación laboral; sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas».

Intervención de D. José Luis PUEYO MOY
(Coponente)

LA CASACION FORAL

Sirvan mis primeras palabras en recuerdo y agradecimiento a una persona hoy ausente, D. Felipe García Arto, que ha sido compañero en este foro durante tantos años y que, en mi persona, ha dejado un hueco muy difícil de llenar

Escribe Joaquín Costa en su obra «LA LIBERTAD CIVIL Y EL CONGRESO DE JURISCONSULTOS ARAGONESES»⁵³, que las cosas de Aragón venían estando injustamente relegadas a perdurable olvido: «Los que hemos estudiado en la Universidad Central recordamos —y creo que otro tanto les pasará a los alumnos de las demás Universidades Españolas, incluso la de Zaragoza— que en la Cátedra de Historia de España no figuraba Aragón sino, a lo más, por vía de apéndice a cada uno de los períodos y épocas de la Historia de Castilla, pomposamente decorada con el nombre de Historia de España; que en la Cátedra de Derecho civil se pasaban en silencio las instituciones aragonesas, como si tales instituciones no existieran o fuesen cosa baladí; que en la cátedra de derecho político, ni por casualidad siquiera se nombraba una sola vez la Constitución aragonesa, encerrándose el profesor en los estrechos límites de la historia de León y Castilla; que en la Cátedra de derecho procesal, al recordar los precedentes de cada institución, de cada magistratura, de cada procedimiento, se hacía absoluto omiso de los procesos forales, tan superiores, por regla general a los de Castilla; ...»

Decía Joaquín Costa⁵⁴ que España no es una unidad homogénea ni menos abstracta, sino diferenciada en miembros que son unidades vivas a su vez, señalando como aptitudes del pueblo aragonés las jurídicas, y como facultades de éste el culto a la justicia, el recto sentido de la realidad, la tenacidad en los propósitos, la prudencia y el arte en el obrar y el tacto de vida; definiendo a Aragón no por la guerra sino por el derecho.

Por ello choca sobremanera que el mismo pueblo aragonés, esta vez a través de sus representantes, haya suprimido una institución tal como el recurso de casación cuya doctrina, en materia foral, hubiera sentado jurisprudencia, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que por su carácter de inmediatez (cerca a los problemas cotidianos del pueblo aragonés), hubiera entendido, cuando no potenciado, estas aptitudes jurídicas que ya señalaba Costa en 1880.

Y no por que nuestra actual Compilación de Derecho Civil de Aragón, de 1967, reformada en 1985 y 1995, carezca de instituciones propias, de especialidades procesales que requieran nuestra atención.

Así pues, al hilo de nuestra vigente Compilación de Derecho Civil, se puede establecer, que para acudir al recurso de casación, en materia foral, existen multitud de figuras que con la actual regulación de la L.E.C., incluso con el proyecto existente, quedarían fuera de cualquier interpretación y no podría establecerse una doctrina casacional coherente con el actual sistema.

En primer lugar, tal y como hoy se encuentra regulada esta institución procesal, nuestra Constitución en su art. 123, erige al Tribunal Supremo *con jurisdicción en toda*

(53) Joaquín Costa, «La Libertad Civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses», pág. 59

(54) op cit. Pagina 63

España, como órgano superior en todos los órdenes, salvedad hecha en garantías constitucionales.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia, culmina la organización judicial en el ámbito de la Comunidad Autónoma, estableciendo igualmente que *las sucesivas instancias procesales se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia.* (art. 152,1).

Recordemos que es aceptado unánimemente por la Doctrina que la Casación no es una instancia.

En similares términos, se manifiesta la Ley Orgánica del Poder Judicial, en sus arts. 70, 71 y 73 y con igual finalidad la Ley de Demarcación y Planta, en sus arts. 2,1 y 7.1.

Por lo tanto, tenemos un Tribunal Supremo con jurisdicción en todo el estado español y en cada comunidad autónoma un Tribunal Superior de Justicia ante el que se agotarán las sucesivas instancias procesales de aquellos órganos judiciales radicados en el territorio de la Comunidad Autónoma donde radique el que conozca en primera instancia.

Con tal distribución competencial por mor del territorio, mucho me temo que pueda escapar el conocimiento de los asuntos en materia civil foral y que bien pudiera crearse un caos jurisprudencial, al entender diferentes Tribunales, el Supremo y el Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma Aragonesa, con la consiguiente inseguridad jurídica que se le crearía al justiciable, ya que no es dable entrar en discusión sobre si es mayor o menor jurisprudencia la del Tribunal Supremo que la del Tribunal Superior de Justicia, ya que ambas, en vía casacional, tienen la misma validez.

Bien es cierto que, ello tendría una fácil solución jurídica, si bien políticamente entrañaría mayor dificultad llevarla a cabo. Podría parecer atrevida esta postura, pero si realmente existe una voluntad política y jurídica en recuperar las competencias casacionales del Tribunal Superior de Justicia, deberíamos ir más lejos que la vuelta a la situación anterior a la de la Reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón por la Ley Orgánica de 30 de diciembre de 1996, núm. 5/1996, esto es la recuperación del suprimido recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia en materia foral o especial, incluyendo en esta materia especial la administrativa dictada bien por las Cortes de Aragón, bien por el Gobierno Aragonés en el ejercicio de su potestad reglamentaria.

Urge, como señalaba, ir más lejos, una reforma profunda en nuestro sistema legislativo, comenzando por la reforma de nuestra Ley Suprema, la Constitución de 1978. Es preciso dar un giro competencial de ciento ochenta grados, y mudar la competencia territorial actualmente establecida, atribuyendo la competencia por razón de la materia, sólo de esta forma, la jurisprudencia que se cree a través del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, será única, y sentará jurisprudencia en el sentido por todos, conocido y querido.

La reforma constitucional, no cabe duda que desencadenará una serie sucesiva de reformas para que la competencia funcional, atribuida a través de nuestro sistema de recursos, se atribuya al Tribunal Superior de Justicia, y de la sucesiva serie de reformas habrá que dar nueva redacción a la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la Ley de Planta, y en su caso al Estatuto actual de Autonomía, si bien no precisaría este últi-

mo de reforma alguna, con la supresión en las normas citadas de la frase «que el Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución»⁵⁵.

Por su puesto, la frase citada también debería de desaparecer —y a tiempo estamos— del proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil⁵⁶, si bien es de destacar que el propio proyecto considera como susceptibles de recurso de casación todas las resoluciones de los tribunales civiles, y no sólo las sentencias, y parece ser excluye la casación «*per saltum*» o recurso de casación directo, actualmente regulado en el art. 1.688 de la L.E.C.

Con la modificación constitucional y normativa expuesta, en la práctica llegaría a evitarse que el recurso de casación en materia foral dejase de ser una figura jurídica de ornato para ser un auténtico instrumento jurídico al servicio del justiciable.

1. Especialidades procesales

A nivel práctico, resulta interesante viajar a través de nuestras instituciones o especialidades forales para entender y animar las reformas constitucionales y legislativas apuntadas, pues de lo contrario el recurso de casación foral, de recuperarse, no dejaría de ser un instrumento que, aunque esté ahí, no sirva para nada.

Existen multitud de situaciones, que de no hacerse efectiva la atribución de la competencia al Tribunal Superior de Justicia por razón de la materia, escaparían del conocimiento de éste.

Por fundamentos de política legislativa, el acceso a la casación está vedado, por razón de la cuantía, a aquellos litigantes cuya pretensión no sea superior a seis millones de pesetas⁵⁷, excepción hecha de aquellos litigios relativos a filiación, paternidad, maternidad, capacidad y estado civil de las personas, y los de cuantía inestimable o que no hubiera sido posible determinar conforme a las reglas del art. 489 de la L.E.C., con exclusión de las sentencias de primera instancia y apelación conformes de toda conformidad⁵⁸.

Entrando pues de lleno en la práctica judicial aragonesa, si no se elimina el requisito de la cuantía, nos preguntamos ¿cuántos recursos de casación se darán ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón?, posiblemente la respuesta sea «escasos», por la razón evidente de que una servidumbre de paso, o la discusión de una tutela dativa (designación de varios tutores por distintas personas⁵⁹), o la declaración judicial de ausencia y sus efectos⁶⁰, seguramente no entrarían en vía casacional por razón de la cuantía, si bien en mi opinión si *ad limine litis* se estableciese como de cuantía inestimable tendría acceso a la vía casacional, refiriéndome a éstas últimas.

Entramos pues en la delimitación de las llamadas especialidades procesales del

(55) Art. 73,1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece: «1.— La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia conocerá: a) Del Recurso de Casación que establezca la ley contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas del Derecho Civil, Foral o Especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución. b) Del recurso extraordinario de revisión que establezca la ley contra sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, si el correspondiente Estatuto de Autonomía ha previsto esta atribución. ...»

(56) Art. 484,2 del Proyecto de L.E.C.

(57) Art. 1.687,1,c) de la L.E.C.

(58) Art. 1.687,2,b)

(59) Art. 16,1 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón.

(60) Art. 7 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón.

derecho foral. Especialidad, en sentido etimológico, es la cualidad de lo singular o particular, de aquello que se diferencia de lo común, ordinario o general, la especialidad garantizará la aplicabilidad del derecho especial (foral) en un doble sentido: a) posibilitando su aplicación con la flexibilización de las rigideces procesales y b) garantizando su aplicación cuando fuese menester ante la indefinición que consagran el art. 1730⁶¹ de la vigente L.E.C. y art. 484, 3 del Borrador de la nueva Ley Procesal⁶².

En nuestra actual LEC., el art. 1730 remite el conocimiento del Recurso de Casación al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma cuando el mismo no se fundamente en una infracción constitucional y cuando se haya preparado ante el Tribunal Supremo y el Tribunal Superior de Justicia.

De no operar la atribución de la competencia por razón de la materia, pueden escapar multitud de recursos casacionales hacia el Tribunal Supremo que se vería colapsado con un mayor número de asuntos, y con una diversidad de jurisprudencia que en algunos casos podría llegar a ser incluso contradictoria con la de los Tribunales Superiores de Justicia.

Así, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, se vería privado de la creación de doctrina jurisprudencial en todos aquellos asuntos en los que la atribución de la competencia por razón del territorio se atribuya a Jueces de Primera Instancia ubicados fuera de nuestra Comunidad Autónoma.

2. Ejercicio de Acciones Personales

La competencia judicial se determinará, por lo general, en función del domicilio o residencia de los demandados, y cuando ésta o aquél estén fuera de Aragón, aún siendo aragoneses, del Recurso de Casación conocería el Tribunal Supremo; ocurre lo mismo cuando la competencia se atribuya por el lugar de celebración del contrato y este lo fue en comunidad autónoma distinta de la Aragonesa.

A modo de ejemplo, podríamos citar la anulación de contratos realizados por mayor de catorce años sin asistencia de sus padres, tutor o Junta de Parientes (el contrato no sería nulo aunque sí anulable), y entendería como Juez competente el del lugar de celebración del contrato, por lo que si éste se celebró fuera de Aragón, dejaría de entender el Tribunal Superior de Justicia de nuestra Comunidad Autónoma.

Algo similar ocurriría cuando se instase una autorización judicial para la aprobación de cuentas del menor de 21 años (art. 6 de la Compilación), pues de no establecerse que el lugar de presentación de las cuentas lo sea en Aragón, deberá ser Juez competente el del domicilio del menor de 21 años, o dueño de los bienes (art. 6 de la compilación en relación con el art. 63,2 de la LEC.), escapando el conocimiento del Recurso de Casación del T.S.J.A. cuando el menor esté domiciliado fuera de Aragón.

(61) Art. 1730 LEC. «Cuando el recurso de casación se fundamente en infracción de norma de Derecho Civil común y de Derecho civil foral o especial propio de la Comunidad, corresponderá entender de él a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma, excepto si se fundamenta en la infracción de un precepto constitucional, supuesto en que la competencia corresponderá a la Sala de lo civil del Tribunal Supremo.

Si se preparasen por la misma parte sendos recursos de casación contra una misma resolución para ante la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, y para ante la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia, se tendrá el primero de ellos por desistido en cuanto se justifique esta circunstancia, con los efectos prevenidos en el artículo 410, párrafo segundo».

(62) D. Mauricio Murillo García-Atance, en su trabajo presentado en las sesiones preliminares de preparación de la ponencia, siguiendo la definición del profesor Prieto Castro.

Si se ha de solicitar una Declaración Judicial de Ausencia (art. 7 y 8 de la Compilación), cuyo efecto inmediato sería la extinción del expectante derecho de viudedad, así como la atribución de la administración y disposición del patrimonio consorcial al cónyuge del ausente no separado legalmente, su heredero contractual (frente al hijo mayor de edad —art. 184, 2.º del C.C.—, su presunto heredero abintestato hasta el cuarto grado que discrecionalmente señale el Juez atendiendo a la porción hereditaria y proximidad de parentesco (frente al ascendiente más próximo de menor edad de una u otra línea —art. 184, 3.º del C.C.) o, en defecto de estos, a la persona que designe el Juez discrecionalmente de mayor edad, solvente, y de buenos antecedentes, atendidas también las relaciones de la misma con el ausente (frente a los hermanos mayores de edad con convivencia familiar con el ausente y con preferencia del de mayor edad), el Juez competente será el de la última residencia del ausente o en su caso el de su último domicilio, por lo que de residir fuera de Aragón y no tener domicilio fijo, escaparía del T.S.J.A. el conocimiento casacional de las cuestiones que pudieran suscitarse en materia de ausencia.

Similar a lo que ocurre cuando se pretende autorización judicial para realizar actos de disposición sobre inmuebles y establecimientos mercantiles por el cónyuge del ausente⁶³, o la designación judicial para la representación del ausente cuya competencia en primera instancia viene atribuida por la última residencia o último domicilio, encontrándonos con que la última residencia o domicilio estuvieren fuera de Aragón para que el conocimiento en primera instancia y por lo tanto, del recurso de casación conociere el Tribunal Supremo.

En cuanto a las relaciones familiares, ocurre lo mismo, la divergencia entre los padres en el deber de crianza (art. 9.2 de la compilación), la solicitud del menor para lograr la exoneración del de la autoridad familiar del cónyuge de su progenitor (Art. 9.3 de la Compilación), o la privación judicial de la autoridad familiar o de su ejercicio (art. 10.3 de la Compilación) se suscitarán ante el Juez que competente en razón del domicilio familiar.

La designación de tutor de entre los varios tutores por distintas personas (tutela dativa), (art. 16.1 de la Compilación y 63.17.ª regla de la LEC.), cuya atribución competencial se hará teniendo en cuenta el domicilio del progenitor que ocasione el nombramiento, el domicilio del menor o incapacitado o el del lugar donde tuviere inmuebles.

La acción para repartir proporcionalmente las deudas o cargas de la sucesión, o determinar estas para el ulterior reparto proporcional, (art. 134 de la Compilación), al ser acción personal dirigida contra los demás coherederos troncales, se interpondrá ante el Juez del lugar del cumplimiento de la obligación o el del domicilio de cualquiera de los demandados (art. 62.1.ª LEC).

Vemos pues, que cuando el conocimiento del Juez o Tribunal en primera instancia tenga atribuida su competencia en base al domicilio del demandado, y éste se encuentre fuera de Aragón, por aplicación de la competencia funcional en vía de recurso, el Tribunal Superior de Justicia no conocería de aquellos asuntos que en vía casacional le corresponderían por razón de las especialidades forales para terminar en el conocimiento del Tribunal Supremo.

(63) Art. 8 de la Compilación en relación con el art. 184 del C.C.

3. Ejercicio de Acciones Reales

La atribución de la competencia lo será por el lugar donde se hallen los bienes, y en su defecto por el domicilio del menor.

La disposición de Bienes del Menor de 14 años, necesitará autorización de la Junta de Parientes o del Juez de Primera Instancia (art. 13,2 de la Compilación y art. 63, regla 23.ª de la LEC.), siendo competentes el Juez del lugar donde se encuentren los bienes y/o del domicilio del menor. (Venta de bienes inmuebles o muebles sitios fuera de Aragón, por menor aragonés domiciliado fuera de Aragón, autorizada por la Junta de Parientes y cuya nulidad se instase). O la autorización judicial para rechazar atribuciones gratuitas del menor (art. 14,1.º de la Compilación).

En materia de servidumbres (art. 145 a 148 de la Compilación), en materia de retracto de abolorio o de la saca (art. 149 a 152 de la Compilación), el Juez competente será el del lugar donde se encuentre la cosa litigiosa, normalmente tal competencia será de un Juez con jurisdicción en nuestra Comunidad Autónoma, y salvo lo que más adelante se dirá (infracción de precepto constitucional) se asegurará el conocimiento en casación del Tribunal Superior de Justicia.

La acción para obtener la declaración de que determinados bienes tiene el carácter de troncales o troncales de abolorio, (art. 132 y 133 de la Compilación) se seguirá ante el Juzgado de Primera Instancia de lugar donde radiquen los bienes.

4. Ejercicio de Acciones Mixtas

De la determinación del Juez competente dependerá el conocimiento en casación, será Juez competente en primera instancia el del lugar donde se hallen las cosas o el del domicilio del demandado a elección del demandante (art. 62,4.ª), remitiéndome a lo anteriormente expuesto.

5. Referencia a los Problemas que pueden crearse con la vecindad civil

Tal y como está hoy concebida la pérdida de la vecindad civil por el transcurso de diez años sin manifestación para su conservación ante el Registro Civil, podemos encontrarnos con situaciones en las que curiosamente podría abstenerse de conocer el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, por entenderse que la competencia en recurso de casación corresponda al Tribunal Supremo.

Veamos un gráfico ejemplo, un aragonés/a que no ha perdido su vecindad civil, casado/a y con hijos mayores de catorce años y menores de dieciocho, con bienes en nuestra Comunidad Autónoma y en la de su domicilio y residencia, fuera de Aragón donde le sobreviene la muerte sin testar. Por aplicación del art. 127 y 128 de la Compilación se aplicarán los arts. 931 a 934 del Código Civil. Las consecuencias son las siguientes: la obtención de la cualidad de herederos mediante acta de notoriedad lo será ante Notario hábil para actual en el lugar en que el causante hubiere tenido su domicilio en España (art. 979 de la LEC.), con declaración a favor del cónyuge viudo del derecho de usufructo sobre los bienes afectos, cónyuge que además sea heredero fiduciario, y que renuncia parcialmente al usufructo sobre un bien determinado y concreto —una vivienda—, en documento público, que entrega a favor de uno de los señalados para heredar.

El ejemplo expuesto fue resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona, y al

margen de que entendiera la existencia de fraude de ley por señalar que la renuncia lo fue para que el fideicomisario ejercitara la acción de desahucio por necesidad, en cuanto al derecho foral aragonés, entendió que el Usufructo al ser universal, no particular, la renuncia sólo podía realizarse a la totalidad del derecho y no a la particularidad de cada bien⁶⁴. Lo curioso es que apoya su fundamentación en el núm. 1 del art. 86 de la Compilación y en una Sentencia del 24 de Marzo de 1.930, pero con total olvido de lo dispuesto en el art. 74,1.º de la Compilación que permite la renuncia total o parcial del derecho de viudedad en documento público.

En derecho matrimonial podrían suscitarse problemas interesantes relacionados con la vecindad la vecindad civil. Supongamos un aragonés-a casado-a con castellana-o, que conserva su vecindad civil, contraen matrimonio fuera en Aragón, pero con anterioridad eran residentes en Cataluña. Los efectos del matrimonio serán conforme a la Ley Catalana (art. 9,2 del Código Civil), la sucesión se regirá por la Ley personal del causante (la aragonesa y castellana si no han perdido la vecindad, o la de la que ostenten en el momento del fallecimiento). Pues bien, como quiera que el fallecimiento se puede producir en el lugar de la residencia (Cataluña), cualquier efecto de la sucesión del cónyuge aragonés se regirá por la Compilación de Derecho Civil de Aragón, atribuyendo al cónyuge viudo el Usufructo viudal universal de sus bienes, y podría ser interesante la solución que se daría en la atribución de la legítima (supuesta la existencia de testamento) si alguno o algunos de los descendientes no se conformasen con la distribución de la legítima material colectiva⁶⁵.

Estos supuestos, escaparían del conocimiento del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, cuando las acciones que se ejerciten atribuyan la competencia al Juez de Primera Instancia del domicilio de los demandados.

6. La infracción de precepto constitucional al fundamentar el recurso de casación

Tan sólo podrá conocer de aquellas pretensiones, cuya competencia en primera instancia venga atribuida por el lugar donde se encuentren los bienes, y sitios estos en Aragón, la única fórmula para sustraer el recurso de casación del conocimiento que corresponda al Tribunal Superior de Justicia de Aragón, sería mediante la alusión en el escrito de interposición y preparación del recurso de una infracción constitucional. Ante ello, sólo cabe como solución, regular el examen previo a la admisión a la existencia real de la pretendida infracción de precepto constitucional, sin entrar en el conocimiento de los motivos del recurso que no se fundamenten en la misma.

La infracción de precepto constitucional tampoco ha de ser motivo de peso para desviar al Tribunal Supremo el conocimiento de materias con claro contenido foral.

La LEC. no concreta si la infracción de precepto constitucional lo ha de ser de cualquiera de ellos, o tan sólo de aquellos que pudieran causar indefensión o desigualdad, dicho de otro modo de aquellos preceptos que constituyan derechos fundamentales de la persona, puesto que la infracción de los mismos, se puede hacer aún cuando no pueda interponerse recurso de casación —léase por razón de la cuantía—, a través del Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional.

(64) Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 24/03/94, publicada por la Revista General de Derecho, Ref. 94/10.022, Ponente D. Adolfo Fernández Oubiña, Fundamento de Derecho Cuarto.

(65) Art. 119 de la Compilación: «Dos terceras partes del caudal fijado conforme a lo dispuesto en el art. 818 del Código Civil, deben recaer forzosamente en descendientes y solamente en ellos. Esta legítima colectiva puede distribuirse al causante, igual o desigualmente, entre todos o varios descendientes, o bien atribuirle a uno sólo con las modalidades establecidas en este capítulo.»

Si la referencia a la infracción de precepto constitucional se entiende como a cualquier precepto, y así debe entenderse, no cabe duda alguna que por exclusión serán aquellos que puedan referirse o remitirse al derecho civil, foral, administrativo, procesal, mercantil o penal, con exclusión de cualquier precepto que no vaya dirigido a estas relaciones interpersonales, por referirse, por ejemplo a las fuerzas armadas, o al Tribunal Constitucional, o al Tribunal de Cuentas... por citar algunos ejemplos.

Como quiera que el recurso de casación habrá de fundarse en alguno o algunos de los motivos que señala el art. 1692 de la LEC⁶⁶, bastará añadir al motivo concreto en que se fundamente el recurso la infracción del art. 14 o el art. 24 de la Constitución para que deje de entender el Tribunal Superior de Justicia a favor del Tribunal Supremo, pues como señalaba Bonet⁶⁷ la casación sobre materia foral queda vedada ante el Tribunal Superior de Justicia cuando se fundamenta el recurso en una norma civil foral y en un precepto constitucional. A modo de ejemplo, si no interesa el conocimiento del Tribunal Superior de Justicia en un concreto asunto, bastará que al tiempo de fundamentar un pretendido defecto o exceso de jurisdicción se aduzca la infracción del art. 24 amparando una supuesta falta de tutela judicial efectiva; que al fundamentar la incompetencia o inadecuación del procedimiento, se articule igualmente el quebrantamiento del derecho al conocimiento de la litis por el juez predeeterminado por la Ley, o que se haya causado indefensión.

Si centramos la cuestión, cualquier infracción de precepto constitucional, de los comprendidos en los arts. 14 al 29 de la Constitución, tendría un mismo final: El Tribunal Constitucional, haya o no posibilidad de recurrir en casación.

Por otra parte, si la infracción lo es de cualquier otro precepto (todos aquellos que no puedan ser objeto de amparo ante el Tribunal Constitucional, por ejemplo el derecho a la herencia o a la propiedad del art. 33 de la Constitución), la solución podría una de las siguientes, o bien atribuir el conocimiento con carácter previo a la infracción del precepto de la norma superior al Tribunal Supremo para que examine la invocada infracción, y adoptar como suya la Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia en materia foral, y resolver el recurso; o atribuir el conocimiento al Tribunal Superior de Justicia, y de existir interpretaciones del precepto constitucional contradictorias, articular como cauce un recurso similar al recurso de unificación de doctrina.

En cualquier caso, deberá haber auténtica voluntad política para lograr en primer lugar *la recuperación del Recurso de Casación en Aragón a favor del Tribunal Superior de Justicia de nuestra Comunidad Autónoma*, y en segundo lugar *facilitar la creación de Jurisprudencia, evitando las barreras económicas (cuantía) y jurídicas para hacer efectivo su ejercicio*, mediante atribución del conocimiento por razón de la materia, y restricción al acceso vía infracción de precepto constitucional como medio para evitar que el conocimiento de estos recursos en materia foral escapen al Tribunal Supremo.

Para terminar, no puedo sino evocar el PRIVILEGIO GENERAL DE ARAGON, dado por Pedro I en Zaragoza en 1.283, y del que, a pesar del transcurso de los si-

66(36) Art. 1692 ... 1.º Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la Jurisdicción. 2.º Incompetencia o inadecuación del procedimiento. 3.º Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte. 4.º Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.»

(67) ANGEL BONET NAVARRO, «La Casación en materia foral», Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón, núm. 118, Julio 1990, pág. 46.

glos, no ha perdido su actualidad; es la petición que al Rey le hicieron los Nobles, Ciudadanos, Caballeros e Infanzones del Reino de Aragón, Valencia, Ribagorza y el de Teruel y sus Aldeas: «... a nos suplicaron humildemente y señalaron con ruegos y quejas que ni vos, ni nuestros jueces y oficiales, respetábamos los Fueros, usos, costumbres, libertades ni privilegios de Aragón, por lo que suplicaron que nos dignáramos confirmar y respetar Nos y todos los nuestros a perpetuidad dichos Fueros, usos, libertades y costumbres de Aragón... por ello solicitaron con humildad y de forma apremiante que nos dignáramos devolverles aquello de lo que se les había privado y otorgáramos todos y cada uno de los derechos y cosas que acostumbraron a tener...»⁶⁸. Petición que, con igual humildad, reproduzco hoy a nuestras instituciones.

(68) FUEROS, OBSERVANCIAS Y ACTOS DE CORTE DEL REINO DE ARAGON. Edición facsimilar de la de Pascual Savall y Dronca y Santiago Penén y Debesa. Realizada con ocasión del IV centenario de la ejecución de D. Juan de Lanuza, Justicia de Aragón, en 1591. Volumen III, página 60.

COLOQUIO

Moderador: D. José Ramón SAN ROMÁN MORENO
Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

Después de la brillante y completa exposición de la ponencia que ha hecho el profesor Bonet Navarro, enriquecida con las aportaciones de los coponentes, se abre un coloquio respecto a estos temas que se han planteado, rogando a las personas que intervengan que faciliten sus nombres y apellidos, que se identifiquen al principio de su intervención.

Se abre el coloquio.

Vicente García-Rodeja, Magistrado

Es evidente que estoy de acuerdo con el 99'99% de lo que se dijo hoy por los ponentes, de manera documentada y de manera completa.

Voy a hacer simplemente una pregunta y una observación que supone una pregunta.

Cuando se habla de la casación, pensando que la volviéramos a tener, de los derechos civil y especial, yo opino —opino y no lo afirmo de manera rotunda— que ese Derecho Civil, esa competencia casacional no se extiende solamente a los derechos forales, por llamar de alguna manera los derechos históricos.

Creo que la casación, en contra de muchos que creen lo contrario, la primera vez que dije yo esto, alguien se escandalizó, creo que se extendería a todo el Derecho Civil que, a partir de la creación de órganos legislativos en las Comunidades Autónomas, emanen de estas Comunidades. Yo lo firmo pero admito cualquier rapapolvo por parte de la organización.

Y después hay otro problema, el problema de las tres soluciones que se pueden dar ante la postura del Supremo ante la casación. Todos decimos que tenemos que estar supeditados al Supremo; todos decimos que tenemos que estar supeditados al órgano jerárquicamente superior en la jurisdicción. Pero no estamos ante una cuestión de competencia, estamos ante una cuestión de jurisdicciones (competencia funcional).

Actualmente sí, no actualmente, cuando había casación regional bien, el Supremo llegaba y decía: no, ésta que me mandaron a mí es para ti. Nosotros hemos mandado alguna. Esta que nos presentaron a nosotros es para el Supremo. Sí, los dos órganos tienen jurisdicción para la casación y se distribuyen los asuntos por razones de competencia, tema de la procedencia del juzgado...

Pero el decir que un órgano que no tiene jurisdicción, si dice el Supremo que tiene jurisdicción, no lo puede decir con aire imperativo. Es una opinión del Supremo pero cada órgano judicial tiene que apreciar su propia jurisdicción, sin vinculación a la jurisprudencia, solamente con vinculación a la ley. Así lo entiendo yo.

Y entonces téngase en cuenta otra cosa, que si el Supremo dice que no es competente no puede, por tanto, mandar los autos al Tribunal Superior, tendrá que mandar los autos a la Audiencia o al Juzgado de donde procede para que hagan un auto de admisión distinto y de un emplazamiento de las partes distinto ante otro órgano, y tendrá que poner la sentencia de cuando no se es competente, no se tiene jurisdicción. Acuda usted al tribunal que sea competente y no podrá decir cuál, porque si lo

dice está pasando, y además estará perturbando la jurisdicción o la falta de jurisdicción de otro juzgado.

El Supremo dice: vaya usted ante quien pueda recurrir en casación, pero que lo busque la parte, no sé si lo encontrará.

Mauricio Murillo. Coponente

Completamente de acuerdo con lo que dice Vicente en el primer caso.

La segunda cuestión es un tema muy interesante porque hablamos de que los dos órganos son supremos. Evidentemente, quien tiene que decirle a quien, es competencia de jurisdicciones.

Cuando se preparó la ponencia, yo planteé una tesis que era que el propio juzgado o en el trámite de preparación del recurso, aunque no haya fundamentación y Angel Bonet ha hecho referencia a eso, si se previera, se podría evitar y diría: no, esto es competencia de tal. Porque quien ha juzgado ya sabe de qué va.

Pero bueno, esto me parece que la Ley de Enjuiciamiento no lo prevé así como así, pero tampoco está previendo todas estas circunstancias. Habría que integrar la norma por esa vía, porque es un tema que sería un buen foro de discusión.

Vicente García-Rodeja, Magistrado

En cuanto a la primera solución de que el órgano ante que se pone la casación debe de calificar, eso es mi opinión también, que lo he dicho en alguna conferencia o en alguna charla interna dentro del órgano judicial. Creo que la parte recurrente debe decir: recorro ante quien recorro. Y si no dice ante quien recorre en casación, debe de ser el órgano que admite a trámite la casación, la Audiencia o el Juzgado, el que incluso puede decirles a las partes: ¿qué casación vas a plantear? Si el propio juez no la puede determinar, al desconocer la naturaleza de la discrepancia con la sentencia. El que recorre sabe perfectamente de que están discrepando, al que se le recorre, no sabe por qué. Pero entonces eso yo lo mantengo.

Ahora, lo que dices que nos encontramos ante dos órganos supremos, no. Aragón Tribunal Superior.

La sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia es una sala que puede resolver del órgano civil y de responsabilidad de los jueces y fiscales.

SE BAJA EL VOLUMEN DE LA GRABACION.

Pero los Tribunales Superiores, perdonen que hable del tema. Los Tribunales Superiores no son tribunales superiores de acuerdo con todos esos principios que se han leído aquí. En lo administrativo no agotan las instancias, son órganos incluso de instancia. En el órgano civil el Tribunal Superior no es de casación pero no agota instancia civil; las instancias civiles de las Comunidades las agotan las Audiencias.

Por lo tanto debería de haber una sala de lo Civil y después, posiblemente, la Sala Civil y Penal con otras competencias superiores a una sala civil. Y los Tribunales Superiores de Justicia son una cosa que se inventó que no se supo darle contenido. Llevan la duplicación en lo social. Llevan una media casación en la ley nueva de lo contencioso. En este momento son órganos de instancia.

En la sala Civil y Penal llevaban la casación y no agotaban la instancia. Y en lo Penal pues le van a dar la apelación de los jurados, que ya es dudoso que quepa la

apelación en los jurados y es más dudoso que los jurados tengan apelación y no tengan apelación las sentencias de las Audiencias.

Entonces, los Tribunales Superiores no son un ejemplo de cumplimiento de la Constitución. No son un ejemplo de una buena organización judicial y cuando no son ejemplos, no hay ideas, ni hay unificación, claridad de cual es la mente del legislador, la mente del legislador es totalmente confusa y analfabeta procesalmente.

Juan Francisco Herrero. Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza.

Comparto el criterio de la mesa en el sentido de que no hay casación aragonesa. Pero me gustaría volver sobre los argumentos que se han dado para abundar en alguno de ellos, para matizar algún otro y, en todo caso, para someterlos al parecer de los ponentes.

Efectivamente, el profesor LÓPEZ RAMÓN, cuando comenta el alcance del artículo 73.1 a) de la LOPJ, aduce que contiene dos presupuestos alternativos. A mi juicio, son tres los presupuestos, no dos: uno, el subjetivo, es decir, el órgano que dicta la resolución que se recurre; otro, el objetivo, es decir, la norma que se considera infringida; y, finalmente, el normativo, es decir, la previsión estatutaria. LÓPEZ RAMÓN se refiere a estos dos últimos. Llevada su argumentación hasta el extremo, la formulación alternativa conduciría a la total indeterminación de la competencia funcional: bastaría la previsión estatutaria para atribuir el recurso de casación al Tribunal Superior de Justicia aunque el órgano cuya resolución es impugnada no estuviera radicado en la Comunidad Autónoma o aunque la norma cuya infracción se invoca no fuera Derecho Civil propio de la Comunidad. No parece ser ésta la consecuencia deseada por quien así argumenta.

En mi opinión, los presupuestos son enunciados de forma acumulativa: así lo evidencia el uso de la conjunción copulativa «y» que, según creo, no ofrece lugar a dudas; además, el artículo 73.1.a) emplea el término «cuando» y ese «cuando» tiene un sentido condicional, sentido que queda reforzado si se observa lo dispuesto por el artículo 73.1.b) que se refiere al denominado recurso de revisión.

El profesor LÓPEZ RAMÓN sostiene que de seguir esta interpretación, podría entenderse que la atribución cuya previsión se exige al Estatuto es la competencia que tiene la Comunidad Autónoma para legislar en materia de Derecho Civil, según el artículo 35.1.4.ª del Estatuto. Ocurre, sin embargo, que la atribución a que se refiere el artículo 73.1.a) de la LOPJ no es ésta; su antecedente lógico es el recurso de casación, ya que el artículo 73 está estableciendo precisamente qué atribuciones tiene el Tribunal Superior de Justicia.

El segundo argumento que ofrece LÓPEZ RAMÓN se basa en que en el trámite parlamentario desaparece el término «exclusivamente» y se introduce el inciso «y cuando el correspondiente estatuto haya previsto esta atribución». Ese «exclusivamente» se pierde —si mal no recuerdo, por una enmienda presentada en el Senado— porque se aduce que no tiene que ser «exclusivamente», sino «principalmente» y se está pensando, en todo caso, en que sea una ley posterior la que aclare qué ocurrirá cuando haya invocación de infracción conjunta del Derecho llamado común y del Derecho llamado foral.

El argumento de mayor peso que aporta LÓPEZ RAMÓN estriba en entender que propugnar una reforma del Estatuto de Autonomía, para acomodarlo a la dicción del artículo 73 de la LOPJ, implica dar por buena una reserva de Estatuto establecida en la LOPJ, subordinando de modo improcedente aquél a ésta. A mi parecer, las cosas no son exactamente así. Ciertamente, hay una reserva normativa, pero ésta es la que efectúa la Constitución —en particular, el artículo 152.1.II— en favor de la LOPJ,

no de los Estatutos; si se tiene en cuenta esto último, se comprenderá que no se trata de un problema de jerarquía normativa, sino del ámbito material propio de cada norma. Lo que sucede es que el Estatuto de Autonomía aborda una materia cuya regulación corresponde a la ley estatal, pero esto no quiere decir que la excluya. Tal fenómeno se explica porque el *iter* cronológico de la producción legislativa ha invertido el *iter* lógico previsto en la Constitución: según ordena nuestra Carta Magna, lo dispuesto en los Estatutos a este respecto, debía hacerse *de conformidad* con lo previsto en la LOPJ. Como de todos es conocido, la aprobación de los Estatutos se adelantó a la de la Ley Orgánica del Poder Judicial anticipando algunos contenidos que corresponden a ésta. Para evitar contradicciones, la LOPJ acomodó sus preceptos a lo ya legislado por los Estatutos, sin que por ello deba concluirse que condiciona o invade un marco ajeno.

Por último, e incidiendo en algo que ya han señalado los ponentes, estimo que el artículo 152 de la Constitución no ofrece base suficiente para sostener la atribución de la casación al Tribunal Superior de Justicia. Dicho precepto hace referencia al agotamiento de las instancias procesales en órganos radicados en la Comunidad Autónoma. Ni la casación es una instancia ni la última instancia de un proceso se ha de sustanciar necesariamente ante el Tribunal Superior de Justicia. La previsión constitucional resolvía un problema distinto: que la segunda instancia no se atribuyera a un órgano sito en una Comunidad distinta de aquélla en que radicaba el órgano que conoció de la primera, es decir, afectaba a aquellas Audiencias Territoriales cuyo ámbito se extendía más allá de los límites geográficos de la Comunidad Autónoma en la que tenían su sede, lo que, indudablemente, no era el caso de Aragón.

Nada más y muchas gracias.

Pedro López Abecia. Abogado

Soy uno de los abogados recurrentes, cuyo asunto está ahora en la Sala Primera del Tribunal Supremo y que con fecha 29 de octubre de 1997, pues va a resolver la cuestión, pásese las actuaciones al magistrado ponente, a fin de que resuelva lo que estime conveniente. Así lo hice.

Coincido plenamente con —como no podía ser de otra forma— la tesis de la ponencia, y es evidente que no tenemos casación foral aragonesa. Desapareció. Pero Don Vicente García Rodeja ha apuntado una cuestión que a mí me preocupa para el supuesto que se plantee colisión, para mí no de competencias, sino de jurisdicciones. Y creo que los ponentes deberían analizar esta cuestión, porque me parece básicamente sustancial. Es decir, si el Tribunal Supremo devuelve el conocimiento, ¿me lo va a devolver a Juzgado de Primera Instancia donde se planteó el recurso de casación *per saltum*? O, ¿se va a devolver con remisión a la sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia? Primero, ¿la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia no es tan soberana como el Tribunal Supremo para decidir sus propias funciones? Estamos en una cuestión de jurisdicción plena, no de competencia. Ésta es una cuestión que me gustaría que la ponencia contestara.

Mauricio Murillo. Coponente

Ésta es una cuestión que reconozco que no he profundizado en ella. Simplemente entiendo que si el Tribunal Supremo no va a conocer, tendrá que hacerlo el Tribunal Superior de Justicia. No me he metido en más elucubraciones, eso es verdad; ahí no he profundizado. Pero el planteamiento es serio, porque el tribunal si no se ha planteado ante él, tendrá que remitirse al Juzgado de Primera Instancia, o ante la Audiencia Provincial, en el caso cuando se plantea en Audiencias Provinciales...

Entonces el tribunal, la Audiencia en este caso o el Juzgado de Primera Instancia tendrían que decir si es competente, el Tribunal Superior de Justicia.

Si el Tribunal Superior de Justicia dice que no es competente, entonces ¿qué hacemos? Habría que recurrir al tema de las competencias para resolver la cuestión. Entraríamos en un callejón sin salida. Eso sí que es cierto.

Hay otro tema, que por mor de abreviar, yo he obviado y lo voy a decir ahora, y es que, independientemente, supongamos que el Tribunal Superior de Justicia conoce de esa casación. Y si la tesis que se mantiene desde aquí, y creo que es una tesis de carácter general, es la correcta, ¿qué ocurre si se plantea un recurso de amparo? El 24.2 lo estamos infringiendo. El Tribunal Superior de Justicia no es el juez predeeterminado por la ley. Por lo tanto, estamos al albur de que el Constitucional diga cualquier cosa. A lo mejor nos dice qué instancia procesal es la casación, que no debería decirlo porque está el Tribunal Supremo, y en sentencia, no en auto, ¡cuidado!

Evidentemente, el planteamiento es importante y por eso decía que son dos órganos supremos. No lo he estudiado y entono el *mea culpa* pero, evidentemente, debería ser ante el Juzgado y remitir. Yo pediría a los magistrados del Tribunal que resuelvan. Que se trata de aceptar la competencia y no perder la casación, pero forzando al legislador. A lo mejor, denegándola, forzamos al legislador a realizarlo. De manera que hay que plantearse muy seriamente y con mucho cuidado también.

Vicente García Rodeja. Magistrado

En este tema, quiero decir que el Tribunal se ha pronunciado sin plantear cuestión al Tribunal Supremo porque ante la revisión planteada, no dijo: remítase esta revisión al Tribunal Supremo. Dice: archívese estas actuaciones y ejercite su derecho a quien corresponda. Y se entiende que es el Tribunal Supremo.

Estábamos ante una falta de jurisdicción por parte de nuestro tribunal para conocer de la revisión. Y como no teníamos jurisdicción, no podíamos inhibirnos en favor de nadie, tuvimos que archivar éste, porque no podíamos entrar en el fondo. Archívese y ejercítese a quien corresponda.

Carlos de Francia. Abogado

Para el profesor abogado, o abogado profesor, Angel Bonet.

Después de su exposición yo tengo la sensación que el problema no es únicamente que tengamos o no tengamos casación, porque seguramente la podremos recuperar por uno de los mecanismos que ha sugerido uno de los ponentes, sino que es absolutamente necesario una regulación *ex novo* en la casación si no queremos tener algo que no sirve casi para nada.

Y algunos problemas ya apuntó en Jaca el profesor, y yo también, modestamente, hice una comunicación al respecto de los numerosos defectos, de los inconvenientes que había para la unificación de doctrina de las dos sentencias que podían ser distintas, la del Supremo y la del Tribunal Superior respecto al mismo asunto. De aquellas cuestiones que por mor de la competencia o de la jurisdicción, yo creo que de la competencia, estaban examinadas en primera y en segunda instancia por órganos distintos que no pertenecían a la comunidad y que iban al Supremo y no podían pasar a ser conocidas aunque el contenido fuera casacional, o sea, fuera foral por la comunidad Autónoma de Aragón, etc., etc.

Porque, claro, el compañero José Luis Pueyo ha hecho, ha expresado uno de sus

deseos de que quizás podría modificarse la competencia en los juzgados y tribunales, que no deberían conocer aquellos asuntos que no les pertenecieran, que tenían un contenido foral distinto a la comunidad donde estaba realizado y ha hablado de una serie de cosas que, efectivamente, ya se dijeron en aquel entonces.

En aquel entonces el Profesor Bonet y yo mismo apuntábamos pues la reforma de las leyes en lo necesario para que, efectivamente, no conocieran de cuestiones de Derecho Civil de Aragón los Juzgados y Tribunales de las demás regiones españolas de tal manera que, aunque en principio se planteara ante éstos la pretensión, hubiera una especie de renuncia y remisión al Tribunal Superior de Justicia de aquella Comunidad Autónoma cuyo Derecho Foral hubiera de aplicarse con objeto de unificar de verdad la doctrina.

Todas las demás cuestiones veo que están intactas. Esa posibilidad de que la casación comience si hay un motivo de carácter constitucional, yendo al Supremo y luego regrese otra vez al Tribunal Superior de Justicia para que siga conociendo del mismo recurso, pero ya por motivos propios.

En fin, acerca de estas cuestiones yo pregunto al profesor, si a lo largo de estos años, desde 1990 en que hablábamos de ellas hasta ahora, se ha podido ver, se ha notado en la jurisprudencia, en la doctrina, o en la praxis diaria, alguna forma de corregir esta desastrosa regulación de la casación.

La casación, la que teníamos y la que podemos volver a tener, sin una nueva regulación seguirá siendo un desastre exactamente igual.

Ángel Bonet Navarro. Ponente

Sin que mi compañero Carlos de Francia lo tome a descortesía, antes de responder a la cuestión que plantea quería hacer uso de la palabra para enlazar con alguno de los temas que se han tratado anteriormente. Seguidamente contestaré a lo que pregunta.

A veces se tiene —por pura reminiscencia histórica— un concepto patrimonial de la jurisdicción. A mí siempre me ha sorprendido cuando, en un Juzgado, se ha planteado alguna actuación después de haberse admitido un recurso de apelación, que el juez diga que no resuelve porque ha perdido la jurisdicción. Y para eso cita el artículo 389 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual dispone que, admitido el recurso de apelación quedará, mientras tanto se sustancia y hasta que recaiga el fallo del Tribunal Superior, en suspenso la jurisdicción del juez para seguir conociendo de los autos principales y de las incidencias. Los jueces no pierden la jurisdicción nunca. Aquí se encierra la necesidad de una reflexión sobre una pura cuestión de conceptos. Servirá para centrar la cuestión abordada anteriormente sobre en qué situación se halla el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, si se considera que, al suprimirse el contenido del artículo 29 del Estatuto de Autonomía, actualmente aquél no puede conocer del recurso de casación. ¿Le falta jurisdicción o le falta simplemente competencia?

Decía antes que el art. 389 nos introduce en un pasado histórico que precisa una breve explicación aclaratoria. Cuando se tenía la idea de que la jurisdicción correspondía al rey o al Tribunal superior o supremo, los demás tribunales inferiores conocían de los asuntos por delegación de aquél y, entonces, cuando un juez inferior estaba conociendo de un asunto, en cualquier momento éste podía ser privado de la jurisdicción que estaba delegada por parte del superior, o bien por la avocación, que

genera la llamada del asunto desde el superior, o bien en virtud de una *apellatio*, la apelación formulada por uno de los litigantes.

Cuando se interponía el recurso de apelación —o se producía la avocación *a fortiori*— no se producía otro efecto que devolver la jurisdicción al Tribunal superior, y por eso a los recursos que son conocidos por un órgano superior del que ha dictado la resolución impugnada, se llaman recursos devolutivos. Entonces la jurisdicción del tribunal inferior quedaba en suspenso; vamos a decirlo con las palabras del art. 389 de la Ley de enjuiciamiento civil: había perdido, en cierta manera, la jurisdicción. Esto es historia. La Constitución plantea la jurisdicción de otra manera. Ahora sólo nos queda el calificativo —«devolutivo»— para designar a estos recursos. Pero nadie pierde su jurisdicción. Por tanto no es correcto decir que el Tribunal Superior de Justicia ha perdido su jurisdicción, sino que, en todo caso, habrá perdido la competencia funcional para conocer del recurso de casación.

Por otra parte, me decía Carlos de Francia: ¿ha ocurrido algo en la casación durante estos años?

He puesto dos ejemplos referidos a sentencias dictadas por el Tribunal Supremo; podía haber añadido más; y en la ponencia que verán ustedes por escrito, se alumbra algún atisbo de lo que ha ocurrido a lo largo de todos estos años. Porque yo he estado hablando de la casación foral y de su repercusión en la formación de la denominada doctrina legal. Indudablemente tengo que referirme a la casación foral aragonesa por lo que atañe a la formación de la jurisprudencia aragonesa, pero el fenómeno no ha sido distinto respecto de otras casaciones forales. La variedad de fuentes jurisprudenciales está asegurada. El desbarajuste interpretativo también.

Nada más.

José Ramón San Román. Moderador

¿Alguna otra intervención?

Jesús Solchaga. Abogado del Estado

Si me permite, formularé dos consideraciones sobre cuestiones diferentes. Además de felicitar, para empezar, a los ponentes, por sus brillantes intervenciones.

En primer lugar, quiero romper una lanza por la tesis de, al menos, no dar el asunto por resuelto en cuanto a la no existencia de competencia del Tribunal Superior para resolver casaciones forales. Lamento que no esté aquí, creo que no está, el Profesor López Ramón, pero me parece que sus argumentos, sus cinco argumentos, en primer lugar no están rebatidos absolutamente. Y en segundo lugar, en mi modesta opinión, se podrían evocar otros argumentos.

De lo primero, yo creo que la interpretación gramatical, para empezar, digo, a título de ejemplo, me parece a mí...

SE BAJA EL VOLUMEN DE LA GRABACION.

En el sentido de que, bueno, el artículo 73.1a de la Ley Orgánica del Poder Judicial habla del supuesto, siempre que el recurso se funde en infracción de normas de Derecho Civil Foral, y cuando el correspondiente estatuto.

La idea de que el *cuando* es condicional, yo respeto totalmente, me parece que efectivamente es condicional, pero condicional como supuesto diferente después de la coma.

La interpretación gramatical en sí mismo no me parece absurdo tal como lo defiende el Profesor Ramón.

¿A qué supuestos se puede referir cuando el Estatuto diga y no sea materia foral si no existe?

Bueno, los propios ponentes y los intervinientes están advirtiendo la posibilidad de que, por ejemplo, una legislación de menores fuese susceptible, en cuanto norma de la Comunidad aragonesa, de sus Cortes, de recurso de casación. Un Estatuto podría decirlo.

Pero es que, además, hay que tener en cuenta, y recojo la idea que parece brillante del Profesor Herrero, que efectivamente no siempre coincide el orden lógico y el cronológico, y cuando se aprueba el 1 de julio de 1985 la Ley Orgánica del Poder Judicial, hay 17 Estatutos aprobados y no todos recogen la referencia en los mismos términos. Incluso me atrevería a decir, aunque de memoria no puedo, que posiblemente la referencia aragonesa era de las más explícitas y faltaba en algunos de los ordenamientos comunitarios autonómicos, que tienen Derecho Civil Foral y que tienen, dan por supuesto, competencia en sus Tribunales Superiores.

Yo creo que esa perspectiva podría dar juego, como la podría dar la referencia, —es el argumento del fiscal— a la interpretación del estatuto que prevea la competencia no de una forma literal nominalista, de reconocer la competencia del Tribunal Superior Sala Civil y Penal, para conocer de un recurso de casación o remisión en materia de Derecho Foral, sino porque hubiera una interpretación posible de primera instancia, o del término, parece que apunta por ahí el Ministerio Fiscal, de su propio alegato que desconozco, salvo lo que he oído esta tarde, el desarrollo del derecho en cuanto a través de la jurisprudencia integradora, en un sentido amplio, se podría decir que se desarrolla el Derecho Foral por su propio tribunal.

En definitiva, yo rogaría únicamente que no se diese el tema por resuelto.

Pero además quiero hacer otra consideración. Hay un tema expuesto por el profesor Bonet que quizá ha tenido, en fin, el acierto para mí, de centrarse en la problemática fundamental de la casación foral en cuanto acaba concluyendo que puede haber dos casaciones y sinceramente me ha impresionado la exposición porque no es sólo muy brillante, sino que acaba sugiriendo una situación que realmente es alarmante, y yo en ese sentido me sumo a su opinión. Yo ahí me atrevería a sugerir que, en parte, puede depender de la iniciativa de los propios abogados que actúan en los tribunales de la Comunidad Autónoma Aragonesa, partiendo de que se recupere, o se restablezca, o se acabe reconociendo como... para que se centrase y fuese la competencia máxima, minimizando la del Tribunal Supremo en estas materias. De un lado porque, tal como está hoy, se podía modificar, la competencia, se... por la articulación de los motivos, dado el carácter extraordinario del recurso de casación. De modo que hasta que... los motivos, es muy difícil, estoy totalmente de acuerdo con el ponente, sobre que en la mera preparación se pueda saber cuál es el órgano competente.

Pero de otra parte, ...puede determinar si el artículo 128 de la Compilación se remite, el ejemplo del Profesor Bonet, al 31 de la Compilación, lo mismo el 1.255... el abogado podrá elegir el precepto... infringido... del recurso... para que, en principio, está atribuida la competencia.

SE VA MUCHO EL VOLUMEN Y SE PIERDE TEXTO.

Y eso lo veo claro, que habrá de estarse, no a los motivos articulados, sino a los motivos admitidos, es decir, yo entiendo, y es un poco también una cuestión que planteo, que si un abogado para atribuir la competencia, en todo caso, del Tribunal Superior de Justicia y ponga la... de cualquier precepto del tribunal... de la Constitución, aunque no... de los derechos fundamentales del..., habrá que esperar a ver qué decide el Tribunal Supremo, porque la admisión no sólo es o no es de recurso en todo, sino de cada uno de los...

De tal modo que si el Tribunal Supremo no admite el motivo de infracción de norma constitucional, probablemente si hay infracción de otros motivos denunciados de Derecho Foral Aragonés, debería abstenerse y remitir las actuaciones al órgano *ad quo* para que resuelva en consecuencia. De tal forma que... la iniciativa del abogado, evidentemente tiene un límite. Muchas gracias.

Ángel Bonet. Ponente

Estoy totalmente de acuerdo; la iniciativa del abogado tiene límites, pero me parece que la última palabra la tiene el Tribunal de casación, que como muy bien decía Jesús Solchaga, es el que va a admitir o inadmitir los motivos y en especial ese motivo en concreto que puede distorsionar el funcionamiento de la casación foral. Lo que me parece que debe de vigilarse —por eso remito a la idea expuesta antes— es la inoportunidad que, por la razón que sea, lleve al abogado a elegir, quizá, el motivo de casación más idóneo para prolongar más el pleito, importándole muy poco que el precepto que se considere infringido sea el precepto de Derecho Civil Foral y para eso se valga de citar un precepto de Derecho Civil Común. Si la simple razón de citar este precepto ya va a desarrollar o a desencadenar todo el movimiento de una casación ante el Tribunal Supremo, me parece que tenemos una pobre casación. O, por lo menos, un pobre resorte para defender la jurisprudencia aragonesa. Y esto es lo que hay que corregir. Estoy de acuerdo absolutamente con Jesús Solchaga. ¿Los medios para remediar esto? ¿Cuáles son los medios? Por supuesto, he de aceptar los que ha dicho él por delante. Añado los que, limitadamente, he expuesto yo; y los que —si discurriéramos un poco a lo largo de algún tiempo sobre esto, y les invito a que discurren sobre ello—, nos puedan venir a la mente, para poder conseguir tener lo que nos importa.

Javier Clemente. Abogado

Yo también querría que conociera el Tribunal Superior de Justicia de Aragón de los recursos de casación civiles. El informe del ilustrísimo señor Fiscal del Tribunal Supremo me parece, con argumentos muy débiles como ha dicho el señor ponente.

Con independencia de lo que dice este señor, que no he oído su nombre, como consecuencia de que estoy un poco sordo y no funcionan muy bien los altavoces, que me parece que es magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, yo entiendo que el artículo, claro, es el artículo 1.686 que es posterior, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es posterior a la Ley Orgánica del Poder Judicial y anterior a la modificación del Estatuto. Yo entiendo que lo que tenía que salir de la ponencia era instar a los políticos aragoneses a que, en contra de lo que hicieran en su momento, que es cuando sabían que el artículo 1.686 exigía para que el Tribunal Superior de Justicia de Aragón pudiera conocer del recurso de casación civil vuelvan nuevamente a introducir la competencia porque voluntariamente derogaron ese artículo, cosa que, como aragonés, creo que no entiendo.

Entonces considero que lo que hay que hacer es instar a las instancias políticas

para que, por el procedimiento de modificación de las leyes, modifiquen el estatuto de Aragón en lo que sea necesario, porque yo no veo argumento ninguno de peso, y pienso que si fuera miembro del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, continuaría pensando lo mismo, para el recurso de casación civil, dado el texto del artículo que he citado. Nada más.

Mauricio Murillo. Coponente

Al hilo de lo que está diciendo este señor, la impresión es que el legislador en este caso, ha acogido el concepto de instancias procesales, las sucesivas instancias procesales sobre la base de que el Tribunal Supremo sólo ve casaciones.

En el 99% ve casaciones pero, evidentemente, no es un órgano exclusivamente casacional.

Entonces, ante ese tema, hay cierta costumbre o cierta tendencia a hablar siempre de la instancia casacional. Por ejemplo cuando planteaba este trabajo, yo hablaba de la instancia casacional. Pero esto no se puede plantear. Hemos hablado de competencia casacional. Por eso subrayamos o entre comillamos la palabra instancia, porque evidentemente, procesalmente hablando, instancia no es casación. Y por aquí va el tema. Por eso cuando el Estatuto anterior hablaba de instancias y grados, ahí es donde estaba distinguiendo realmente, porque la palabra grado no es una palabra procesal. Instancia, sí. Pero bueno, esperemos que se pueda solucionar.

José Luis Pueyo Moy. Coponente

Bueno, al hilo de lo que se ha comentado sobre la infracción de precepto constitucional, también me gustaría además de lo que ha dicho el señor Solchaga, añadir que, en mi opinión, ello no es una razón de peso, no sé si lo he dicho o no lo he dicho cuando he expuesto en la ponencia, no es una razón de peso por dos motivos.

En primer lugar, por razón de la cuantía, se infrinja precepto constitucional o no, no llegan ni al Tribunal Superior de Justicia, ni al Tribunal Supremo los recursos en casación.

Y en segundo lugar, en última instancia, si la infracción del precepto constitucional se refiriese a infracción o a alegación de los artículos 14 al 29 de la Constitución española, siempre quedaría la vía del Tribunal Constitucional. Quedaría el vacío de aquellos artículos no comprendidos dentro del recurso de amparo.

Por lo tanto, cabrían las dos posibilidades. Dos posibilidades desde mi punto de vista. Una primera sería, en trámite de admisión, examinar si se infringe o no se infringe el precepto constitucional, y si no se infringe, remitir directamente al Tribunal Superior de Justicia, en el caso de que tuviese asumida esta competencia casacional. Y en segundo lugar, articularlos a través de un recurso extraordinario de revisión siempre y cuando se suprimiese esta frase de infracción de precepto constitucional y hacerlo mediante un cauce similar al recurso de unificación de doctrina.

Pedro López Abecia. Abogado

Yo solamente quiero apuntar dos cuestiones. El escrito del Ministerio Fiscal es la primera vez que he visto yo que el digno representante, aragonés por cierto, del Ministerio Público subrayara, hablase en términos de mayúscula y que diga: es que no sabemos porqué se ha derogado el motivo. Y dice: la cosa se complica. Y se vuelve a complicar. Es decir, habrá que agradecer al digno representante del Ministerio Público el esfuerzo, por qué no decirlo, político, no de estricta aplicación de principio de

legalidad, pero habrá que agradecerse porque, de alguna forma, el recurso de casación vuelva de donde nunca debió salir.

Se ha empezado con la ponencia del Profesor Bonet y los tres coponentes han hablado en términos de voluntad política. Bueno, aquí estaremos horas y horas y horas y no hay un argumento serio de un dislate, de una deficiente técnica legislativa. No va por la cuestión de instancias, va por una cuestión, o un manifiesto olvido, o una decisión voluntaria y querida.

No podemos atribuir que sea una torpeza semejante. Llamemos las cosas por su nombre, llamemos las cosas por su nombre desde el punto de vista político. Es decir, ¿queremos tener derecho aragonés, queremos tener que la última instancia se enjuicie en Aragón? ¿Si o no? Esa es la cuestión. Y apuntaba Mauricio Murillo, apuntaba, hay que forzar al legislador. ¿Cómo? Ya no podemos forzar más desde los foros periodísticos, desde este foro. ¿Dónde vamos a poder forzar más?

Hay que pedir las cosas por su nombre y decir: señores, se han equivocado, rectifiquen de una vez porque, desde luego, y así lo dije yo ante el Tribunal Supremo, a la Sala Primera, el justiciable no tiene esta culpa de aguantar. Calculen ustedes ahora, calculen ustedes, para un tema de preterición foral aragonesa, que llevamos año y medio. Claro, es que esto es un desastre. Esto es un desastre. Esto no es administrar justicia. Y esto hay que llamar a las cosas por su nombre. Y si no, que se vaya...

Mauricio Murillo. Coponente

Hay una fórmula que es la que apuntaba Vicente García Rodeja: genérese una indefensión, obligando al legislador a que vuelva a regular el tema. Es una fórmula expresa, tácita, indirecta y directa. Y que se vuelva a regular este tema, porque no puedes dejar a alguien sin una instancia, entre comillas, como es la casación. Estamos completamente de acuerdo. Nosotros somos más optimistas en la apreciación. Optimistas en el sentido, vamos a decir, que se ha olvidado el legislador prever la casación foral.

José Ramón San Román. Moderador

Si no hay ninguna observación o cuestión que plantear, si les parece, damos por terminado el coloquio que ha sido muy interesante. Gracias.