

LA CASACIÓN FORAL ARAGONESA

ÁNGEL BONET NAVARRO
(Director)

LA CASACIÓN FORAL ARAGONESA

Ángel Bonet Navarro
Francisco Javier Fernández Urzainqui
Juan Francisco Herrero Perezagua
Julio Javier Muerza Esparza
María Ángeles Parra Lucán
María del Carmen Samanes Ara
Fernando Zubiri de Salinas



EL JUSTICIA DE ARAGÓN

La dirección y elaboración científica de esta obra han sido desarrolladas en el ámbito del proyecto de investigación DER 2010-17538 Plan Nacional de I+D+I, del Ministerio de Ciencia e Innovación, cuyo investigador principal es Ángel Bonet Navarro.

Primera edición, 2011

© Copyright by
EL JUSTICIA DE ARAGÓN

I.S.B.N.: 978-84-92606-19-1

D.L.: Z. 1152-11

Imprime: COMETA, S.A.
Ctra. Castellón, km. 3,400
50013 Zaragoza

ÍNDICE

PRÓLOGO	13
ABREVIATURAS.....	23
I. LA SELECCIÓN DE ASUNTOS: UNA LABOR CONFIGURADORA DE LA CASACIÓN FORAL ARAGONESA, <i>Ángel Bonet Navarro</i>	25
1. INTRODUCCIÓN.....	27
2. EL PUNTO DE PARTIDA	31
2.1. Los tribunales superiores ocupan una cúspide	31
2.2. La función casacional de los tribunales superiores españoles...	36
2.3. El acceso limitado a los tribunales superiores	41
3. EL INSTRUMENTO MODELADOR DE LA FUNCIÓN CASACIONAL.....	42
3.1. La selección de asuntos	42
3.2. Los tipos de selección según los fines de la casación.....	45
A) La función disciplinaria y sus tipos.....	45
B) La función reguladora y sus tipos.....	48
4. LA SELECCIÓN DE LOS ASUNTOS EN LA CASACIÓN FORAL ARAGONESA.....	50
4.1. Consideración general.....	50
A) Menor número de asuntos.....	52
B) Mayor número de asuntos	53
4.2. Los criterios para la selección de asuntos.....	59

ÍNDICE

4.3. Las falsas especialidades en la selección de asuntos para el acceso a la casación foral	64
A) ¿Un intento de rehabilitación de la competencia perdida?	64
B) ¿Resoluciones o sentencias recurribles?	68
4.4. Los especiales «intereses casacionales»	71
4.5. El verdadero y único criterio «especial» de selección: la cuantía ...	76
A) La reducción de la <i>summa casationis</i>	76
B) La cuantía no excluye el acceso por existencia del interés casacional	80
4.6. El efecto configurador de estos criterios de selección de asuntos ...	81
A) La disminución de la cuantía: ¿Un riesgo remoto?	81
4.7. La incidencia de los «especiales» intereses casacionales	89
A) La doctrina opuesta o inexistente	90
B) El efímero plazo de cinco años.....	92
5. CONCLUSIÓN	93
II. EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN, <i>Fernando Zubiri de Salinas</i>	97
1. EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN.....	99
1.1. Previsión constitucional de los Tribunales Superiores de Justicia...	100
1.2. Creación orgánica de los Tribunales Superiores de Justicia	104
1.3. Mención estatutaria del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ..	105
1.4. La primera reforma estatutaria aragonesa. Problemas sobre la identidad competencial del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.....	105
1.5. El Estatuto de Autonomía de Aragón y la Ley sobre Casación Foral aragonesa.....	111
2. COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN.....	118
2.1. Las Salas	118
2.2. Los magistrados de la Sala de lo Civil: provisión de plazas	120
2.3. La especialización.....	121
3. LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL.....	126
3.1. Competencia en materia civil.....	127
3.2. Especial referencia a la competencia casacional.....	133
III. LA CASACIÓN FORAL ARAGONESA, <i>María del Carmen Samanes Ara</i>	137
1. LA CASACIÓN FORAL ARAGONESA.....	139
1.1. La finalidad del recurso de casación en España.....	139
1.2. La introducción de la casación foral en la LEC/1881	142
1.3. La casación en la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil	143
1.4. La Ley sobre la casación foral aragonesa	146

ÍNDICE

A) Título competencial de la Comunidad Autónoma de Aragón para legislar en materia procesal.....	146
B) El fundamento de la promulgación de la Ley. Causas	148
2. PRESUPUESTOS DE LA COMPETENCIA FUNCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN	151
2.1. Previsión del Estatuto de Autonomía	151
2.2. Sede de las Audiencias Provinciales en territorio aragonés	164
2.3. Fundamento del motivo	165
3. PROCEDIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN ARAGONÉS	159
3.1. Resoluciones recurribles	159
3.2. Gravamen.....	164
4. LA ACUMULACIÓN DE MOTIVOS DE RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.....	165
IV. LOS MOTIVOS DE APERTURA DEL RECURSO DE CASACIÓN, <i>Julio Javier Muerza Esparza.....</i>	171
1. INTRODUCCIÓN	173
2. LA «CUANTÍA DEL ASUNTO» COMO CRITERIO DE LA SELECCIÓN DE LAS SENTENCIAS EN EL RECURSO DE CASACIÓN COMÚN....	178
3. EL CRITERIO DE LA CUANTÍA EN LA CASACIÓN FORAL ARAGONESA.....	181
3.1. Cuantía concreta	182
3.2. Cuantía indeterminada	189
4. EL INTERÉS CASACIONAL	193
4.1. Los supuestos de la LEC.....	194
4.2. Los supuestos de la Ley 4/2005, de 14 de junio.....	200
5. CONCLUSIÓN	208
V. EL MOTIVO DE IMPUGNACIÓN EN EL RECURSO DE CASACIÓN FORAL ARAGONESA, <i>Juan Francisco Herrero Perezagua.....</i>	211
1. EL PORQUÉ DEL MOTIVO.....	213
2. EL FUNDAMENTO DEL MOTIVO: LA INFRACCIÓN DE NORMA CIVIL ARAGONESA.....	218
2.1. La infracción	218
2.2. La naturaleza civil de la norma infringida.....	225
2.3. La integración de la norma infringida en el Derecho Civil de Aragón.....	230
A) Derecho recibido y Derecho supletorio.....	230
B) La determinación final de la norma infringida	235
3. LA PLURALIDAD DE PRETENSIONES IMPUGNATORIAS	238
3.1. La pluralidad de pretensiones impugnatorias en un mismo recurso.....	238
3.2. Pluralidad de pretensiones impugnatorias formuladas en recursos distintos	243

ÍNDICE

4. LA TRASCENDENCIA DE LA FORMULACIÓN DEL MOTIVO	244
4.1. En la determinación de la competencia.....	244
4.2. El interés casacional en relación con el motivo de infracción de norma foral.....	251
VI. LA JURISPRUDENCIA FORAL, María Ángeles Parra Lucán.....	257
1. LA FUNCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA.....	259
1.1. La jurisprudencia	259
1.2. La jurisprudencia foral.....	262
2. LA JURISPRUDENCIA EN EL RECURSO DE CASACIÓN	271
2.1. De motivo de casación a motivo de apertura del recurso	271
2.2. La jurisprudencia relevante para la apertura del recurso. Especial referencia a la doctrina del Tribunal Supremo.....	275
3. LA FINALIDAD DE LA CASACIÓN EN RELACIÓN CON LA JURISPRUDENCIA	284
4. LOS TEMAS DE LA JURISPRUDENCIA FORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA.....	289
4.1. Qué es jurisprudencia	289
4.2. Jurisprudencia foral y aplicabilidad del Derecho aragonés	294
4.3. Jurisprudencia interpretativa y jurisprudencia creadora en la labor del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.....	300
A) Jurisprudencia interpretativa	302
B) Jurisprudencia «creadora».....	312
5. EFICIENCIA DE LA JURISPRUDENCIA FORAL.....	324
5.1. La eficiencia de la jurisprudencia	324
5.2. La jurisprudencia foral en la experiencia legislativa posterior de la Comunidad Autónoma	342
5.3. «La eficacia ejemplar de la doctrina con autoridad jurídica» en las resoluciones de las instancias aragonesas posteriores.....	345
VII. LA CASACIÓN FORAL EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL GENERAL Y EN LA AUTONÓMICA. ANÁLISIS COMPARATIVO, Francisco Javier Fernández Urzainqui.....	351
1. LA CASACIÓN FORAL BAJO LA VIGENCIA DE LA LEC DE 1881.....	353
1.1. La creación de los Tribunales Superiores de Justicia y la atribución de competencia casacional civil	353
1.2. La sujeción de la casación regional a las normas procesales de la general	359
1.3. Las iniciativas legislativas autonómicas en la regulación procesal de la casación foral.....	362
2. LA CASACIÓN GENERAL Y FORAL EN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.....	365
2.1. El acceso a la casación en el anteproyecto y el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil	366

ÍNDICE

2.2. El acceso a la casación general y foral en el articulado definitivo de la Ley.....	367
2.3. El favorecimiento de la casación y de la jurisprudencia foral.....	369
2.4. La interpretación de los requisitos de acceso a la casación general por el Tribunal Supremo	370
2.5. La interpretación de los requisitos de acceso a la casación foral por los Tribunales Superiores de Justicia.....	373
3. LA CASACIÓN FORAL EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL AUTÓNOMICA.....	382
3.1. La declaración de competencia funcional del Tribunal Superior de Justicia.....	387
3.2. La eliminación o reducción de la cuantía habilitante del acceso a la casación.....	390
3.3. La posible invocación de la cuantía o del interés casacional en toda clase de procesos	395
3.4. La doctrina jurisprudencial y jurisprudencia acreditativas del interés casacional del recurso.....	401
A) La doctrina jurisprudencial objeto de contraste	401
B) La jurisprudencia contradictoria de Audiencias.....	407
3.5. La inexistencia de doctrina jurisprudencial y su relación con la vigencia de las normas	410
A) La referencia indistinta de la doctrina al Tribunal Superior de Justicia o al Tribunal Supremo.....	412
B) La referencia jurisprudencial a normas de vigencia no superior a cinco años	413
3.6. La infracción de costumbre notoria en la casación foral gallega	415
4. LA OPCIÓN POR LA REGULACIÓN GENERAL DE LA CASACIÓN	418

PRÓLOGO

El recurso de casación es una consecuencia de la revolución francesa y tiene un marcado carácter político, ya que trató de evitar la arbitrariedad de los jueces al aplicar la Ley y la búsqueda de algo que entonces sólo intuían y que, a mi juicio, tiene una importancia muy grande: fomentar la seguridad jurídica. Es muy oportuna la cita de Montesquieu cuando dijo que si los tribunales no deben de ser fijos, sí que tienen que serlo las sentencias, que deben de corresponder al texto de la Ley.

Fue visto en sus inicios con recelo. Joaquín Costa no admitió más que la doble instancia. Consideró que todos los recursos deben de acabar dentro del territorio. Niega la existencia del recurso de casación y del mismo Tribunal Supremo. Propone que la suprema inspección y el gobierno de los tribunales corresponda al Justicia Mayor, con jurisdicción propia distinta e independiente de la del Gobierno. Había una doble razón: abogaba por la proximidad de los jueces y consideraba que la existencia del recurso por infracción de doctrina convertía a los jueces en legisladores.

Recuérdese la frase, conocida por todos los opositores, de D. José Castán Tobeñas que decía que los foralistas se quejaban, a principios del siglo XX, de que en el Tribunal Supremo había

una malquerencia encubierta contra las legislaciones forales, que hacía que fuera considerada ilegal la remisión en capitulaciones matrimoniales a un régimen foral completo. No está claro si era verdad o si era debido a que el Derecho Foral era un gran desconocido, por la dificultad que entonces tenía conocer los fueros, observancias y costumbres de los antiguos reinos, o a que en pleno proceso codificador no estaba bien visto la aplicación de fuentes distintas al Código Civil, que entonces era lo que se consideraba moderno.

Debido a ello ha sido una vieja aspiración de los territorios forales el tener un Tribunal propio. En un principio era para paliar esa interpretación restrictiva. Durante la Segunda Republica se pretendió que la casación fuera una manifestación de cierta descentralización, regionalismo o nacionalismo. Pocos saben que en el llamado Proyecto de Autonomía de los Notables de junio de 1936, realizado entre otros por de Gregorio Rocasolano, Palá Mediano, Domingo Miral, Jiménez Soler, se atribuyó esa función al Justicia de Aragón, que así volvió a recuperar sus funciones jurisdiccionales.

Se decía en su art. 29: *La Sala de Justicia, constituida por el Justicia y sus Magistrados, tendrá las siguientes atribuciones:*

- 1ª *Conocerá de los recursos de casación por infracción de ley en materia de derecho civil aragonés.*
- 2ª *Conocerá en última instancia de los recursos sobre calificación de los documentos de los Registradores de la Propiedad y contra negativa de los notarios a la autorización de escrituras, cuando se trate de Registros y Notarías del territorio y de la aplicación de preceptos de la legislación aragonesa.*
- 3ª *Resolverá en determinaciones razonadas, que tendrán fuerza de ley, las consultas que en materia de Derecho Civil aragonés formulen los jueces y Tribunales y las corporaciones de Letrados de Aragón.*

De nuevo en la Constitución de 1978 y en algunos Estatutos se reconocieron competencias legislativas a las Comunidades

que tenían vigente Derecho civil propio y que una Sala del Tribunal Superior conociera de un recurso de casación, limitado al Derecho Civil propio.

El art. 152.1 segundo párrafo CE, en el ámbito de las Comunidades Autónomas, prevé la existencia de Tribunales Superiores de Justicia que *“culminarán la organización judicial en el ámbito territorial”* de cada una de ellas. El mismo precepto establece que las sucesivas instancias procesales se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que se encuentre el órgano competente en primera instancia. Todo ello sin perjuicio de la competencia del Tribunal Supremo.

El art. 152 CE, en cuanto a la competencia en materia civil de los Tribunales Superiores de Justicia, se completa con lo dispuesto en el art. 73.1.a) Ley Orgánica del Poder Judicial que atribuye a los TSJ competencia funcional para conocer de los denominados *“recursos de casación foral”*, esto es, de los que se dirigen 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.

Esta competencia ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en su sentencia 47/2004, de 25 de marzo, sobre la Ley gallega 11/1993, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial, debiéndose considerar esta competencia de las Comunidades Autónomas acorde con la Constitución en tanto en cuanto ésta se vincule a la *“conservación”, “modificación”* y *“desarrollo”* del derecho propio, sin por ello infringir la competencia exclusiva del Estado sobre legislación procesal prevista en el art. 149.1.6ª CE.

Al hilo de la sentencia 47/2005, de 25 de marzo, el legislador gallego dictó la Ley 5/2005, de 25 de abril, reguladora del recurso de casación en materia de derecho civil de Galicia, en

desarrollo de las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma en los arts. 22 y 27.5 Estatuto de Autonomía de Galicia. Esta Ley, que deroga la precedente Ley 11/1993, consta de 2 artículos, 1 Disposición Transitoria, 1 Disposición Derogatoria y 1 Disposición Final. La especialidad autonómica gallega en esta materia se observa en que la Ley 5/2005, de una parte, procede a concretar qué se considera motivo casacional como presupuesto de recurribilidad, haciéndolo en los siguientes términos: *“el error de la prueba que demuestre desconocimiento por parte del juzgador de hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre”*, y, de otra parte, procede a eliminar cualquier limitación por causa de la cuantía del asunto para acceder a la casación

En el caso del legislador catalán, se encuentra en tramitación el *“Proyecto de Ley reguladora del recurso de casación en materia de derecho civil en Cataluña”*. Este consta de 5 artículos y 3 Disposiciones Finales, apareciendo como resoluciones recurribles ante el TSJC las dictadas por las AAPP en procesos que tengan por objeto acciones y pretensiones regidas por el ordenamiento civil catalán. Debe fundarse, exclusivamente o junto con otros motivos, en la infracción de normas del ordenamiento civil catalán. Y como requisitos de acceso, se establece que han de tratarse de asuntos de cuantía superior a 120.000 euros, o, con independencia de la cuantía, de asuntos en los que la resolución recurrida contradiga jurisprudencia reiterada del TSJ, no dejada sin efecto, o no exista tal jurisprudencia, sin que, en este último caso, el tiempo de vigencia de la norma alegada impida el acceso a la casación.

Durante esa etapa los Tribunales Superiores de Justicia han estado infrautilizados. Unos mas que otros, porque hay una apreciable diferencia entre el número de asuntos que han conocido.

Pero la responsabilidad de adoptar una postura más o menos rígida o flexible no sólo es de los Tribunales. Antes que ellos es de los abogados que plantean los recursos de casación. Si no se fundamenta, aunque sea parcialmente, en Derecho civil propio, el Tribunal tiene muy difícil conocer en casación de un asunto.

Conviene tener en cuenta que el Tribunal Supremo nunca ha reclamado la competencia a un Tribunal Superior, siempre ha hecho una interpretación posibilista. Esta postura es la acertada, como es justo reconocer que en este momento hay una mayor sensibilidad en todos los Tribunales Superiores.

A mi juicio hay que procurar una interpretación, que sin traspasar la Ley, permita la utilización del Derecho aragonés. Si es dudosa la exigencia o no de un requisito para poder aplicar una institución aragonesa, por ejemplo: requerir un aval para poder plantear un retracto, si la Ley aragonesa no lo impone expresamente y queremos facilitar la aplicación del Derecho aragonés, no lo debemos exigir, utilizando la analogía con otros retractos que pueden tener una finalidad económica en lugar de familiar propia del derecho aragonés. Y lo mismo puede decirse sobre los requisitos de otros actos o instituciones. Insisto que es solo para los casos de duda, no estoy propugnando ahora una jurisprudencia creativa ni contraria a la Ley.

Una precisión, sea cual fuere la competencia que a los Tribunales Superiores se les reconozca para conocer los recursos de casación es fundamental fijar quien ha de resolver los conflictos competenciales. Hoy en día el que determina la competencia es el Tribunal Supremo. Una cosa es poder conocer por razón de la materia de un recurso de casación y otra fijar la competencia casacional. La sentencia del Tribunal Supremo a propósito de la omisión del recurso de casación en el Estatuto de Aragón es clara en este sentido. Creo que tendrá que seguir siendo un único Tribunal. Y desde luego no es cuestión que, en principio, deba de resolver el Tribunal Constitucional.

No es lo más importante del recurso de casación su condición de terminación definitiva del proceso. De hecho son más los procesos que no tienen acceso a ella y cuya última decisión corresponde a tribunales de segundo grado jurisdiccional. Lo que verdaderamente la distingue de las instancias judiciales es su función nomofiláctica; en otras palabras, la unificación de la interpretación de las leyes en aras de la certidumbre y la seguridad

jurídica. Hay que reconocer el paso adelante que ha supuesto la reforma de la Ley procesal del año 2000, al permitirle al Tribunal Supremo entrar a conocer cuestiones o puntos sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

Por eso lo que más admiro de un Magistrado que resuelve este tipo de recursos es el esfuerzo que tiene que hacer y la dificultad que debe de suponer pronunciarse sobre un caso concreto, teniendo a la vista que la doctrina fijada puede ser aplicada en otros supuestos diferentes, pero no distintos; o dicho de otra forma lo más complicado es tratar de prever todas las consecuencias jurídicas de un pronunciamiento, creando una doctrina que sea generalizable. Hace falta tener un conocimiento muy amplio del Derecho.

No soy partidario de la limitación drástica por razón de la cuantía o de la materia, porque entre otras cosas quedarían fuera de este recurso gran número de asuntos que por razón de la materia nunca pueden dar lugar a una cuantía importante. Ahora bien, tampoco puede ser libre el acceso. Por eso me parece un acierto del Gobierno y de las Cortes de Aragón la ampliación competencial realizada por la Ley de Casación Foral Aragonesa de 14 de junio del 2005.

El artículo 2 establece:

Serán recurribles las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales:

- 1. Cuando la cuantía del asunto exceda de tres mil euros o sea imposible calcular ni siquiera de modo relativo.*
- 2. En los demás casos, cuando la resolución del recurso presente interés casacional. El interés casacional podrá invocarse aunque la determinación del procedimiento se hubiera hecho en razón de la cuantía.*

Artículo 3. El interés casacional

Se considerará que un recurso presenta interés casacional en los siguientes casos:

1. *Cuando la sentencia recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Aragón o del Tribunal Supremo, dictada en aplicación de las normas del Derecho civil aragonés, o no exista dicha doctrina en relación con las normas aplicables.*
2. *Cuando la sentencia recurrida resuelva puntos u cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.*
3. *Cuando la sentencia recurrida aplique normas de Derecho civil aragonés que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que no exista doctrina jurisprudencial relativa a normas anteriores de igual o similar sentido.*
4. *Decretará la vigencia de costumbres generales, comarcales y locales en materia de Derecho civil reduciéndolas a escrito en Observancias que tendrán fuerza de ley.*
5. *Resolverá los conflictos de competencia y jurisdicción entre las autoridades judiciales de la Región Aragonesa.*

Cuando se reconoció esta competencia en los Estatutos de Autonomía su trascendencia era muy limitada porque se referían sólo al Derecho Civil, y dentro de él fundamentalmente al Derecho de familia y sucesiones, para nada al Derecho público.

Hace algún tiempo se pretendió iniciar una segunda oleada de reformas legislativas, en la que es indudable que tienen más peso las razones políticas. Dicho de otra forma no se plantea una cuestión procesal, también es constitucional. Hay que tener en cuenta que una posible ampliación afectará no sólo a las relaciones entre particulares, Derecho civil, sino también las relaciones comerciales y las del Derecho público; al poder económico y al poder político. La cuestión tiene algunos aspectos que someramente paso a analizar.

La ampliación competencial de los Tribunales Superiores de Justicia afecta al papel unificador de la casación. Positivamente, en el sentido de que si prosperan las reformas apuntadas, las

Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia van a tener la competencia exclusiva para conocer de todo el Derecho propio, aunque la sentencia recurrida se haya dictado por un Tribunal perteneciente a otra Comunidad Autónoma. Si se produce, desde este momento el Tribunal Supremo dejará de conocer de los recursos fundados en infracción de las normas propias de las Comunidades autónomas. Con ello se evitan posibles contradicciones, porque hoy puede haber sobre la misma materia dos interpretaciones distintas.

Sin embargo, como en este recurso se conoce también de cuestiones colaterales, se incrementará el riesgo de discrepancias doctrinales entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia. Si la ampliación se extiende a más materias, la diversidad de criterios se acentuará y algunos ven el riesgo del principio de igualdad de derechos ante la Ley. Ofrece dudas el papel corrector que pueda jugar el recurso que se pueda interponer en interés de la Ley.

La proximidad en la elección y trabajo de los Jueces tiene indudables ventajas: porque satisface la aspiración a un mayor autogobierno, conocen mejor la realidad social en la que aplican el derecho, existe una mayor autoexigencia, y un mayor control social difuso. Pero es también cierto que, los Magistrados pueden incluso, sin darse cuenta, ser más fácilmente influenciables por su entorno. Sin embargo, soy de los que siempre ha creído que ni hay Ley ni sistema que pueda garantizar ni afectar a la independencia de un Juez, porque es una cuestión de conciencia y la lleva en su interior cada uno.

Creo que si se quiere modificar el ámbito territorial de la casación, lo más sensato es hacerlo con una Ley General del Estado. Si se hiciera Estatuto por Estatuto ¿cuál debería ser la postura de Aragón? Yo creo que no deberíamos tener más competencias que otros, pero tampoco menos. Con esto pasa como con el servicio meteorológico que lo importante es que acierte y probablemente es más fácil cuando es mundial, pero si nuestros vecinos tienen el suyo propio nosotros también lo debemos de

tener, porque sino los fines de semana todas las tormentas vendrán a Aragón en lugar de ir a las playas o estaciones de esquí de nuestros vecinos.

Quiero dejar constancia de la complejidad que supone reformar esta Institución, que está en la cima del sistema judicial pero también de derechos y garantías. D. Pedro Baringo, en su discurso de entrada en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia, relató la advertencia que un guardabosques hizo al emperador de Prusia, cuando pretendía atropellar sus derechos: ¡aún quedan Jueces en Berlín!

Cualquier modificación que en él se haga puede tener una trascendencia política enorme, no sólo en el reparto de poderes sino también en la configuración territorial del Estado, porque como decía, ya en el año 1970 Albaladejo; aunque la jurisprudencia no es fuente de derecho, lo que prevalece no es lo que la Ley dice sino lo que los jueces consideran que la Ley dice. Dicho de otra manera: determinada política, radical o conservadora, centralista o más autonomista, recogida en leyes que tienen que aplicar jueces más o menos radicales, conservadores o centralistas puede ir más lejos o más cerca de lo deseado, atribuir más o menos consecuencias. Por otra parte cualquier plan de gobierno puede quedar en suspenso por una decisión judicial.

Por eso recuerdo ahora lo que decía Alfonso X El Sabio: *Es más fácil deshacer que hacer, por eso hay que ser cauto a la hora de deshacer no vaya a ser que luego no lo sepamos volver a hacer.*

El libro que hoy presentamos constituye un estudio serio y riguroso de la ley reguladora del recurso de casación aragonés y su funcionamiento. Probablemente es la obra de Derecho procesal aragonés más importante que se ha escrito en los últimos cuatro siglos, porque a partir de la decapitación de Juan de Lanuza las Cortes aragonesas redujeron mucho su actividad legislativa hasta que con los decretos de Nueva Planta fueron totalmente suprimidas. La ley que hemos citado es la primera en norma de Derecho procesal aragonés que se promulga en siglos.

Quiero agradecer al profesor y presidente de la Academia de Jurisprudencia D. Ángel Bonet Navarro la dirección de esta obra y su ponencia sobre “La Selección de asuntos: una labor configuradora de la casación foral aragonesa”, D. Fernando Zubiri de Salinas “Sobre el Tribunal Superior de Justicia de Aragón”, D^a María del Carmen Samanes Ara sobre “La casación foral aragonesa”, D. Julio Javier Muerza Esparza sobre “Los motivos de apertura del recurso de casación”, D. Juan Francisco Herrero Perezagua sobre “El motivo de impugnación en el recurso de casación foral aragonesa”, D^a María Ángeles Parra Lucán sobre “La jurisprudencia foral” y D. Francisco Javier Fernández Urzainqui sobre “La casación foral en la legislación procesal general y en la autonómica. Análisis comparativo”.

Estoy seguro que con su esfuerzo van a contribuir a resolver muchas dudas, mejorar la calidad del procedimiento y en definitiva a aumentar la seguridad jurídica.

Quiero también reconocer el papel que en este libro ha desempeñado la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación y especialmente a su actual Presidente ya que esta obra es un empeño personal suyo. También a los Académicos que han intervenido en la misma. Editándola, como antes se hizo con el “Derecho Público Aragonés” dirigido por el profesor Antonio Embid y el “Manual de Derecho Civil Aragonés” dirigido por el profesor Jesús Delgado Echeverría y la profesora María Ángeles Parra, de los que ya existen varias ediciones, la Institución del Justicia cumple con una de sus funciones más queridas: el estudio y desarrollo del Derecho aragonés, tanto histórico como actual, en todas sus manifestaciones.

FERNANDO GARCÍA VICENTE
EL JUSTICIA DE ARAGÓN

ABREVIATURAS

AAP	(seguido de nombre de capital de provincia) Auto de la Audiencia Provincial
AJ1ªI	(seguido del número y ciudad) Auto del Juzgado de Primera Instancia
<i>Apud</i>	Citado por
ATS	Auto del Tribunal supremo
ATSJ	(seguido de nombre de Comunidad Autónoma) Auto del Tribunal Superior de Justicia
Cfr.	Confróntese en
Coor.	Coordinador de la obra
Dir.	Director de la obra
Ed.	Editorial, edición, Editor
<i>Et al.</i> (et alii)	(Y otros)
<i>Ibid.</i>	Allí mismo
<i>Id.</i>	Del mismo autor
LDPJ	Ley de Demarcación y Planta Judicial
LEC	Ley de enjuiciamiento civil de 2000
LEC/1881	Ley de enjuiciamiento civil de 1881
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
<i>Loc. cit.</i>	Lugar citado
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial

ABREVIATURAS

<i>Op. Cit.</i>	Obra citada
p.	Página
<i>Passim.</i>	Aquí y en otros lugares
pp.	Páginas
Ref.	Refiérase a
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
S.	Sentencia
SAP	(seguida de nombre de capital de provincia) Sentencia de Audiencia Provincial
SS.	Sentencias
ss.	(Páginas) siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia Tribunal Supremo
STSJ	(seguido del nombre de la Comunidad Autónoma) Sentencia Tribunal Superior de Justicia
Trad.	traductor
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TSJA	Tribunal Superior de Justicia de Aragón
<i>Vid.</i>	(<i>Vide</i>) Véase

I. LA SELECCIÓN DE ASUNTOS: UNA LABOR CONFIGURADORA DE LA CASACIÓN FORAL ARAGONESA

Ángel BONET NAVARRO

CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.– 2. EL PUNTO DE PARTIDA: 2.1. Los tribunales superiores ocupan una cúspide. 2.2. La función casacional de los tribunales superiores españoles. 2.3. El acceso limitado a los tribunales superiores.– 3. EL INSTRUMENTO MODELADOR DE LA FUNCIÓN CASACIONAL: 3.1. La selección de asuntos. 3.2. Los tipos de selección según los fines de la casación: A) La función disciplinaria y sus tipos. B) La función reguladora y sus tipos.– 4. LA SELECCIÓN DE LOS ASUNTOS EN LA CASACIÓN FORAL ARAGONESA: 4.1. Consideración general: A) Menor número de asuntos. B) Mayor número de asuntos. 4.2. Los criterios para la selección de asuntos. 4.3. Las falsas especialidades en la selección de asuntos para el acceso a la casación foral: A) ¿Un intento de rehabilitación de la competencia perdida? B) ¿Resoluciones o sentencias recurribles? 4.4. Los especiales «intereses casacionales». 4.5. El verdadero y único criterio «especial» de selección: la cuantía: A) La reducción de la *summa casationis*. B) La cuantía no excluye el acceso por existencia del interés casacional. 4.6. El efecto configurador de estos criterios de selección de asuntos:

A) La disminución de la cuantía: ¿Un riesgo remoto? 4.7.
La incidencia de los «especiales» intereses casacionales: A)
La doctrina opuesta o inexistente. B) El efímero plazo de
cinco años.- 5. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

Al indagar cuál es el sentido de una determinada configuración del recurso de casación, que es tanto como escrutar el porqué de su manera de regularlo la ley, conviene poner en el primer plano del examen la inevitable cuestión acerca de cuál es la teoría sobre el concepto de la casación que lo sustenta. Quizá, hacer esta afirmación, se considere un exceso inmotivado que exige una inmediata y severa corrección moderadora, dictada por una visión —podría pensarse— más realista y práctica del Derecho; necesariamente explicada por la razón de los fines jurídicos y sociales perseguidos.

En todo caso, antes de entrar a considerar otros aspectos, hemos de reconocer que el legislador no tiene como misión declarar teorías jurídicas institucionales. Además, una teoría —podrá decirse—, es lo que puede formularse después de haber conocido y expuesto el modo de establecerse en la norma la regulación del recurso; la idea tiene cierta lógica: la teoría va detrás de la práctica; se hace teoría sobre lo que ya se está haciendo en la vida. Conviene pasar de la experiencia al fundamento. Asimismo, en el entorno de tales matices y correcciones conceptuales, podrá decirse que debe primar, en el estudio de la configuración del recurso de casación, el examen de la función anunciada por la norma reguladora. Y, en principio, esto no es algo que deba quedar al margen del examen. La función práctica interesa en el análisis del discurso teórico de la institución.

Pero, sin perder de vista tales observaciones, hay que concluir que una creación normativa que no cuente con una sólida y clara formulación teórica antecedente de la institución que es objeto de la regulación para conseguir un fin, corre el riesgo de no lograr desempeñar la función jurídica pretendida. Transcurriendo el tiempo de aplicación de la nueva norma, se comprobará que los fines imaginados no se logran; que, al cabo, la regulación es una ordenación hueca que puede ser utilizada en un sentido y en su contrario; sin gran provecho; es, al cabo, el campo abonado para el crecimiento de las corruptelas, de los abusos del Derecho y de los fraudes de la ley. El fraude y el fracaso; o el fraude por el fracaso.

La ley sobre la casación foral aragonesa (LCFA) señala dos razones que justifican su creación, las cuales, al mismo tiempo, se presentan como fines prácticos y utilitarios de la promulgación de la ley. En el Preámbulo se encuentran dos proposiciones en las que se pueden resumir esas dos razones y fines: a) la jurisprudencia tiene una extraordinaria importancia en la tarea de revitalizar el Derecho civil foral aragonés; b) el recurso de casación debe permitir al Tribunal Superior de Justicia de Aragón crear esa jurisprudencia. Las razones no pueden ser ciertamente más explícitas y solventes.

La revitalización del Derecho es una de las funciones que tradicionalmente se ha señalado como tarea de la jurisprudencia. Esta labor se manifiesta a través del cometido de la interpretación que sirve para fijar, en máximas, el sentido de la ley cuando ésta no es clara, o cuando, siéndolo, ya no responde a las necesidades de los nuevos tiempos; en este caso, la jurisprudencia cumple una tarea renovadora de la ley, no reformada oportunamente y, por tanto, anticuada y anacrónica, que precisa una actualización inspirada en la evolución del pensamiento jurídico para poder seguir siendo aplicada a las nuevas situaciones sociales y a la resolución de los conflictos surgidos en torno a ellas¹.

¹ V. DE CASTRO, F., *Derecho civil de España*. Madrid, 1955, vol. 1º, pp. 249 ss. y PUIG PEÑA, F., *Tratado de Derecho Civil Español*. Madrid, 1957, t. I, vol. I, p. 352.

La jurisprudencia se forma por un conjunto de sentencias dictadas por los tribunales. En este sentido el art. 477 LEC/2000 utiliza las expresiones “jurisprudencia” y “doctrina jurisprudencial” refiriéndolas tanto a la formulada por las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales como por el Tribunal Supremo o por el Tribunal Superior de Justicia. Pero el Preámbulo de la LCFA, al señalar la importancia de la jurisprudencia o la necesidad de crear esa jurisprudencia, se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia formulada en sus sentencias dictadas como consecuencia de los correspondientes recursos de casación interpuestos contra sentencias cuyo fallo se considera injusto. En estas sentencias se centra el interés primordial de la ley aragonesa.

En las sentencias supremas hay un doble juicio; en primer lugar el de descubrimiento y declaración de la aplicación injusta de la ley. Pero la decisión judicial suprema, sin embargo, no es apreciada tanto por la función de comprobar reiterada y puntualmente la justicia de las decisiones de los tribunales inferiores en cada caso concreto, cuanto por proponer una suerte de uniformidad interpretativa² que es fácil de asentar en los principios de igualdad, de seguridad jurídica³ y de justicia⁴. Éste es el segundo juicio inserto en tales sentencias.

Esta es una tendencia que se descubre en el quehacer atribuido en el Estado de Derecho moderno al juez de casación: en el principio, el objetivo era sencillamente la nomofilaquia, pero ahora ésta se entiende bajo la fórmula de la jurisprudencia. La E.M. de la LEC/2000 (apto. XIV) da cuenta de esta relación: “Ha

² La STC 230/1993, de 12 de julio afirma que la función del recurso de casación en España 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”.

³ V. SSTC 6/1984, de 24 de enero, 7/1989, de 19 de enero y 37/1985, de 8 de marzo.

⁴ Sobre el cómo y el porqué de la trascendencia que los fallos de casación tienen en otros aspectos puede verse PUIG PEÑA, F., *Tratado*, cit., p. 354.

de mantenerse en sustancia la casación, con la función y efectos que le son propios, pero con un ámbito objetivo coherente con la necesidad (...) de doctrina jurisprudencial especialmente autorizada”.

Comprendida la situación actual del recurso de casación y de sus fines, el legislador aragonés cobija un reproche de inadecuación de la ley procesal estatal a la función de conseguir una jurisprudencia vigorosa y revitalizadora relativa al Derecho civil aragonés. Y, por eso, propone su segunda razón: el recurso de casación debe permitir al Tribunal Superior de Justicia de Aragón que cree su jurisprudencia. Esta segunda razón, que se instituye en fundamento de la finalidad de la ley, se explicita, consiguiendo, en establecer normas que permitan la utilización del recurso de casación en un mayor número de litigios sobre el Derecho civil aragonés.

Ya sabemos qué quiere conseguir el legislador. Pero, volvamos al principio. Ahora conviene preguntarse por la teoría del concepto de la casación en que se apoya el legislador aragonés para ordenar el recurso de casación en la forma que lo ha hecho. Esta cuestión justifica el estudio de los medios de apertura del recurso de casación propuestos por el legislador aragonés para comprobar si realmente favorecen, potencian y aseguran que la función de *revitalizar* el Derecho civil se va a conseguir, porque se va a lograr una jurisprudencia adecuada para ello. Y, en este punto, al analizar la finalidad pretendida, conviene tener en cuenta una breve consideración final. La selección de un modo u otro de acceder al recurso de casación no es indiferente a la hora de propiciar la función del juez de casación y los resultados jurisprudenciales deseables. La decisión de seleccionar los asuntos que pueden acceder a la casación no es un mero expediente para reducir la labor del juez de casación⁵; es un modo de configu-

⁵ Puede ser oportuno recordar cómo en el último decenio del siglo pasado el legislador decidió suprimir el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en los juicios verbales cuando hubieran resuelto sobre acciones personales basadas en derechos de crédito (art. 732.I LEC/1881 reformada por la Ley 10/1992, de

rar la función casacional. Por tanto, debe ponderarse cabalmente esta circunstancia cuando se elige uno u otro modo de selección de asuntos; se abre o cierra más o menos el acceso a la casación por virtud de esta selección.

Inmediatamente surge la cuestión que conviene dilucidar en torno a la capacidad del texto de la ley aragonesa para obtener los resultados esperados, según las razones del Preámbulo. Por tanto, hay que preguntarse por el concepto de la casación en que se sustenta esta ley. La elección de los medios está hecha y formulada en términos de “especialidades” procesales, determinadas por las “particularidades” del Derecho civil foral aragonés. Ahora, es preciso incoar la tarea que lleve a concluir si es posible crear jurisprudencia en mayor medida utilizando este recurso de casación y sus medios.

2. EL PUNTO DE PARTIDA

2.1. Los tribunales superiores ocupan una cúspide

Es propio de la regulación del recurso de casación, tal como aparece establecido en los diversos ordenamientos jurídicos, atribuir su conocimiento a un tribunal único que se halla en la cúspide de una organización judicial, al margen del contenido o función que, en concreto, tenga este recurso⁶. Se trata —sin atribuir ahora significados orgánicos específicos— de un tribunal

30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal). La E.M. de esta ley citaba simplemente como argumento justificativo de la reforma la experiencia del orden jurisdiccional social, atendiendo a la ínfima cuantía que se ventilaba en tal tipo de pleitos. Pero suponía, sin más, una injustificada reducción de los asuntos sin finalidad apreciable, fuera de la propia de descargar de trabajo al tribunal.

⁶ La atribución del recurso de casación al Tribunal Supremo y a los Tribunales Superiores de Justicia no se establece en la Constitución (arts. 123 y 152.1). Pero resulta lógica tal atribución de competencia a unos tribunales que deben conocer de un recurso que tiene por objeto unificar la interpretación de la ley civil común o foral respectivamente; pero esta uniformidad, por naturaleza, no es posible si quiere esperarse de varios tribunales.

supremo o superior, porque, respecto de los demás se halla situado en el punto final —“más alto”— de la “pirámide judicial” y al término de todo el recorrido procesal posible de un litigio y, sobre todo, porque el juicio de aquél se considera, por alguna razón, superior al de los jueces que han conocido del asunto con anterioridad al recurso de casación⁷.

Esta circunstancia, empíricamente comprobable, constituye el presupuesto de una sencilla afirmación. Dejando a un lado las consideraciones que pueden hacerse en torno a las diferencias que existen en el tipo de conocimiento del asunto sometido a los tribunales de instancia y al tribunal de la casación, puede decirse que la casación es la última oportunidad en que un tribunal jurisdiccional puede conocer de un asunto; el último grado⁸. Por tanto, es también, consecutivamente, la última oportunidad de que los justiciables puedan dejar oír sus voces en el proceso de declaración formulando sus alegaciones ante los tribunales jurisdiccionales respecto de su asunto.

⁷ En distintos elementos se hace estribar la superioridad de un tribunal sobre todos los demás en el Derecho comparado; siendo algunos de ellos: el carácter de *corte* suprema, o el de tercera y última instancia, guardián de la legalidad, o garante de la racionalidad. En este sentido, la STC 31/1995, de 6 de febrero proclama la supremacía del Tribunal Supremo sobre todos los demás tribunales inferiores que la cifra precisamente en su función de “salvaguardia de la pureza de la Ley”. PUIG PEÑA, F., *Tratado*, cit., t. I, p. 354, señala como estribo profesional o social de la fuerza de la jurisprudencia el hecho del respeto del inferior a la decisión del superior y el respeto de la sociedad para las decisiones de sus tribunales superiores por un presente sentido de seguridad jurídica.

⁸ Esto ocurre tanto en los casos en que se concede el recurso frente a la sentencia dictada en primer grado, como en el que la sentencia impugnada ha sido dictada por un tribunal de segundo grado. Ejemplos de esto los vemos actualmente en el art. 360 del *Codice di procedura civile* italiano; no hay que olvidar que el art. 1688 LEC/1881 también admitía el recurso de casación *per saltum* junto al que podíamos denominar común contra las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales en segundo grado (art. 1687 LEC/1881). Para el caso concreto de un litigio civil sobre Derechos fundamentales y la eventualidad de verse sometido a cuatro grados de jurisdicción, siendo el último el del Tribunal Constitucional, V. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. *Derecho Procesal civil. El proceso de declaración* (con DE LA OLIVA SANTOS, A.), Madrid, 2004 (3ª ed.), p. 520.

Esta posición superior del tribunal genera dos órdenes de tendencias, apoyadas en distintos intereses que se hallan en continua y mutua oposición; por una parte encontramos la voluntad del legislador al establecer que un asunto, sólo en determinado momento y concurriendo ciertas circunstancias, pueda ser juzgado por tercera vez; por otra parte, tenemos la voluntad de los justiciables de agotar todos los recursos que les concede la ley para que su asunto, en la medida de lo posible, sea revisado judicialmente una vez más. Las legislaciones orgánica y procesal armonizan este doble juego de intereses.

En primer lugar, el art. 123.1 CE establece que el Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes. En segundo lugar, el art. 152.1.II CE también dispone 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. El señalamiento del lugar que orgánicamente ocupan ambos tribunales viene determinado por el uso de calificativos —supremo, superior— que concitan, como hemos dicho, la idea de que culminan algo y la de que, detrás de su conocimiento, ya no es posible otro juicio, porque, en su ámbito, no hay tribunal establecido por encima de ellos al que puedan acudir las partes. Ambos tribunales (Supremo y Superior de Justicia) culminan la organización judicial; uno en todo el territorio nacional (art. 53 LOPJ); otro en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma (art. 70 LOPJ).

Pero, asimismo, en la propia Constitución se hace referencia al cierre de las oportunidades que se conceden a los justiciables para que puedan someter sucesivamente el conocimiento de sus asuntos a los distintos tribunales. El art. 152.1.III, con expresa referencia al Tribunal Supremo, señala funcionalmente el punto en que se acaban esas posibilidades de obtener un nuevo juicio jurisdiccional. Este precepto dispone que, ante el Tribunal Supremo, cuya competencia (“sin perjuicio de la jurisdicción” que le corresponde) siempre queda a salvo respecto de toda la nación, y

ante el Tribunal Superior de Justicia, respecto de la Comunidad Autónoma, según los casos que establece la ley procesal, se agotarán las sucesivas instancias procesales; ya no habrá posibilidad de abrir nuevos juicios, ni posibilidad de que los litigantes sigan pidiendo la tutela judicial declarativa en el mismo asunto⁹. El artículo citado se refiere fundamentalmente al agotamiento de las instancias ante los órganos judiciales radicados en el territorio de la Comunidad Autónoma, pero, al mismo tiempo, no puede dejarse de valorar en él la remisión excluyente y determinante que hace a otro órgano ante el que se agotan las instancias, cuando se fija la jurisdicción en toda España del Tribunal Supremo, superior en todos los órdenes.

No obstante, en estos preceptos que hemos anotado, en los que se fija el punto final del recorrido judicial de un proceso, como hemos dicho antes, en modo alguno se dispone que todos los procesos vayan a terminar ante el Tribunal Supremo o ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente. El art. 63.1 del Estatuto de Autonomía de Aragón (EAA), expresando un mandato de forma coherente con todo esto, dispone que, ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, *se agotarán las sucesivas instancias procesales cuando no hayan concluido ante otro órgano jurisdiccional radicado en la Comunidad Autónoma, y sin perjuicio de las competencias del Tribunal Supremo*¹⁰.

Esto quiere significar que un asunto puede terminar definitivamente, sin llegar al Tribunal Superior de Justicia, ante los tribunales de segundo grado de la Comunidad Autónoma; es decir, ante alguna de las Audiencias Provinciales de Aragón. Porque

⁹Sobre el sentido del agotamiento de las sucesivas instancias y culminación del conocimiento de los asuntos ante el TSJA que se halla en la cúspide de la organización judicial de la Comunidad Autónoma de Aragón puede verse mi comentario al art. 29 del entonces vigente Estatuto de Autonomía, en *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Aragón* (Dir. J. Bermejo Vera). Madrid, 1985, p. 292.

¹⁰ En otros casos, las sucesivas "instancias procesales" (en sentido genérico), terminarán ante el Tribunal Supremo, por razón de estas "competencias" mencionadas en el art. 63.1 EAA y en el artículo 478.1.II LEC.

una cosa es que en el Tribunal Superior de Justicia de Aragón culmine la organización judicial de la Comunidad Autónoma, y otra que todos los asuntos sustanciados judicialmente ante los tribunales de instancia de la Comunidad tengan asegurado su conocimiento ante este Tribunal Superior¹¹. Lo mismo cabe decir respecto del Tribunal Supremo que es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes. La LCFA establece taxativamente los casos en que un asunto puede acceder al recurso de casación y por tanto ser examinado en un tercer y último grado de jurisdicción por el TSJA.

No son pocos los casos en que las Audiencias Provinciales, al no ser recurribles en casación las sentencias dictadas por ellas, se convierten en tribunales de último grado (en sentido lato e impropio: son "*tribunales superiores*") con todas las consecuencias que esto genera en relación con el influjo persuasivo de su jurisprudencia¹² sobre las resoluciones futuras de los tribunales inferiores y como orientación de los mismos justiciables.

Ahora bien, esta circunstancia de que, en algunos casos, las Audiencias Provinciales se conviertan en tribunales "últimos", porque en ellas se clausura la posibilidad de seguir alegando los justiciables, y sus resoluciones puedan servir para orientar a los tribunales inferiores, no muda su naturaleza constituyéndolos en verdaderos tribunales "*superiores*"¹³. Lo que da el carácter al

¹¹ V. en este sentido la STC 31/2010, de 28 de junio (fj 44): "La culminación en el Tribunal Superior de Justicia de la organización judicial en el ámbito de la Comunidad Autónoma, establecida en [el art.] 152 CE" no comporta que el agotamiento de las instancias procesales se haya de producir necesariamente y en todos los órdenes jurisdiccionales ante dicho órgano, sino tan sólo la inexistencia de ningún otro órgano jurisdiccional jerárquicamente superior, con independencia de la salvedad que, respecto del Tribunal supremo, resulta del art. 123 CE" (...) "sin excluir con ello que, en su caso, ese agotamiento pueda realizarse en órganos judiciales inferiores del mismo territorio".

¹² V. HERRERO PEREZAGUA, J.F., "El lugar de los tribunales de segunda instancia en la elaboración de doctrina jurisprudencial", en *Tribunales de Justicia*, diciembre, 2003, pp. 51 ss. sobre el carácter de estas apelaciones; y el influjo doctrinal de sus sentencias por no ser procedente el recurso de casación.

¹³ Sin embargo, esta circunstancia no ha pasado inadvertida al legislador,

tribunal “superior”, que está en la cúspide de la organización judicial y constituye el último grado de jurisdicción alcanzable, no es que ocupe ese “alto” lugar, tenga atribuido el postrero conocimiento del asunto, o sea el último órgano ante el que los justiciables puedan hacer alegaciones, sino la labor específica que se le atribuye y que se diferencia, en clase y calidad, de la realizada por los tribunales de instancia.

2.2. La función casacional de los tribunales superiores españoles

La estructura orgánica de la jurisdicción no sólo determina una “jerarquía” (entiéndase bien ésta como calidad afirmada de una organización) entre los tribunales, sino que fija funciones específicas para cada uno de ellos. Cuando el legislador coloca un tribunal como “superior” de todos los demás en la cúspide de ellos es para algo más que para observar una disciplina jerárquica oportuna y propia de toda organización y para fijar un eventual sometimiento de los juicios del inferior al parecer y decisión del superior. Le atribuye una función peculiar y distinta de los demás.

Los diversos modelos de tribunales “superiores” de distintos países, ofrecen una variada perspectiva de funciones que el legislador ha podido asignar a ellos: juez de casación, o juez de tercera instancia con las diferentes modalidades de su actuación en cada uno de estos ámbitos; juez de la legalidad, juez de la racionalidad, o juez del caso concreto¹⁴.

En España, conforme a la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo ha sido configurado en prin-

al que preocupa la creación y existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales para señalar un supuesto de interés casacional, a fin de poder desplegar el Tribunal Supremo (y los Tribunales Superiores de Justicia, en su caso) la función propia del recurso de casación (art. 477.3.I LEC).

¹⁴ V. TARUFFO, M., *El vértice ambiguo*. (Trad. Monroy Palacios, J.J. y Monroy Gálvez, J.F.). Lima 2006, p. 31.

cipio, por exigencias constitucionales, recogidas luego en la Ley Orgánica del Poder Judicial, como Juez de casación¹⁵. Esto equivale simplemente a una denominación conclusiva o meramente indicativa, porque todavía es necesario saber en qué consiste, en cada caso, el contenido del recurso ante los tribunales “superiores”; entre nosotros ante los tribunales de casación: Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia, cuando tienen atribuida esta competencia. Además conviene prestar atención al modo como el legislador pretende conseguir esta función¹⁶.

Mirando la naturaleza de la institución hay que atender, en primer lugar, a lo que es constitutivo (determinante y necesario) y, en segundo lugar, a lo que, derivado de esa naturaleza (lo determinado), se enlaza, por razón de conveniencia, con lo que es constitutivo. Lo primero es sustancial e inamovible, lo segundo es eventual y susceptible de cambio. El carácter extraordinario del recurso de casación, tal como es definido por el art. 57.1.1º LOPJ, no lo explica la estricta determinación de los motivos alegables y la restricción de resoluciones susceptibles de impugnación: estructura procesal adecuada a la función ideal de la casación (art. 477 LEC). Estos son elementos importantes que no se pueden desconocer, pero instrumentales, como veremos más adelante¹⁷. El carácter del recurso lo configura un ámbito del conocimiento atribuido al juez de casación que queda delimitado en España legalmente por la tarea encomendada a este tribunal de casación

¹⁵ STC 31/1995, de 6 de febrero. V. también SSTC 318/1994, de 28 de noviembre, 17/1995, de 24 de enero.

¹⁶ La STC 31/2010, de 28 de junio (fj 44) señala que la “unificación de doctrina” es un cometido característico y propio del Tribunal Supremo en tanto que órgano “superior en todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales”, pero no es un tipo de recurso que señalaría una diferencia con la función casacional propia de los Tribunales Superiores de Justicia, sino la unificación de la aplicación e interpretación del Derecho. Algo que, en su ámbito delimitado por la LOPJ y el EAA, es predicable también del TSJA respecto del Derecho civil foral.

¹⁷ El ATS 100/1996, de 24 de abril considera las causas de admisibilidad (*ouverture à cassation*) y los motivos (*moyen de cassation*) como consecuencias de la función de la casación.

que por constitución originaria es sustancialmente distinta de la que llevan a cabo los tribunales de instancia incluso en los casos en que, al ser los últimos que conocen del asunto, ante ellos se agotan todas las instancias (art. 63.1. EAA).

Es común atribuir al tribunal de casación además de las funciones originarias (nomofiláctica y defensa del *ius litigatoris*¹⁸) la actualmente primordial función de uniformar la jurisprudencia¹⁹; *rectius!*: crear la doctrina jurisprudencial uniformadora (art. 1.6º CC)²⁰. Nacidas en planos de experimentación distintos, cada una de estas funciones —podría decirse— miraba a unos intereses distintos, aunque confluyentes en la única actividad desarrollada por el tribunal “superior” que conoce de la casación. Pero el desarrollo de la función-consecuencia de la formación de la doctrina jurisprudencial ha descubierto una potencialidad inicialmente desconocida en esta función. En ella se ha visto, no una oposición al nativo designio nomofiláctico de la casación,

¹⁸ STC 6/1989, de 18 de enero pone de relieve que el recurso de casación atiende tanto a funciones privadas (defensa del *ius litigatoris*), como públicas, concretadas en la defensa de la ley y de la uniformidad jurisprudencial; lo que es igual a seguridad jurídica.

¹⁹ La STC 17/1985, de 9 de febrero (RTC 1985, 17) señala que “el recurso de casación responde en su origen a la función de asegurar el sometimiento del Juez a la ley, como postulado del Estado de Derecho, cumpliendo además hoy la función objetiva de fijar y unificar la interpretación jurisprudencial”. La STC 230/1993, de 12 de julio, afirma con más énfasis que “la función básica del recurso de casación en un Estado de Derecho consiste en 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”, añadiendo que el legislador procesal ha de garantizar la función esencial de la casación, “consistente en asegurar la aplicación uniforme de la Ley por el Tribunal Supremo en todo el territorio nacional o, lo que es lo mismo —se continuaba diciendo— asegurar el principio constitucional de “igualdad en la aplicación de la Ley”. La STC 79/1986, de 16 de junio, declara que la tarea principal del recurso de casación es —aun reconociendo otras— la unificación interpretativa de las normas jurídicas ordinarias, contribuyendo así a la fijeza del ordenamiento con vistas a la seguridad jurídica.

²⁰ STC 246/1993, de 19 de julio señala que corresponde a los órganos *superiores* de la jurisdicción ordinaria la labor primordial de unificar la doctrina legal. V. LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El interés casacional*. Madrid, 2002, pp. 33 ss.

sino el nuevo modo de clarificar el sentido de la ley²¹. Por tanto, de ser la función uniformadora de la jurisprudencia una consecuencia del *ius litigatoris*²², se transforma en un instrumento adecuado para la defensa del *ius constitutionis*²³. Esta defensa del *ius constitutionis* fue entendida como baluarte de la ley opuesto a la aplicación que de ella hubieran hecho los tribunales inferiores²⁴. La doctrina jurisprudencial, al asumir esa defensa del *ius constitutionis*, no contiene el valor del resultado de una interpretación exacta o justa de la ley, sino que quiere garantizar la uniformidad de la interpretación, al tiempo que permitir el alumbramiento de nuevas interpretaciones acomodadas al desarrollo social y a las propias necesidades de la ley²⁵. Atendiendo a esto último se ha dado en denominarla “jurisprudencia dinámica, progresiva o evolutiva”²⁶.

La entrada en juego de los valores que protege el tribunal de casación, mediante su actuación, ha conducido a pensar que era necesario asegurar esta función. En este punto de interés que estriba en la uniformidad de la doctrina jurisprudencial, no deja

²¹ V. LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *op. cit.*, p. 36.

²² *Id.*, *op. cit.*, pp. 37 a 39, en especial esta última.

²³ *Id.*, *ib.*

²⁴ No debe olvidarse que en este sentido escribió MANRESA Y NAVARRO, J., *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*. Madrid, 1929 (5ª ed.), t. VI, p. 222: “Y, en efecto, la casación es un remedio de interés general y de orden público. Su objeto, como dice un notable juriconsulto español, es contener a todos los Tribunales y Jueces en la estricta observancia de la ley, e impedir toda falsa aplicación de ésta y su errónea interpretación, a la vez que uniformar la jurisprudencia; así que ha sido introducida, más bien por interés de la sociedad, que en beneficio de los litigantes”.

²⁵ La E.M. LEC afirma que “En un sistema jurídico como el nuestro, en el que el precedente carece de fuerza vinculante —sólo atribuida a la ley y a las demás fuentes del Derecho objetivo—, no carece ni debe carecer de un relevante interés para todos la singularísima eficacia ejemplar de la doctrina ligada al precedente, no autoritario, pero sí dotado de singular autoridad jurídica”. La misma E.M. se refiere a “la relevancia de la función de crear autorizada doctrina jurisprudencial”.

²⁶ V. DÍEZ-PICAZO, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*. Madrid, 1973. Vol. I, prólogo a la primera edición, p. 7.

de acompañarnos un doble planteamiento que sirve para fijar los límites de la actividad uniformadora. Por un lado, hemos de considerar como algo lógico que, si interesa al Estado esta unidad de las decisiones judiciales respecto del derecho aplicado²⁷, el acceso a la casación debe estar garantizado en todos los casos. Al Estado le interesará esta labor respecto de todo su ordenamiento jurídico. No se pueden hacer distinciones entre unos casos y otros en los que esté comprometida la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la seguridad jurídica.

Pero, por otro lado, no se puede dejar de ver que una acumulación de asuntos por causa de una ampliación del acceso indiscriminado de litigios al recurso ante el tribunal de casación puede resultar poco beneficiosa para construir una doctrina jurisprudencial uniforme, clara y coherente. No es sólo perjudicial la sobrecarga de trabajo que produce esta acumulación y que se opone, en términos generales, a un examen reposado del asunto dentro de unos límites temporales aceptables. Es un factor perturbador, en sí, la gran variedad de materias que puede arrojar el creciente e incontrolado número de recursos ante un tribunal que tiene por misión unificar o uniformar la variedad de interpretaciones de la ley. Para proteger la labor enjuiciadora que ha de desarrollar el tribunal de casación, Calamandrei²⁸ señaló dos tipos de medidas; enderezadas unas a aumentar la potencialidad de decisión del órgano juzgador, y otras a disminuir el número de las causas a decidir por el tribunal que se halla en la cúspide. La Exposición de Motivos de la LEC²⁹ hace reflexionar sobre la imposibilidad de una casación que no descartara “ninguna materia ni ninguna sentencia de segunda instancia”. El legislador moderno actúa adoptando el segundo tipo de medidas: limitando el número de asuntos que puedan acceder al recurso de casación.

²⁷ Sobre esto puede verse mi trabajo “La reforma de la casación. Efectos en la función casacional de los Tribunales Superiores de Justicia”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 3, 1993, p. 53.

²⁸ *La casación civil* (trad. Sentís Melendo). Buenos Aires, 1945, t. II pp. 421 ss.

²⁹ V. Apartado XIV.

2.3. El acceso limitado a los tribunales superiores

La Constitución no establece ni garantiza el acceso a la casación a “todos”, porque el derecho de acceso al recurso (ordinario y extraordinario), aun hallándose comprendido en el derecho constitucional de “todas las personas” a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)³⁰, no dimana directamente de la Constitución, sino de lo que hayan dispuesto las leyes procesales, correspondiendo la última decisión al ámbito de libertad del legislador³¹. Él es el que crea el específico sistema de impugnaciones procesales que, salvo en lo que concierne al orden penal, no está sometido a una vinculación constitucional³². Por ello, con la salvedad del proceso penal, no existe un “pretendido derecho fundamental a una segunda instancia o doble pronunciamiento judicial”³³. En los términos que venimos estudiando, tampoco existe un derecho constitucional al recurso de casación³⁴. Examinando las leyes

³⁰ V. ATC 95/1983, de 2 de marzo.

³¹ V. STC 114/2004, de 12 de julio.

³² V. STC 109/1987, de 29 de junio y ATC 214/1998, de 13 de octubre.

³³ V. STC 80/2003, de 28 de abril. El ATC 100/1996, de 24 de abril expone la doctrina que ha venido a ser el tronco medular del ejercicio de los recursos: “El derecho a poder dirigirse a un Juez en busca de protección para hacer valer el derecho de cada quien, tiene naturaleza constitucional por nacer directamente de la propia Ley Suprema. En cambio, que se revise la respuesta judicial, meollo de la tutela, que muy bien pudiera agotarse en sí misma, es un derecho cuya configuración se defiere a las leyes. Son, por tanto, cualitativa y cuantitativamente distintos.

“El sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le dé cada una de esas leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan salvo en lo penal (SSTC 140/1985, 37/1988 y 106/1988). No puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos”.

³⁴ V. ATS de 9 de marzo de 2004, que, tomando fundamento en la doctrina del TC ya expuesta, declara que “no existe un derecho de relevancia constitucional a recurrir en casación (...), siendo perfectamente imaginable, posible y real que

procesales de los respectivos órdenes jurisdiccionales, puede decirse que el legislador señala los casos en que no puede accederse a la casación, porque, aun siendo recurrible la resolución, no se prepara el recurso dentro de plazo, o porque no se cumplen los requisitos establecidos genérica o específicamente para recurrir. Pero también fija unos criterios, para determinar, en virtud de los cuales, en qué casos puede un asunto llegar a la casación o no puede hacerlo; es decir, cuándo “procede” tal recurso. Estos criterios tienen un claro carácter selectivo de los asuntos que podrán llegar al tribunal “superior” para ser enjuiciados, según la técnica y con los resultados propios de éste.

3. EL INSTRUMENTO MODELADOR DE LA FUNCIÓN CASACIONAL

3.1. La selección de asuntos

Aumentar el número de jueces o de secciones en el tribunal de casación no acondiciona el campo para conseguir una anhelada uniformidad doctrinal. La pluralidad de secciones en un tribunal propicia la obtención de resultados dispares en la solución de casos iguales. No es extraño comprobar la diversidad de decisiones recaídas en un mismo tribunal de casación ante casos exactamente iguales, incluso con pequeñas diferencias de tiempo entre una y otra. Sin perjuicio de adoptar la decisión política de incrementar el número de jueces para atender los recursos planteados ante el tribunal de casación, parece que se ha considerado más eficaz (por drástico) reducir el número de asuntos que puedan ser examinados por el tribunal. Para lograr esta reducción se

no esté prevista semejante posibilidad (SSTC 37/88, 196/88 y 216/98)”. La STC 7/1989, de 19 de enero proclama que “la Constitución no impone la existencia o procedencia del recurso de casación en materia civil y, dado su carácter de extraordinario, el legislador es libre de determinar los casos en que procede, limitar las causas o motivos de impugnación y prescribir las demás exigencias materiales y formales para su admisión y tramitación”.

considera necesario seleccionar los asuntos que han de acceder a la casación.

En este punto, selección no se opone a sus contrarios: confusión o mezcla, sino a indiferencia respecto de las resoluciones que pueden ser recurribles en casación. La selección de los asuntos que pueden acceder a la casación ha sido un atributo constante en la regulación del recurso de casación civil español. Sólo aquellas resoluciones expresadas concretamente en la LEC/1881 podían (“haber lugar”, “ser susceptibles”) acceder al recurso de casación³⁵. En la vigente LEC, el régimen sobre las resoluciones recurribles en casación, se encuadra dentro de un estricto sistema seleccionador de los asuntos: *sólo* las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, cuando se hallen en alguno de los casos señalados en el art. 477.2³⁶.

Esta selección no responde a un laborioso proyecto ofrecido a modo de estructura tuitiva para liberar de la sobrecarga de trabajo al juez de casación. Ciertamente, una tal liberación de trabajo beneficiaría subjetivamente a (¡todos!) los jueces. Pero no se trata de alcanzar este tipo de liberación subjetiva, sino de obtener una liberación objetiva perseguida para beneficiar la labor atribuida por la norma al tribunal. Y esto no sólo por razón de conseguir una justicia reposada y serena que hipotéticamente aseguraría una mayor calidad, la cual es deseable para todos los tribunales, sino por la misma naturaleza de la labor encomendada al tribunal “superior”. La selección de asuntos no es un fin, sino un medio —y no de reputada pequeña importancia— para conseguir un fin³⁷.

³⁵ V. LEC/1881: arts. 1689 y 1690; desde la reforma de 1984: arts. 1687 a 1690; desde la reforma de 1992: arts. 1687 a 1690.

³⁶ Las sentencias dictadas en procesos para la tutela judicial civil de Derechos fundamentales, excepto los del art. 24 de la Constitución; las dictadas en procesos cuya cuantía del asunto excediere de ciento cincuenta mil euros, y las sentencias respecto de las cuales la resolución del recurso presente interés casacional, señalando a continuación el art. 477.3 LEC los supuestos en que se considera que el recurso de casación presenta “interés casacional”.

³⁷ En la E.M. de la Ley 10/1992, de 30 de abril, citada, el legislador expuso el

Esta técnica de selección puede considerarse eventualmente como mecanismo idóneo para restringir el trabajo (la sobrecarga) del tribunal de casación, único ante el que, de no ser así, por voluntad de los litigantes, confluirían todos los asuntos de todos los tribunales de apelación del país o, incluso, de los tribunales de primer grado; también puede hallarse su significado en el aviso que el legislador dirige a los litigantes, mediante el cual se les hace saber que no, en todos los casos, podrán obtener un tercer pronunciamiento sobre su asunto.

Ahora bien; debemos examinar otro extremo de esta razón y forma de establecer una selección o diferencia de asuntos recurribles frente a una absoluta indiferencia de ellos. La función de la garantía de la legalidad parece ser que se mantiene constantemente como propósito peculiar del recurso de casación. Pero sobre todo, la selección está estrechamente relacionada con el concepto que el legislador tenga de la garantía de la legalidad que constituye el recurso de casación; al cabo, de la tarea encomendada al tribunal. La doctrina ha distinguido en la casación dos concepciones de garantía de la legalidad; una subjetiva del caso concreto a la que importa poco la selección de los asuntos y otra objetiva que, por razón de la "importancia general" de la cuestión de derecho que el recurso contiene, precisa una selección de los asuntos³⁸. Teniendo en cuenta esta función institucional de la casación, no es lo mismo permitir la llegada al tribunal de todos los asuntos que establecer unas pautas para que sólo determinados asuntos puedan ser examinados por el tribunal.

Tampoco la elección (selección) del sistema de selección de los asuntos resulta indiferente. En cuanto medio para lograr el fin institucional de la casación, la selección está ordenada a conseguirlo. Antes de establecer la selección es preciso determinar qué tipo de juez de casación quiere el legislador que actúe y

sistema de selección de asuntos como medio para reforzar el carácter casacional protector de la norma alejándolo de cualquier semejanza con una tercera instancia.

³⁸ V. TARUFFO, M., *El vértice*, cit. pp. 24-25.

cómo quiere configurar el contenido de la actuación. Por tanto, atendiendo al concepto de casación mantenida en cada momento histórico, los criterios de selección serán unos u otros para que ésta sea más o menos intensa cuantitativa o cualitativamente, según el modelo del tipo de juez y de la clase de contenido de su juicio.

3.2. Los tipos de selección según los fines de la casación

La doctrina francesa ofrece la consideración de una doble función de los tribunales de casación que permite penetrar en el sentido de los tipos y criterios de selección. Se distingue entre la función disciplinaria de la casación que se lleva a cabo anulando las sentencias dictadas en contra de la ley y la función reguladora que tiene por objeto “la regulación jurisprudencial por interpretación y desarrollo del Derecho”³⁹. La función disciplinaria, cuyo objeto es suprimir del orden jurídico las decisiones incorrectas o mal dictadas, tiende sólo a la conservación o al respeto de las reglas preexistentes, mientras que la función reguladora es creadora de reglas de Derecho. La primera mira fundamentalmente al individuo, la segunda produce efectos hacia la comunidad; la primera está simplemente interesada por el pasado, la segunda se interesa por el futuro.

A) La función disciplinaria y sus tipos

Es obvio que depende de la voluntad de los litigantes la iniciativa para que pueda revisar el juez de casación la legalidad de una decisión dictada en la instancia⁴⁰. El recurso de casación mira, por supuesto, al *ius litigatoris*, como hemos dicho antes.

³⁹ V. FERRAND, F. “Les cas d’ouverture à cassation en droit français”, en *El recurso de casación civil* (Dir. BONET NAVARRO, J. y Coord. MARTÍN PASTOR, J.). Cizur Menor, 2010, p. 592.

⁴⁰ El ATS de 6 de abril de 2010 afirma que “el recurso de casación está limitado a una estricta función revisora de la aplicación de las normas sustantivas al objeto del proceso a que alude el art. 477.1 LEC 2000, y que debe entenderse referido a las pretensiones materiales deducidas por las partes”.

Éste, como todos los recursos, es consecuencia del ejercicio de un derecho subjetivo de las partes a la revisión del fallo (art. 448 LEC). Por tanto, cuando no hay establecida una selección de los asuntos, son las partes y no el juez, las que plantean los problemas de legalidad de la resolución recurrida mediante su escrito de interposición (art. 481.1 LEC). El ámbito del conocimiento lo determina el recurso⁴¹ y dicho ámbito queda configurado por el propio interés de las partes. Desde esta perspectiva puede decirse que en el inicio de una selección de asuntos se halla al recurrente. Éste decide por qué esa sentencia debe ser examinada en el recurso. Además, el litigante plantea los términos de la cuestionada ilegalidad de la decisión dictada en lo que se refiere a sus intereses particulares, que aquél juzga indebidamente tutelados (no reconocidos ni protegidos) según la aplicación de la norma hecha por el tribunal de instancia. El recurrente “señala” qué planteamiento específico ha de determinar la decisión del tribunal; no es, por tanto, éste el que elige la materia por su interés o importancia *general* del problema jurídico planteado, sino que se ve “obligado” a conocer de él, por la importancia *particular* de la cuestión apreciada por el recurrente: se trata de la *legalidad (de su caso) del caso*.

Miradas las cosas desde este ángulo, el recurso se presenta como un tercer grado de jurisdicción en el que el litigante forcejea una vez más por ver reconocida la legitimidad de su pretensión, sin perjuicio de que, de paso, se obtenga en la sentencia dictada una interpretación de la norma aplicada al fondo del asunto que tenga directamente interés para futuros casos. El tribunal de casación no elige el asunto por razón del interés subjetivo u objetivo del asunto. La selección de asuntos por parte del tribunal, en esta perspectiva, es nula, o, si se establece en alguna medida, atiende fundamentalmente a los intereses de los litigantes.

En efecto, si examinamos el criterio de selección de asuntos

⁴¹ V. SSTs de 25 de marzo de 1994 y 19 de julio de 2000; sobre esta última puede verse mi comentario en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Enero-marzo de 2001, n.º. 55, pp. 223 ss.

por razón de la cuantía en la LEC: *serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencia Provinciales cuando la cuantía del asunto excediere de ciento cincuenta mil euros* (art. 477.2.3º), no puede dejar de reconocerse que con ello consigue el legislador reducir el número de asuntos que lleguen a la casación —hay una selección—, pero, en modo alguno puede mantenerse que cuando el asunto —así seleccionado— sea admitido a la casación tenga algo que ver la “*importancia general*” de la cuestión jurídica debatida en las instancias y de la interpretación que de la norma haya realizado el tribunal de segunda instancia, ni tampoco asegurar la creación de doctrina jurisprudencial⁴².

De una manera ejemplar, se pone de relieve que lo que da lugar a la promoción de estos recursos es la importancia particular (para el recurrente): no sólo la importancia jurídica —que puede ser mayor o menor—, sino, primordialmente, la importancia económica del asunto. En este sentido, una elevación de la cuantía (*summa cassationis*) restringe el acceso de asuntos al tribunal; realiza una cierta selección. Por el contrario una reducción de la cuantía potencia el acceso del número de asuntos beneficiando a un mayor número de litigantes: reduce la selección. Pero, como decimos, en todo esto importa poco el interés (la importancia jurídica) del asunto debatido, si no es que simplemente se busca la prolongación temporal del asunto por razones que pueden tener que ver bien poco con la trascendencia del deba-

⁴² V. ATSSJA de 21 de abril de 2005. Que es por la importancia del asunto y no por otra cosa por lo que se concede la apertura del recurso, en razón de la cuantía, resulta de la lectura de la doctrina sustentada en los AATS de 16 de enero de 2007 y de 25 de noviembre de 2008; en el último se admite un recurso por el numeral 2º del artículo 477 LEC indebidamente preparado e interpuesto por interés casacional, pero cuya cuantía litigiosa (no fue ésta la causa de apertura invocada) era superior a la legalmente exigida. Comentando esta doctrina afirma FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., “El recurso de casación civil foral en la doctrina del TSJ de Navarra”, en *Revista Jurídica de Navarra*, julio-diciembre de 2009, número 48, p. 48 que el cauce de acceso a la cuantía es tan amplio que no representa un obstáculo para la admisión del recurso por razón de la cuantía cuando esta, aun no invocada por el recurrente, supere ostensiblemente la *summa cassationis*.

te jurídico planteado en el pleito. Este mecanismo de la *summa* modula la labor que se pretende del tribunal. Permite indirectamente crear doctrina jurisprudencial, pero directamente supone una tercera oportunidad para el litigante en orden a defender su postura no admitida en las instancias. Suele decirse que en este caso se practica un control de la resolución recurrida en sentido propio, consistente en descubrir los errores y eliminarlos, sin que importe demasiado el porvenir, sino que se mira simplemente al pasado⁴³.

B) La función reguladora y sus tipos

Parece oportuno afirmar que si lo que se pretende es atender al interés propio de la función reguladora del instituto casacional en los términos antes expuestos, el criterio de selección no ha de centrarse en la importancia particular de la cuestión jurídica (o quizá económica) planteada en el recurso, según el interés manifestado por el recurrente, sino en la *importancia general* de aquélla. En este punto surge una cuestión que el legislador debe resolver, la cual viene determinada por la forma en que se configura el carácter de la *importancia general* del asunto. Esto comporta también una elección de medios. Al formularla, el legislador señala un plan sobre el modo de actuación que debe seguir el tribunal y una aspiración que coloca su fundamento no tanto en la solución —innegable— del caso concreto cuanto en la proyección social de su actividad. La elección debe centrarse en “el interés trascendente a las partes procesales que puede presentar la resolución de un recurso de casación”⁴⁴. Así quedan establecidas las causas de admisibilidad del recurso⁴⁵. Esta es la tendencia dominante que se advierte en la regulación del recurso ante tribunales su-

⁴³ V. TARUFFO, M., *El vértice*, cit. pp. 84 ss.

⁴⁴ V. E.M. LEC, apartado XIV.

⁴⁵ SEVERIN, E., *De la jurisprudence en droit privé, théorie d'une pratique*, Lyon, 1985, p. 255 afirma que reconocido, en la casación, el interés particular en su dimensión individual debe ser elevada al rango del interés general por medio de las denominadas *ouvertures à cassation*.

premos de diversos países, sea cual fuere el contenido de dicho recurso y el sistema de control impuesto.

Pudiera pensarse que en todas estas formas de reducir el acceso a la casación existe una idea subyacente: no hay otra forma de preservar la función de la casación y —en lo correspondiente entre nosotros— de crear auténtica doctrina legal que reducir el número de asuntos de los que deba conocer el tribunal. Por tanto, una entrada indiferenciada de asuntos, resulta perjudicial para este propósito. En efecto, un excesivo número de asuntos dificulta la tarea revisora, crea confusión y devalúa la fuerza de los razonamientos reiterados que han de fundar los pronunciamientos.

Los *filtros* para reducir (seleccionar), el acceso de asuntos a la casación, por razón de su importancia general (el interés), son de muy diversa índole. En unos casos, el “interés” está objetivado, como ocurre en el art. 477.2.1º y 3º LEC; en otros, el “*interés trascendente*” ha de ser determinado por el tribunal caso por caso, como ocurre en el sistema de exclusión del recurso de casación italiano establecido en el art. 360-bis CPC⁴⁶; el modelo americano del *certiorary* permite una selección arbitraria de los asuntos por el Tribunal Supremo estadounidense.

En cualquier caso, se busca la formulación de una decisión que mire al futuro, para que pueda influir en la jurisprudencia de los tribunales de instancia, señalando la interpretación de la norma aplicada.

⁴⁶Paralimitare il praticamente libero accesso alla casación proclamado en el artículo 360 del *Codice di procedura civile*, el precepto añadido en 2006 establece unos criterios cuya determinación queda en manos del tribunal: “*Il ricorso è inammissibile: 1) quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l’esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l’orientamento della stessa / 2) quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo*”. Para una exposición general de los sistemas de selección en los tribunales supremos, aunque en algunos aspectos debe revisarse porque se han producido modificaciones legislativas, V. SILVESTRI, E., “L’accesso alle corti di ultima istanza: rilievi comparatistici”, en *Il Foro Italiano*, 1987, t. II, parte quinta, cols. 284 ss.

4. LA SELECCIÓN DE LOS ASUNTOS EN LA CASACIÓN FORAL ARAGONESA

4.1. Consideración general

Al leer el texto de la Ley sobre la casación foral aragonesa (LCFA), inmediatamente se advierte que su especialidad, legitimada constitucionalmente por razón de la peculiaridad del Derecho civil aragonés, no estriba en regular una particularidad del procedimiento propiamente dicho para el recurso de casación, ni siquiera en establecer un motivo de casación propio para fundamentar el recurso, tal como ocurre en la Ley que regula el recurso de casación en materia de Derecho civil de Galicia⁴⁷. El objeto primordial y único de la ley aragonesa es crear unas especialidades respecto de la apertura del recurso de casación. Por tanto, podemos decir que se trata de la especialidad de una norma para la selección de asuntos.

A diferencia de lo establecido en la Ley gallega, cuyo art. 2.2 dispone que “las sentencias objeto de casación no estarán sometidas a limitación alguna por causa de su cuantía litigiosa”, lo que indica claramente que todas las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales gallegas son susceptibles de recurrirse en casación, la Ley aragonesa fija *filtros* cuantitativos y cualitativos para acceder a la casación (art. 2). Respecto de la primera puede decirse que, además de permitir el acceso por razón del interés casacional en los términos objetivos que establece la LEC,

⁴⁷ El art. 2 de la Ley 5/2005, de 25 de abril del Parlamento de Galicia que regula el recurso de casación en materia de Derecho civil de Galicia, establece como especialidad: “1. Se considerará motivo casacional el error en la apreciación de la prueba que demuestre desconocimiento por parte del juzgador de hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre”. La anterior Ley 11/1993, de 15 de julio sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial de Galicia que fue declarada inconstitucional en parte por la STC 47/2004, de 25 de marzo, señalaba otras especialidades como la de admitir al recurso de casación no solo las sentencias de las Audiencias Provinciales sino también las de los Juzgados de primera instancia, así como otras resoluciones distintas de las sentencias.

no pone inconveniente alguno a que, puedan acceder a la casación, cualesquiera asuntos sin tener que limitarse al cumplimiento del requisito del “interés casacional”, porque al suprimirse el límite de la *summa cassationis*, bien por una causa u otra, los litigantes pueden aspirar a ver examinados en el fondo todos sus recursos.

La norma aragonesa, sin embargo, siguiendo el esquema trazado por la LEC, y aun rebajando el montante de la *summa* establecida para recurrir, mantiene el control selectivo de la cuantía, porque no llega a suprimirla⁴⁸; ésta es una de las especialidades. Pero además, establece otra al determinar un sistema propio de concreción del interés casacional, como luego veremos.

No es el propósito de este estudio iniciar y proseguir un camino que pueda asemejarse al que procede para la comparación de las normas reguladoras de las especialidades procesales propias de estas dos comunidades autónomas en materia de recursos de casación, ni siquiera para la comparación de las normas existentes en la ley aragonesa en relación con las que contiene la LEC. Pero una nueva reflexión sobre la razón de ser de ambas normas autonómicas pone de relieve que, con distintas técnicas legislativas, la función perseguida por ambas es la misma: “posibilitar la existencia de un recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (...) y la creación de una doctrina jurisprudencial sobre el Derecho civil gallego” (E.M.), en un caso; “crear la jurisprudencia que complementa el ordenamiento civil aragonés (...) hacer posible la utilización de este recurso en un mayor número de litigios sobre el Derecho civil aragonés” (Preámbulo), en otro caso.

Esta doble y equivalente consideración preliminar, inserta en ambas leyes, propone como algo primordial de la función

⁴⁸ Sobre la oportunidad de la supresión o reducción de la cuantía en el recurso de casación foral, puede verse mi trabajo “La reforma de la casación”, cit., p. 63.

casacional el crear doctrina jurisprudencial, pero a través de un planteamiento diverso del que sigue la LEC⁴⁹.

A) Menor número de asuntos

El texto de la E.M. de la LEC: “la relevancia de la función [casacional] de crear autorizada doctrina jurisprudencial”⁵⁰, sostiene una dirección, predicable tanto de la labor del TS, en general, como de la del TSJA, en lo foral, que encamina a una misma función que se quiere asegurar de dos formas diferentes, explicadas en los correspondientes textos preambulares de la LEC y de la LCFA. Si en la LEC se establecen *filtros* para —mediante la selección de los asuntos— evitar la acumulación o sobrecarga de asuntos ante el tribunal de casación con el propósito de preservar la función de la casación: crear auténtica doctrina legal, en la Ley

⁴⁹ Según declara la STC 47/2004, de 25 de marzo (fj 7º): “En lo que aquí importa hemos de destacar en la nueva y vigente regulación del recurso de casación algunos aspectos esenciales, tales como: a) la decisión de dejar fuera del recurso de casación *stricto sensu* las infracciones de Leyes procesales; b) el establecer como motivo único en que puede fundarse el recurso la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477.1 LEC); y c) el régimen sobre las resoluciones recurribles en casación, referido a las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, únicamente en los casos señalados en el art. 477.2 LEC, a saber: 1) las dictadas en procesos para la tutela judicial civil de Derechos fundamentales, excepto los del art. 24 de la Constitución, 2) cuando la cuantía del asunto excediere de veinticinco millones de pesetas, y 3) cuando la resolución del recurso presente interés casacional, señalando a continuación el art. 477.3 LEC los supuestos en que se considera que el recurso de casación presenta interés casacional”. Hay que recordar que esta legal selección de asuntos por razón del interés casacional quedó ampliada por los *Criterios sobre recurribilidad, admisión y régimen transitorio en relación con los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, regulados en la nueva Ley de enjuiciamiento civil, adoptados por los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo en Junta General de 12 de diciembre de 2000*, los cuales, pese a su carácter normativo en pugna con las disposiciones de la LEC en esta materia, fueron considerados por el Tribunal Constitucional respetuosos con la legalidad constitucional y ordinaria, si bien tales criterios no se pueden considerar impuestos a los Tribunales Superiores de Justicia para conocer de los recursos de casación que se planteen ante ellos.

⁵⁰ V. Apto. XIV.

aragonesa, sin suprimirse los *filtros*, estos se reducen o aligeran para permitir el acceso de un mayor número de asuntos, circunstancia que, según expone el texto preambular de la Ley, ha de facilitar e intensificar la labor creadora de la doctrina jurisprudencial en el Tribunal Superior de Justicia.

La LEC parte “no sólo de la imposibilidad, sino también del error teórico y práctico que entrañaría concebir que la casación perfecta es aquella de la que no se descarta ninguna materia ni ninguna sentencia de segunda instancia”; considerando que “no pertenece a nuestra tradición histórica ni constituye una exigencia constitucional alguna que la función nomofiláctica de la casación se proyecte sobre cualesquiera sentencias ni sobre cualesquiera cuestiones y materias”⁵¹. Para ello se idea lo que la E.M. denomina “ámbito objetivo” de la casación coherente con la necesidad de doctrina jurisprudencial especialmente autorizada que se delimita por medio de dos instrumentos: a) el límite de la cuantía y b) el interés casacional.

B) Mayor número de asuntos

El Preámbulo de la LCFA fundamenta la necesidad de regular específicamente el acceso a la casación, por la razón que ya hemos dicho, mencionando dos motivos: la recta aplicación de las normas civiles aragonesas ya dadas; y la renovación y actualización del Derecho civil aragonés. La manera empleada es la omnicomprensiva actividad del Tribunal Superior de Justicia, en este aspecto: “crear la jurisprudencia que complemente el ordenamiento civil aragonés mediante la interpretación y aplicación de la ley, la costumbre y los principios generales en los que se inspira nuestro ordenamiento”.

⁵¹ V. TARUFFO, M., *El vértice*, cit. p. 144 sobre las consecuencias de cargar a un tribunal con decenas de millares de recursos e inducido a decidir las mismas cuestiones y a pronunciar miles de sentencias al año: el alejamiento del ideal de la casación que debe elaborar una justa interpretación de las normas y asegurar una razonable uniformidad de la jurisprudencia.

El Preámbulo hace referencia al crecimiento de las normas civiles promulgadas en el momento de publicarse esta ley casacional: "... las Cortes de Aragón han aprobado diversas leyes (...) con el objetivo de renovar y actualizar nuestro Derecho civil". Ciertamente, el número de las normas reguladoras de las instituciones civiles forales recogidas inicialmente en la Compilación de Derecho civil de Aragón integrada en el ordenamiento jurídico aragonés desde 1985, se ha incrementado con diversas normas "*sectoriales*" por alguna de estas razones expuestas en los correspondientes textos preambulares: a) las dudas que planteaba el ordenamiento anterior; b) la incoherencia de mantener normas que desconocieran la estructuración del estado autonómico; c) la insatisfacción sentida por las nuevas necesidades sentidas por el cuerpo social; d) la necesidad de regular una situación general dadas las singularidades del ordenamiento civil aragonés; e) las aspiraciones de los aragoneses; f) las enseñanzas de los jueces al aplicar la norma; g) la experiencia de los profesionales; h) las sugerencias de la doctrina; i) el desarrollo de normas contenidas hasta ahora en la Compilación sin olvidar el derecho histórico en lo mucho que tiene de actual y enriquecedor; j) los importantes cambios que se han ido produciendo en la sociedad aragonesa con la incorporación de la mujer al mundo laboral ⁵².

⁵² La Ley 3/1988, de 25 de abril sobre equiparación de hijos adoptivos, modificando la Compilación de Derecho Civil de Aragón de 1967 ya integrada en el ordenamiento jurídico aragonés por Ley 3/1985, de 21 de mayo, se promulgó partiendo de una situación que precisaba aclaración en el Derecho civil aragonés: "En Aragón, pese a los nuevos criterios constitucionales y la general aplicación supletoria del Código Civil, en el ámbito de la doctrina y de los profesionales del Derecho existen fundadas dudas acerca de si los hijos adoptivos tienen o no en este ordenamiento jurídico iguales derechos y obligaciones que los hijos biológicos. De ahí la conveniencia y oportunidad de esta Ley que trata de establecer esa total equiparación, respondiendo con ello a una necesidad social hoy generalmente sentida". La Ley 4/1995, de 29 de marzo, de modificación de la Compilación y de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón explicaba su razón de ser: "algunas materias como la sucesión intestada, gozan de no pocas singularidades con relación a otros ordenamientos civiles territoriales españoles. En el marco de esa singularidad, y tras la nueva estructuración del Estado autonómico de España, resulta hoy una incoherencia el mantenimiento de una norma

como la que contiene el vigente artículo 135 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, en virtud de la cual, en la sucesión intestada del aragonés que fallezca sin parientes próximos, es llamado a su herencia el Estado, en su acepción de Administración central". La Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte señala en su preámbulo que "En el ámbito del Derecho civil, que ha configurado en moldes de tradición secular realidades tan íntimas y, a la vez, tan decisivas en la vida social como las relaciones familiares o el destino de los bienes de las personas cuando llega su muerte, las intervenciones del legislador no tiende a una ruptura con el pasado, sino más bien a dar satisfacción a nuevas necesidades sentidas por el cuerpo social enlazando armónicamente valores e instituciones que ha determinado históricamente el modo de ser aragonés con las valoraciones y aspiraciones del presente". La Ley 6/1999, de 26 de marzo relativa a parejas estables no casadas asentaba su razón de aparecer en el ordenamiento jurídico aragonés: "Desconocer el fenómeno desde el punto de vista legislativo no conlleva sino agravar esas situaciones de desamparo e injusticia que hoy sólo tratan de atajar los Tribunales de Justicia. Por otra parte, y aun cuando el legislador español trata de regular el fenómeno desde un punto de vista general, dadas las singularidades que el ordenamiento civil aragonés tiene, parece que las Cortes de Aragón no pueden en estos momentos orillar el especial tratamiento que estos tipos de convivencias han de tener en nuestra Comunidad. Ello es lo que de forma especial justifica esta Ley". La Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad en su preámbulo afirma que "La Ley no es una reforma de la Compilación, sino una nueva formulación legal de las normas que han de regir las relaciones patrimoniales familiares. Su contenido, como se ha dicho, coincide en gran medida con el de las normas derogadas, en ocasiones, aprovechando su mismo texto, pero ha sido pensado de nuevo en su totalidad, contrastándolo con los principios constitucionales, las aspiraciones reconocibles de los aragoneses y aragonesas, las enseñanzas de su aplicación por los jueces, la experiencia de los profesionales del Derecho y las sugerencias de la doctrina especializada". En la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona, afirma su preámbulo que "la presente Ley (...) tiene como objeto el desarrollo de las normas sobre capacidad y estado de las personas físicas y de las instituciones civiles para la protección de menores e incapaces hasta ahora contenidas en la Compilación, y, como criterio, los principios más exigentes en el reconocimiento y ejercicio de los Derechos de la personalidad, sin olvidar el Derecho histórico en lo mucho que tiene de actual y enriquecedor (...) a diferencia de la Compilación, las normas no se presentan como peculiaridades o excepciones, sino que expresan suficientemente el sistema y sus principios generales, a la vez que atienden a concreciones y pormenores hasta ahora no reflejados en las leyes y que resultan muy convenientes para precisar el alcance práctico de los preceptos". La Ley 2/2010, de 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres estriba su fundamento: "En definitiva, la razón principal que motiva la presente ley son los importantes cambios que se han ido produciendo

Este incremento del número de las leyes civiles aragonesas y la extensión de las normas sobre las materias que son objeto de regulación en aquéllas, crean un nuevo espacio jurídico civil aragonés que supera sus límites originarios en el momento de promulgarse la Constitución. El nuevo espacio se ve integrado por nuevas normas que regulan de forma propia instituciones que, ya conocidas anteriormente, ahora reciben un tratamiento distinto. Pero también ocupan ese espacio otras normas que justifican su eficacia por razón de las nuevas situaciones jurídicas aparecidas al margen de la regulación tradicional e histórica del Derecho civil foral. Finalmente, hallamos normas que desarrollan regulaciones implícitas de ciertas instituciones que, en otro tiempo, buscaron su complemento en normas del Código civil⁵³, o en aplicaciones más o menos seguras de interpretaciones de normas históricas, decisiones judiciales, prácticas forenses, o usos recogidos en los textos históricos aragoneses legislativos, jurisprudenciales y doctrinales. El objetivo del legislador es renovar y actualizar el Derecho civil aragonés⁵⁴.

en la sociedad aragonesa en las últimas décadas como consecuencia de la incorporación de la mujer al mundo laboral, circunstancia que ha generado unas nuevas relaciones familiares que se ajustan más al modelo de custodia compartida que al modelo de custodia individual”.

⁵³ Recuérdese el tenor de la Disposición Final del texto derogado de la Compilación del Derecho Civil de Aragón añadida por la Ley 3/1985, de 21 de mayo: “Las remisiones que la Compilación del Derecho civil de Aragón hace al articulado del Código civil se entenderán siempre en su redacción actual”

⁵⁴ La STC 31/2010, de 28 de junio (fj 76), recogiendo el texto de la STC 88/1993, afirma que “el ‘desarrollo’ de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral. En el bien entendido de que ello no significa, claro está, (...) una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar”. Asimismo declara que “la noción constitucional de ‘desa-

En esta perspectiva de renovación y actualización, se justifica y potencia por el legislador el sentido de lograr una eficacia de la tarea casacional. El aumento de las normas no establece por sí una razón suficiente para justificar un ensanchamiento de la actividad casacional. Es la voluntad revitalizadora del Derecho aragonés, expresada por el legislador al introducir nuevo (o renovado el viejo) derecho positivo, lo que convoca a poner en funcionamiento eficaz todos los demás instrumentos institucionales que se reputan medios idóneos para llevar a cabo esta actividad.

El legislador dirige su mirada hacia la labor que desarrollan los tribunales al juzgar sobre los litigios que se plantean ante ellos. En esa labor hay una interpretación y una aplicación de la ley. En la medida que la existencia creciente de normas sustantivas civiles permita frecuentemente su aplicación a supuestos de hecho que reciben una novedosa regulación, convendrá disponer del medio adecuado para conseguir una aplicación e interpretación uniforme, en sede de la función propia de la casación.

El control de legitimidad sobre la aplicación de la ley en las sentencias de los tribunales de instancia y la creación de una jurisprudencia uniforme, “que complemente el ordenamiento civil aragonés mediante la interpretación y aplicación de la ley, la costumbre y los principios generales en los que se inspira nuestro ordenamiento”, mueven la decisión legislativa de “hacer posible la utilización de este recurso en un número mayor de litigios sobre el Derecho civil aragonés” (Preámbulo).

El legislador no deja de advertir en este Preámbulo que, en la labor de la “modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés”, expresión constitucional legitimadora para atribuir a la Comunidad Autónoma de Aragón la competencia exclusiva en esta materia, hay dos factores: el trabajo legislativo de las Cortes y el

rollo’ permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de ‘modificación’”.

trabajo jurisprudencial del TSJA. En efecto; señala la función de la jurisprudencia como motor de “la tarea de revitalizar nuestro derecho” que es considerada también de extraordinaria importancia, equiparable a la desempeñada por el legislador aragonés. Pero, respecto de la labor concerniente al último, se manifiesta un obstáculo que se pretende evitar con la promulgación de la ley de casación foral aragonesa. En efecto, son las peculiaridades de nuestro Derecho las que, en la actualidad, determinan que “sólo un escaso número de asuntos están accediendo a la casación foral aragonesa”. Concluyentemente, se entiende que la única forma de poder operar en el ámbito propio de la casación con la función que le es propia es establecer unas especialidades procesales que permitan incrementar el número de posibilidades de llevar a cabo la actividad propuesta en el Preámbulo: “la tarea de revitalizar nuestro derecho” y “crear la jurisprudencia que complemente el ordenamiento jurídico aragonés mediante la interpretación y aplicación de la ley, la costumbre y los principios generales en los que se inspira nuestro ordenamiento”.

El legislador aragonés opera adoptando una perspectiva distinta de la establecida en la LEC para fijar el modo de conseguir la misma función casacional. En el Preámbulo de la LCFA, el legislador parte de que existe un obstáculo para poder crear la jurisprudencia *revitalizadora de nuestro derecho*: “Sin embargo, dadas la peculiaridades de nuestro derecho, en la actualidad sólo un escaso número de asuntos están accediendo a la casación foral aragonesa, lo que hace aconsejable que el legislador aragonés fije, en ejercicio de sus competencias, los requisitos procesales de acceso a la casación para hacer posible la utilización de este recurso en un número mayor de litigios sobre Derecho civil aragonés”. Escrutados los medios que considera oportunos para conseguir el fin de crear jurisprudencia, decide aumentar el número de asuntos que puedan ingresar en la casación actuando fundamentalmente sobre la causa de admisibilidad que estriba en la cuantía del asunto.

4.2. Los criterios para la selección de asuntos

La Ley aragonesa, a pesar de la concesión a la minoración de la cuantía, según hemos anotado anteriormente, es una ley de selección de asuntos. El legislador no ha querido dar entrada en la casación a todos los asuntos que sean resueltos por los tribunales de la Comunidad Autónoma, sino que ha establecido unos criterios de selección de aquellos asuntos que puedan ser examinados por el TSJA, si los interesados interponen el recurso de casación.

El Preámbulo de la ley explica con claridad el objeto de la norma: “hacer posible la utilización de este recurso en un número mayor de litigios sobre Derecho civil aragonés”. Pero en la determinación del concepto: “mayor número” de asuntos, no da razón de cuál es el criterio que rige la redacción de la ley para señalar por qué otros asuntos (supuestamente “en menor número”) no tienen acceso al recurso. Tampoco ofrece razones para comprender por qué introduce esos criterios como los más idóneos para conseguir la finalidad de la norma. Para conocer todo eso es interesante ver, por una parte, el texto de la norma positiva promulgada y, por otra parte, las explicaciones ofrecidas por los parlamentarios aragoneses en el curso de la creación de la norma. Del examen de la norma promulgada resultan algunas indicaciones que sirven para configurar el sentido real de la selección pretendida. La lectura del debate parlamentario sobre la norma ofrece algunas observaciones que apoyan determinada-mente esta configuración.

Empecemos por la lectura de las intervenciones de los diputados en el curso del debate parlamentario sobre la ley. En él se razonó, en relación con el criterio de la reducción de la cuantía, que, sin querer llegar a la fórmula de la ley de casación gallega en la que se suprime todo requisito de límite de cuantía, se consideró prudente señalar, como presupuesto de admisión una cuantía poco elevada que corresponde a la que determinaba la separación entre la asignación de los asuntos respectivamente al cauce del juicio verbal y al del juicio ordinario en la Ley de enjui-

ciamiento civil⁵⁵. El Gobierno autonómico no dio razón alguna, en el trámite parlamentario, ni antes de él en la Memoria justificativa del anteproyecto, ni en el Preámbulo del proyecto de ley, por la cual se fijaba este límite y no otro superior o inferior.

Al parecer, las consideraciones que se habían tenido en cuenta para fijar esa cuantía correspondiente a la línea divisoria entre el juicio verbal y el juicio ordinario eran las que se inscribían en una argumentación que expone uno de los diputados con una auténtica confusión de conceptos y de fines de la casación: no someter a los ciudadanos, mediante el establecimiento del recurso, a tener que soportar tres grados de jurisdicción, evitar una mayor dilación temporal en el desarrollo y la terminación de los pleitos, e impedir mayores costes económicos⁵⁶. Estas no son

⁵⁵ V. *Diario de Sesiones de las Cortes de Aragón*, n. 46 de Plenos, de 2005, Legislatura VI, disponible en http://www.cortesaragon.es/Iniciativas_parlamentarias.56.0.html?&L= (consulta el día 20 de octubre de 2010) intervención del Vicepresidente del Gobierno señor Biel Rivera, en cuyo discurso de presentación del proyecto de ley, afirmó que “ En primer lugar, se establece la cuantía mínima de tres mil euros como requisito para poder recurrir. Tras considerar la posibilidad de suprimir todo requisito de cuantía, como hace, por ejemplo, la ley gallega, ha parecido, sin embargo, prudente señalar un requisito poco elevado que corresponde a la separación en la Ley de enjuiciamiento civil por razón de cuantía entre el juicio verbal y el juicio ordinario”. El diputado señor Bernal, en *Diario de Sesiones cit.*, interviniendo por el partido Chunta Aragonesista, consideraba oportuno hacer coincidir la *summa cassationis* con la establecida para el encauzamiento de los asuntos por el trámite del juicio ordinario sin dar razón alguna del establecimiento de esta coincidencia.

⁵⁶ V. *Diario de Sesiones de las Cortes de Aragón*, n. 46 de Plenos, de 2005, Legislatura VI, en http://www.cortesaragon.es/Iniciativas_parlamentarias.56.0.html?&L= (consulta el día 20 de octubre de 2010) intervención del diputado señor Allué Sus en la que, al exponer las razones de su partido (Partido Aragonés Regionalista) para apoyar este proyecto de ley, afirma en lo que respecta a la determinación de la cuantía: “De aquello hablamos en junio de 2004, es decir, se ha descartado la opción de eliminar la cuantía, que era una de las vías, pues no parecía razonable que cualquier asunto pudiera someterse a tres grados de enjuiciamiento jurisdiccional, con lo que ello supone de dilación temporal y mayores costes económicos. En definitiva, la norma proyectada puede interpretarse también de forma que nada se opone a la doctrina el Tribunal Constitucional contenida en la famosa sentencia 47/2004, de 25 de mayo, en relación con la Ley casacional gallega”.

En su turno, el diputado del Grupo Socialista, señor Catalá Pardo, afirmaba

buenas razones, ni compatibles con el sentido de la función de la casación. Sin ningún género de dudas, la producción de determinados efectos colaterales de la casación —y de cualquier otro recurso e incluso de la misma existencia del proceso— no es razón para limitar su uso, suprimiéndola respecto de los asuntos de cuantía ínfima⁵⁷. Las razones podrán ser otras, incluso la no confesada de temer que si se acomodaba la norma aragonesa al tenor de la gallega, suprimiendo toda referencia a límites cuantitativos de la *summa cassationis*, pudiera declararse inconstitucional, porque en Aragón no se dieran las estrictas razones que llevaron al Tribunal Constitucional a declarar la constitucionalidad de la norma gallega en este punto⁵⁸. Pero, de ninguna manera cabe to-

(*Diario de Sesiones* cit.): “podríamos incluso haber bajado a cero euros porque nos lo hubiera permitido el propio Tribunal Supremo (*sic!*), que así lo ha interpretado en la sentencia con respecto a la ley del noventa y tres de Galicia. Pero es verdad que, cuando aquí lo discutimos, también dijimos que tendríamos que tener un cierto equilibrio entre la necesidad de que haya recursos ante el Tribunal Superior de Justicia y la cierta indefensión en que dejaríamos a la parte recurrida metiéndola en procesos muy costosos y dilatorios”.

⁵⁷ En este punto, por contraste, más bien habría que recordar aquella observación de WACH citada por CALAMANDREI, *La casación*, cit., t. I, p. 424, al argumentar por qué no se deben excluir las causas de menor valor de la tercera instancia *in iure*: “¡el ratoncillo no siente menos daño que el elefante al ser desollado!”.

⁵⁸ La STC47/2004, de 25 de marzo (fj 11) tras un examen minucioso de las instituciones jurídico-privadas gallegas (arts. 1 y 2, ap. 2 de la Ley gallega de Derecho civil): los petrucios parroquiales o veciña, las comunidades en materia de aguas, el agra, agro o vilar, la servidumbre de paso, las serventías, el cómaro, ribazo o arró, el retracto de graciosa, los arrendamientos rústicos y aparcerías, entre otras, y teniendo en cuenta que, como se argumentó en el debate parlamentario de la Ley autonómica impugnada, la cuantía litigiosa establecida para recurrir en casación en la casi totalidad de los casos estaba muy por encima de la que es habitual en los procedimientos o pleitos —litigios de muy escasa cuantía económica— del ámbito del Derecho civil de Galicia, afirma que, si se aplicase el criterio de una cuantía mínima para el acceso a la casación foral, los derechos de los litigantes sobre materias del Derecho civil de Galicia podrían verse seriamente afectados, con paralela repercusión de la competencia sustantiva sobre la autointegración del ordenamiento civil propio de Galicia, al no acceder a la casación la mayor parte de los litigios con fundamento en el específico Derecho gallego. La conclusión es favorable a la especialidad regulada por la ley gallega: “Por otra parte, adquiere especial relieve, desde la perspectiva de vincular esta especialidad procesal (eli-

mar esta decisión que tiene mucho de irresoluta, cuando precisamente se argumenta en el Preámbulo la conveniencia de abrir la casación a mayor número de asuntos —recordemos—: “dadas las peculiaridades de nuestro Derecho”, que es tanto como decir que los asuntos civiles forales aragoneses no alcanzan cuantías elevadas.

En lo que atañe a la especialidad en la selección de asuntos por razón del interés casacional, tampoco el Preámbulo, en la justificación del contenido de la ley, llega más allá de afirmar la necesidad de hacer posible la utilización del recurso de casación.

De nuevo, ante el silencio del Preámbulo, hay que examinar el debate parlamentario para comprender el porqué de esta denominada especialidad: *el interés casacional podrá invocarse aunque la determinación del procedimiento se hubiese hecho en razón de la cuantía* (art. 2.2, segundo punto), o el porqué de esta otra especialidad al conceder el recurso contra las sentencias dictadas en asuntos en que su cuantía *sea imposible calcular ni siquiera de modo relativo* (art. 2.1).

El asunto es traído y llevado, en el debate parlamentario, sin gran precisión técnica y dialéctica por los diputados y con gran dificultad expositiva, al hilo del tratamiento del requisito de la

minación o supresión de la cuantía litigiosa para acceder a la casación foral) al Derecho sustantivo y a sus particularidades ya reseñadas, la función asignada al recurso de casación. Si este medio impugnatorio extraordinario, del que conoce el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, se encamina no sólo a tutelar los derechos en juego (*ius litigatoris*), sino también y esencialmente a la protección de la norma aplicada e interpretada por los Tribunales inferiores, permitiendo así la formación de jurisprudencia y la uniformidad en la aplicación del Derecho civil sustantivo (*ius constitutionis*), si la casación foral, decimos, persigue o se halla orientada a estas funciones, la aplicación de la exigencia de una cuantía litigiosa mínima, como requisito para abrir la vía de la casación foral impediría, *de facto*, la uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho civil de Galicia, con el riesgo consiguiente de criterios dispares de las diversas Audiencias Provinciales del territorio gallego en torno a una misma institución jurídico-privada integrante de su Derecho civil propio, y sin posibilidad efectiva de su unificación por vía de la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, a través de las Sentencias dictadas en casación”.

cuantía. Pero, si buscamos con cuidado lo que se ha querido decir, no vemos otro argumento a favor de esta decisión legislativa que el que alimenta la repulsa de la interpretación de los requisitos establecidos en la LEC para recurrir que hizo la Junta General de los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2000 en los ya expuestos criterios⁵⁹. Porque, como se puede comprobar al comparar el texto de este precepto del artículo 2.2 LCFA con el artículo 477.2.3º LEC, lo que incorpora el primero no es una especialidad sobre la ley estatal que sea eventualmente entorpecedora de la formación de doctrina jurisprudencial foral, sino una norma opuesta a unos criterios interpretativos que, en materia de determinación de las resoluciones recurribles fueron aplicados en varios cientos de autos resolutorios de recursos de queja⁶⁰ por la Sala Primera del Tribunal Supremo, pero que no vinculan a ningún Tribunal Superior para su ejercicio en la admisión de los recursos de casación; y así lo ha reconocido la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón⁶¹.

⁵⁹ V. *Diario de Sesiones*, cit. intervención del diputado señor Catalá Pardo, representante del Grupo Socialista, que revela el deseo de ver superada con esta regulación la circunstancia azorante de desconocer cuál puede ser en el futuro el criterio de los magistrados en lo que se refiere a la interpretación del artículo 477 LEC; tras una viva exposición surtida con expresiones propias del lenguaje coloquial, termina diciendo que prefiere esta norma para “intentar jurídicamente que aquí tengamos seguridad en lo que estamos haciendo”.

⁶⁰ V. ATS 29 de mayo de 2001, el primero de una serie de resoluciones que posteriormente fueron recurridas en amparo ante el Tribunal Constitucional el cual declaró la constitucionalidad de la actuación de la Junta General; V. STC 46/2004, de 23 de marzo.

⁶¹ V. STSJ de Aragón de 29 de septiembre de 2001 afirmando su soberanía para interpretar la norma de la Disposición Final 16ª LEC en forma distinta a como lo venía haciendo la Sala Primera del Tribunal Supremo como consecuencia del referido Acuerdo en lo que atañe a los requisitos procesales para admitir el recurso de casación, cuando se tratara de asuntos de su competencia. Los demás Tribunales Superiores reaccionaron de forma parecida ante el Acuerdo y la doctrina del Tribunal Supremo; ver SSTSJ de Navarra de 2 de marzo de 2004; de Islas Baleares de 14 de enero de 2005, de Valencia de 17 de enero de 2008 y de Cataluña de 27 de marzo de 2008.

4.3. Las falsas especialidades en la selección de asuntos para el acceso a la casación foral

A) ¿Un intento de rehabilitación de la competencia perdida?

La lectura del art. 1 LCFA suscita la primera cuestión en torno a la pretendida especialidad de la norma aragonesa sobre la casación foral, en lo que concierne a la selección de los asuntos de los que ha de conocer el TSJ. Una simple comprobación del texto de este precepto nos advierte de que contiene una regla de atribución de competencia que sigue casi literalmente lo establecido en el art. 73.1.a) LOPJ. Puede decirse que se trata de la misma norma estatal repetida en esta ley autonómica. Comprobado el sentido y finalidad de esta norma en el conjunto de la ley aragonesa hemos de concluir que, en sí, no encierra ninguna especialidad significativa ni tiene utilidad para integrar o hacer comprensible sus mandatos. Desde la perspectiva de la técnica legislativa puede decirse que la del art. 1 es una de las *leges repetitae* proscritas por el TC cuando, en el ordenamiento autonómico, no tienen por objeto dotar de sentido o inteligibilidad al texto normativo⁶². Ciertamente la norma no es necesaria. Ateniéndonos a la doctrina del TC podemos indicar que la “mera reiteración de las reglas procesales generales en la legislación autonómica no hace buena, sin más, una tal previsión”⁶³.

Si atendiéramos sólo a lo establecido en el referido precepto, leído fuera del contexto en que se inserta, podría darse lugar a

⁶² V. STC 47/2004, de 25 de marzo, fj. 8.

El *Informe sobre el anteproyecto de ley sobre la casación foral aragonesa* emitido por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial el día 9 de marzo de 2005, texto que se halla disponible en <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm> (consulta el día 20 de octubre de 2010), señala que este precepto establece una regla de competencia jurisdiccional cuya determinación corresponde en exclusiva al legislador estatal y, por tanto, para introducir “novedad” carece de competencia el legislador autonómico, además de ser irrelevante desde el punto de vista de la claridad exigida por la dicción de la ley.

⁶³ V. SSTC 173/1998, de 23 de julio; fj 16.

una interpretación de la norma que erróneamente ofrecería cierto perfil de especialidad aun repitiendo el texto de la norma orgánica general. Podría pensarse que la existencia de tal norma tiene razón de ser en la ley autonómica. Veamos algunos puntos que precisan aclaración.

Aunque en el Preámbulo de la ley no se hace referencia al asunto, no faltaron alusiones en el trámite parlamentario de su creación a la conveniencia o necesidad de hacer esta “declaración” del art. 1 por causa de las reticencias que habían surgido acerca de la posible falta de competencia del TSJA para conocer del recurso de casación al haberse suprimido el texto del art. 29 del entonces vigente Estatuto de Autonomía⁶⁴. El Informe del Consejo General del Poder judicial sobre el anteproyecto de la ley recuerda esta carencia señalando que el TSJA no tenía competencia para conocer del recurso de casación⁶⁵. Por tanto, en el sentir parlamentario, conscientes los diputados de que existía ese grave defecto en el Estatuto de Autonomía, la norma inserta en el art. 1 serviría de fundamento para mantener, sin discusión, la

⁶⁴ V. *Diario de Sesiones de las Cortes de Aragón*, n. 46 de Plenos, de 2005, Legislatura VI, disponible en http://www.cortesaragon.es/Iniciativas_parlamentarias.56.0.html?&L= (consulta el día 20 de octubre de 2010) intervenciones del diputado señor Catalá Pardo. Es recordada la desafortunada actuación que tuvo el reformador del Estatuto de Autonomía de Aragón aprobado por L.O. 8/1982, de 10 de agosto, en el cual figuraba el artículo 29 asignando al TSJA la competencia para conocer del recurso de casación. En efecto, al leer el texto del Estatuto reformado por L.O. 5/1996, de 30 de diciembre, pudo verse con sorpresa que la norma del artículo 29 anterior había desaparecido y, por tanto, el Estatuto, a partir de ese momento, no reconocía la competencia casacional al TSJA; se puso en duda la competencia hasta que el Tribunal Supremo, resolviendo diversos recursos de queja declaró que existía tal competencia en el TSJ. En el texto del Estatuto de Autonomía de Aragón aprobado por L.O. 5/2007, de 20 de abril vuelve a incorporarse un precepto reconociendo la competencia casacional.

⁶⁵ En el *Informe* (V.1) se subraya de esta manera: “Sin perjuicio de lo anterior, cabría recordar en todo caso que los artículos 73.1 a) LOPJ y 478.1 LEC condicionan la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de casación de Derecho civil, especial o foral a que la atribución de la misma se halle prevista en el correspondiente Estatuto de Autonomía, extremo que no concurre en el presente caso (art. 29 Estatuto de Aragón)”.

competencia casacional del TSJA⁶⁶, mientras se elaboraba y aprobaba la reforma de dicho Estatuto.

Ahora bien, una cosa es que en el parlamento aragonés se quisiera eludir, con un texto normativo, un problema que, vaya dicho de paso, ya había sido resuelto por el Tribunal Supremo al declarar que el TSJA tenía competencia para conocer de los recursos de casación forales⁶⁷ y así lo había asumido el propio

⁶⁶ A este respecto conviene leer, *Diario de Sesiones*, cit. lo que el diputado señor Catalá Pardo, del Grupo Socialista argumentaba sobre el interés del texto del artículo 1: “Y hemos hecho en virtud de esto tres cosas importantes. Una de ellas, el artículo primero, que a algunos les puede parecer reiterativo el volver a decir que nuestro Tribunal Superior de Justicia tiene competencia para ver los casos de casación foral. Y no es tan reiterativo ni muchísimo menos porque, en principio, es verdad que aquella famosa pérdida del artículo 29 nos puso en algún apuro en alguna ocasión porque nuestro Estatuto no reconocía ya expresamente esa competencia pero la interpretación del Tribunal Supremo siempre ha sido que la teníamos, nunca perdimos esa competencia. Y, por tanto, no parece que hubiera muchos problemas en que nuestro Estatuto lo dijera o lo dejara de decir. Y todos estábamos bastante tranquilos en ese aspecto, no había muchos problemas, hasta que he leído el informe del Consejo General del Poder Judicial, en el que en un párrafo concreto dice que, puesto que nuestro Estatuto no establece la competencia al Tribunal Superior, cuestiona el Consejo General del Poder Judicial que tengamos realmente esa competencia, y eso lo dice expresamente.

“Así que —a grandes males, grandes remedios— en dos ocasiones, pero hoy es una de ellas, en el artículo primero volvemos a decir, y me parece muy bien, que es competente el Tribunal Superior de Justicia de Aragón para ver los casos de casación foral, para que no haya a partir de ahora ningún tipo de problema. Y, además, también hemos hecho una caución, que la comentaré respecto a una de las enmiendas del Partido Popular, en la propia reforma de Estatuto, que ya sé que es una reforma que está todavía sin elaborar y que estamos en ello, pero ya hemos introducido también la casación como una competencia clara; lo digo para que no haya ningún problema, que nadie nos pueda decir nada especial en ese aspecto”.

Actualmente el artículo 63 del EA, en correspondencia con lo dispuesto por el art. 73 LOPJ atribuye al Tribunal Superior de Justicia de Aragón el conocimiento de los recursos de casación fundados en la infracción del Derecho propio de Aragón.

⁶⁷ El ATS de 10 de febrero de 1998 fue pronunciado después de celebrar una Junta General de Magistrados de la Sala Primera, declarando que, quedando a salvo la independencia de cada una de las Secciones de las Audiencias Provinciales para el enjuiciamiento y resolución de cada proceso, efectivamente subsistía a favor de la Sala de Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, pese a la mo-

TSJA en sus autos de admisión de los recursos⁶⁸, y asunto distinto es que, por esta o por cualquier otra razón, la Comunidad Autónoma y por tanto las Cortes de Aragón tuvieran título competencial autonómico para legislar en materia de competencia de los tribunales. Y, sin lugar a dudas en esa norma se alberga una regla competencial cuya determinación corresponde en exclusiva al legislador estatal⁶⁹.

A este respecto no puede dejar de recordarse que el Tribunal Constitucional ha establecido una doctrina, en lo concerniente a este asunto, según la cual la atribución al Estado de la competencia exclusiva sobre legislación procesal responde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales⁷⁰; y que la competencia asumida por las Comunidades Autónomas, al amparo de la salvedad recogida en el artículo 149.1.6 CE, no les permite, sin más, introducir en su ordenamiento normas procesales por el mero hecho de haber promulgado regulaciones de Derecho sustantivo en el ejercicio de sus competencias, sino que sólo pueden introducir aquellas necesarias especialidades que inevitablemente se deduzcan de la necesaria tutela de las relaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica en virtud de las particularidades del Derecho creado por la propia Comunidad Autónoma. Por tanto, la

dificación del artículo 29 del Estatuto de Autonomía de Aragón, la competencia para conocer del recurso de casación.

⁶⁸ En diversas ocasiones el TSJA declaró uniformemente que inadmitía el recurso de casación por carecer de competencia ante la falta de apoyo estatutario; como muestra V. AATSJA de 14 de abril de 1997, 20 de abril de 1998 y 25 de mayo de 1998. Sin embargo, en el ATSJA de 22 de septiembre de 2000, rectifica la postura mantenida anteriormente sobre la carencia competencial, concluyendo que, puesto que el Tribunal Supremo ha afirmado que subsiste tal competencia en diversos autos, tiene competencia, pese a la supresión del art. 29 del Estatuto de Autonomía.

⁶⁹ V. SSTC 121/1992, de 28 de septiembre; 114/1994, de 14 de abril; 91/1998, de 23 de abril y 173/1998, de 23 de julio. Recientemente se ha pronunciado en el mismo sentido la STC 31/2010, de 28 de junio (fj 44).

⁷⁰ V. SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, fj 20; 83/1986, de 26 de junio, fj 2; y 173/1998, de 23 de julio, fj 16 c.

situación jurídica de carencia textual en el Estatuto de Autonomía sobre la competencia del TSJA en materia de casación, en el momento de promulgarse la LCFA, no puede considerarse “particularidad” a los efectos de lo establecido en el artículo 149 CE. La introducción del texto del art. 1 constituye un exceso del legislador autonómico, consecuencia de un defecto de técnica legislativa que, en este punto, en modo alguno puede atribuir competencia a un tribunal. Desde esta perspectiva nos parece errónea la fundamentación del ATSSJA de 9 de septiembre de 2009 al expresar que la competencia para conocer del recurso de casación viene atribuida al TSJA en virtud de lo dispuesto en el art. 1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre casación foral, art. 73.1.a) LOPJ y 478 LEC; estos últimos sí son fundantes de su competencia; el primero no.

Por tanto, este exceso competencial autonómico no sirve para configurar un ámbito específico de la casación aragonesa.

B) ¿Resoluciones o sentencias recurribles?

Pero, sin dejar, por ahora, fuera de nuestra vista el texto del art. 1 LCFA, todavía tendremos que atender a la eventual reivindicación de la especialidad de la norma desde una postura pretendidamente legitimadora de su sentido y razón. En este artículo se contienen dos indicaciones que hacen referencia a planteamientos conexos con la cuestión de la selección de los asuntos. Por una parte, se refiere el precepto a las *resoluciones* y, por otra parte, relaciona éstas con *los tribunales civiles con sede* en la Comunidad Autónoma sin hacer distinciones respecto de su primer o segundo grado de conocimiento. En definitiva, de alguna manera, el texto señala aparentemente un peculiar objeto del recurso de casación; en esto habría de consistir la especialidad de la norma en el conjunto de la ley.

En efecto, el art. 1 no determina el objeto del recurso con la misma expresión que lo hace el art. 477.2 LEC: *serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales*. La diferencia entre los textos es palmaria.

Por eso, a la vista de ella, podría formularse la pregunta acerca de si el legislador aragonés ha querido realmente “hacer recurribles” otras resoluciones, como los autos definitivos, y que éstas puedan provenir de cualesquiera tribunales que tengan su sede en la Comunidad Autónoma aragonesa. Ya hemos anotado anteriormente que la Ley 11/1993, de 15 de julio sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial de Galicia, aplicada durante bastantes años antes de ser declarada inconstitucional parcialmente, contenía una norma que admitía ambas proposiciones como peculiaridades propias del recurso de casación: eran susceptibles de recurso otras resoluciones además de las sentencias, y además era indistinto que estas hubieran sido dictadas por las Audiencias Provinciales o por los Juzgados de primera instancia.

Si se quisieran entender las cosas bajo la apariencia con que se manifiestan, sin atender a otras precisiones, pretendiendo comprender que el legislador aragonés ha introducido una novedad al señalar como objeto de recurso de casación otras resoluciones distintas de las sentencias y que además es suficiente que éstas hayan sido dictadas por un órgano que tuviera su sede en la Comunidad Autónoma, sería forzoso descubrir la serie de razones que pudieran apoyar tal postura. Pero tales razones favorables a la interpretación extensiva del precepto no se hallan de forma cabal, porque no las hay.

El art. 1 LCFA transcribe el precepto del art. 73 LOPJ, tal como ya hemos dicho. Y en tal transcripción adopta la literalidad de esta norma orgánica incluso en aquellos aspectos que no se corresponden actualmente con la realidad procesal. Ciertamente la LOPJ menciona las resoluciones de los órganos jurisdiccionales con sede en la Comunidad Autónoma. Pero, por lo que concierne a las resoluciones susceptibles de recurso de casación, la razón que justifica esta referencia genérica en la LOPJ se halla en que, en el momento en que se promulgó ésta, el recurso de casación se admitía contra las sentencias de segunda instancia y contra determinados autos dictados por las Audiencias Pro-

vinciales en el recurso de apelación que se daba contra los autos dictados por los Juzgados de primera instancia en el proceso de ejecución contradiciendo lo ejecutoriado (art. 949 en relación con el art. 1692.2º LEC/1881)⁷¹.

El legislador orgánico respetaba la situación procesal del recurso de casación existente en aquel momento. Sin embargo, cuando se promulgó la LCFA ya no eran susceptibles de recurso los referidos autos o las sentencias que debieron adoptar la forma de auto, sino, según lo establecido en la LEC/2000, sólo las sentencias. Por eso, podría mantenerse momentáneamente todavía la duda acerca de si el legislador quiso introducir como especialidad este concreto objeto del recurso. Y por conexión, además, si también es sostenible la extensión del carácter de objeto recurrible a las resoluciones de todos los tribunales con sede en la Comunidad Autónoma⁷². En el texto aragonés no parece sostenible que haya lugar a equívocos interpretativos en el sentido de admitir que el objeto de recurso de casación sea ampliado en los términos que resultarían de una inconexa lectura del art. 1. La interpretación adecuada proviene de una doble fuente legal: la estatal y la autonómica.

En efecto; la corrección de esta eventual interpretación errónea de la norma del art. 1 se consigue con la simple lectura del artículo que le sigue; en él se establece como objeto del recurso

⁷¹ V. ATSSJA de 6 de abril de 2001 que resolvió un recurso de queja frente a la resolución de la Audiencia Provincial que inadmitió un recurso de casación, estimando la queja y ordenando al tribunal inferior tener por admitido un recurso de casación en ejecución de sentencia. En el mismo sentido puede verse el ATSSJA 5 de noviembre de 2001.

⁷² Una cuestión interpretativa de parecida naturaleza se ha planteado por el Consejo General del Poder Judicial en el *Informe al anteproyecto de la ley reguladora del recurso de casación en materia de Derecho civil de Cataluña* de 21 de junio de 2010, disponible el texto para su consulta en <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm> (consulta el día 20 de octubre de 2010), como consecuencia de que el artículo 2 del anteproyecto se refiere a “las resoluciones de las Audiencias Provinciales susceptibles de recurso de casación e infracción procesal”.

de casación sólo un tipo de resoluciones: las sentencias; y además que hayan sido dictadas por un solo tipo de tribunales: las Audiencias Provinciales de la Comunidad Autónoma. Y esta norma “especial” —que no tiene nada de especial— coincide con lo que dispone el art. 477.2: *serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales*, y el apartado 3 del mismo artículo que menciona por dos veces el único tipo de resoluciones susceptibles de recurso de casación: la sentencia⁷³.

Por ello, concluiremos diciendo que el artículo 1 LCFA tampoco representa en este aspecto ningún tipo de criterio en la selección de los asuntos que tienen acceso a la casación por razón de la resolución dictada. En consecuencia, no sirve activamente para la finalidad configuradora de la casación.

4.4. Los especiales “intereses casacionales”

Las variaciones procesales *forales* sobre el interés casacional, en lo que significan de separación de la LEC, que se muestran como elementos de selección de los asuntos con el designio de ampliar (o asegurar la ampliación) del acceso a la casación foral son las siguientes: a) cuando la sentencia se *oponga* a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo dictada en aplicación de normas de Derecho civil aragonés (art. 3.1, *ab initio*); b) cuando no exista (*dicha*) doctrina del Tribunal Supremo ni del Tribunal Superior de Justicia en relación con las normas aplicables (de Derecho civil aragonés) en la sentencia recurrida (art. 3.1. *in fine*)⁷⁴;

⁷³ V. ATSSJA de 28 de febrero de 2003 que resuelve desestimándolo un recurso de queja contra un auto de la Audiencia Provincial que inadmitió el recurso de casación contra un auto dictado en ejecución de sentencia, lo cual pone de relieve el tratamiento judicial de esta aparente especialidad del texto normativo; los autos dictados en ejecución de sentencia ahora no son recurribles en casación.

⁷⁴ En este punto conviene tener en cuenta que en la STSJA de 1 de diciembre de 2008, ante la alegación de falta de jurisprudencia por el recurrente, es el propio tribunal el que la acredita: “ El recurrente no efectuó en concreto la manifestación de inexistencia de tal doctrina, incurriendo así en una indebida omisión. Pero tal defecto meramente procedimental no se consideró al tiempo de la admisión del

c) cuando la sentencia recurrida aplique normas del Derecho civil aragonés que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que no exista *doctrina jurisprudencial* relativa a normas anteriores de igual o similar contenido. La primera variación añade lo referente a la doctrina del Tribunal Supremo; la segunda añade también la referencia a la doctrina del Tribunal Supremo; la tercera amplía el ámbito de la LEC en este aspecto, porque no se refiere, como hace el art. 477.3.II, sólo a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia, sino que incluye la carencia de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

El artículo 3 LCFA describe criterios de definición, presuntamente especiales, del interés casacional a los efectos de la aplicación de esta ley en el recurso sustentado ante el TSJA. En este punto, la *especialidad* de la norma de casación aragonesa se centra en concretar algunos aspectos que aparecen mencionados claramente en la LEC o que pueden considerarse no referidos en ella. El art. 3 LCFA, reconociendo una doble fuente de doctrina jurisprudencial en materia de Derecho civil aragonés, concreta lo que se considera insuficientemente formulado en el art. 477.3.II LEC: *se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma...* Este precepto no se refiere explícitamente a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo como punto de contraste o para el señalamiento de su ausencia.

Pero, según entiendo, la insuficiencia es sólo aparente. En primer lugar hay que afirmar que en el art. 477.3.II LEC se contiene una declaración normativa explícita y directa referida a la doctrina jurisprudencial en materia de Derecho civil aragonés

recurso, ni se considera ahora, que pueda entenderse de tal categoría que impida el acceso al recurso en el presente caso, en el que tanto por el propio contenido de los fundamentos del recurso que se presenta, como por revisión de la jurisprudencia de este Tribunal Superior de Justicia de Aragón consta la ausencia de doctrina consolidada sentada en resolución de cuestión como la que es planteada en el pleito". V. también STSJA de 14 de julio de 2004 en el mismo sentido.

del Tribunal Superior de Justicia. Asimismo, en segundo lugar, debe sostenerse que la cláusula que da fundamento a este especial modo de interés casacional: *se entenderá que también existe interés casacional*, tiene en cuenta asimismo la jurisprudencia que, en materia foral, ha producido y seguirá produciendo el Tribunal Supremo. Porque sigue teniendo competencia para conocer de este recurso, en tanto no se modifiquen las reglas para atribuir la competencia funcional para el conocimiento del recurso de casación foral, centrándolo exclusivamente en el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma cuya norma de Derecho civil foral se denuncie como infringida en la sentencia⁷⁵.

⁷⁵ Esta es la jurisprudencia que, referida al Derecho foral navarro, la STSJ de Navarra de 2 de febrero de 1995 denominó “jurisprudencia o doctrina civil foral” (navarra) del Tribunal Supremo. Hay “jurisprudencia o doctrina civil” aragonesa, o, por lo menos, “conocimiento” y exposición argumentativa del Derecho Civil foral aragonés por el Tribunal Supremo en diversas sentencias dictadas como consecuencia de haberse interpuesto los respectivos recursos de casación que pueden consultarse: SSTS de 3 de enero de 1985 (pacto de “tener en casa”); 17 de diciembre de 1985 (consentimiento tácito de la esposa en compraventa de bien del cónyuge); 13 de junio de 1986 (pérdida de derecho de viudedad de la esposa); 26 de junio de 1986 (omisión de renuncia al derecho expectante de viudedad en venta de bienes inmuebles comunes); 12 de diciembre de 1986 (especialidades en servidumbre de luces y vistas); 13 de febrero de 1987 (comunidad conyugal disuelta); 17 de julio de 1987 (luces y vistas); 20 de octubre de 1987 (servidumbres aparentes); 27 de mayo de 1988 (consentimiento de la mujer para disponer de bienes inmuebles conyugales); 30 de septiembre de 1988 (usufructo viudal); 3 de febrero de 1989 (apertura de huecos para luces y vistas); 2 de marzo de 1989 (responsabilidad de uno de los cónyuges por deudas contraídas por el otro); 20 de julio de 1989 (derecho a construir sin sujeción a distancia alguna); 6 de febrero de 1990 (reclamaciones sobre bienes del régimen legal matrimonial); 28 de febrero de 1990 (derecho expectante de viudedad); 10 de abril de 1990 (usufructo legal); 12 de noviembre de 1990 (consorcio foral); 21 de diciembre de 1990 (sustitución legal hereditaria y alimentos *ex art.* 121 de la Compilación); 24 de octubre de 2002 (testamento mancomunado); 2 de abril de 2003 (fiducia sucesoria y falta de llamamiento de la esposa); 25 de febrero de 2005 (donación de dinero privativo); 30 de enero de 2008 (asistencia de la madre en actos de una menor); 14 de noviembre de 2008 (asignación legitimaria).

En relación con la dificultad para repartir la competencia casacional entre el TS y el TSJA V. mi comentario al art. 29 del entonces vigente Estatuto de Autonomía, en *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Aragón*, cit., pp. 305 ss. y “La casación en materia foral”, en *Boletín de los Colegios de Aboga-*

En efecto; la norma del art. 73.1.a) LOPJ se encuentra reiterada en el art. 1 LCFA: la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá, como Sala de lo Civil 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 de Derecho civil foral⁷⁶. Esta norma delimitadora de la competencia funcional del Tribunal Superior de Justicia sustenta la posibilidad de que del recurso de casación foral pueda conocer la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo cuando la sentencia recurrida haya sido dictada por una Audiencia Provincial cuya sede no se halle en el territorio de la Comunidad Autónoma⁷⁷ y, por tanto, que dicha Sala siga creando jurisprudencia.

dos de Aragón, n. 118, julio de 1990, p. 39. La doble fuente de jurisprudencia civil aragonesa es un grave escollo para conseguir la auténtica uniformidad doctrinal jurisprudencial en esta materia.

⁷⁶ Sobre la eficacia del motivo de casación formulado en concreto para determinar la competencia del tribunal que ha de conocer del recurso V. mis trabajos "La casación foral", en *Actas del Foro de Derecho Aragonés. Séptimos Encuentros*. Zaragoza, 1997, pp. 77 ss. y "Facultades del Tribunal Supremo para enjuiciar y controlar la aplicación del Derecho civil foral", en *Revista de Derecho Privado*. Marzo de 1998, pp. 239 ss.

⁷⁷ En torno a la función de las instancias en la determinación de la competencia funcional para conocer del recurso de casación en materia foral V. "La casación foral", en *Actas*, cit. p. 79 y *Comentarios al Estatuto*, cit., p. 292. El Tribunal Supremo ha "tenido que conocer" del recurso de casación interpuesto al amparo de algún motivo por el que se denunciaba la infracción de uno o varios preceptos de Derecho aragonés, al haberse dictado la sentencia recurrida por Audiencias Provinciales situadas fuera de la Comunidad Autónoma de Aragón. A modo de ejemplo podemos señalar dos casos. El primero es el que dio lugar a la STS de 20 de febrero de 1998 en la que se resolvió el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, denunciando la infracción del artículo 74 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón. El segundo, motivó la STS 2 de abril de 2003 que resolvió el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Logroño, denunciando la infracción de los artículos 110 y 113 de la referida Compilación. V. asimismo ATS 2 de marzo de 1995 declarando competente para conocer del recurso de casación a la Sala Primera del Tribunal Supremo cuando, a pesar de haberse interpuesto el recurso de casación invocando la infracción de una nor-

Asunto distinto es lo que concierne a la forma en que la LCFA enuncia lo que entiende por interés casacional. En principio, la ley, en este punto, no se separa del sistema establecido en la LEC. El artículo 3 LCFA reitera conceptualmente, bien que con algunos matices, lo que dispone el artículo 477.3 LEC. Uno de estos matices es el que resulta del artículo 3.3 al disponer que se considerará que el recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida aplique normas del Derecho civil aragonés que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que no exista doctrina jurisprudencial relativa a normas anteriores de igual o similar contenido. La añadidura es la referencia explícita a que debe tratarse de normas del Derecho civil aragonés. Entendemos que se trata de una adición o matiz innecesario, porque el precepto correlativo de la LEC (art. 477.3.I), al formularse de manera genérica, puede entenderse dirigido también a las novedosas normas de Derecho civil aragonés con vigencia inferior a cinco años, pues la dicción del texto hace entender que en el párrafo se trata indistintamente del interés casacional referido a los recursos que hayan de formularse ante el Tribunal Supremo y ante el Tribunal Superior de Justicia en la materia para la cual tienen respectivamente competencia. Desde este punto de vista la ley

ma de Derecho civil aragonés, la sentencia recurrida había sido dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona. V. también ATS 9 de febrero de 1999.

V. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VIII Legislatura*. Serie A. 27 de enero de 2006. Núm. 69-1 que publicó el "Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal", en cuyo artículo 211 se reformaba el actual artículo 488 LEC, proponiendo que "las Salas de Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán de los recursos de casación contra las sentencias de segunda instancia, que produjeran efectos de cosa juzgada y hayan sido dictadas por las Audiencias Provinciales aunque tengan su sede fuera del territorio de la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso de funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en la infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial, o Derecho propio de la Comunidad Autónoma en la que tiene su sede el Tribunal Superior de Justicia y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución".

aragonesa no añade ningún criterio de selección de los asuntos que no estuviera ya establecido en la LEC.

4.5. El verdadero y único criterio “especial” de selección: la cuantía

A) *La reducción de la summa cassationis*

El art. 477.2 LEC establece un criterio selectivo atendiendo a la cuantía litigiosa del asunto. Es el más tradicional entre los motivos de apertura que se ha venido observando en la regulación de la casación española por motivos de fondo. La norma hace referencia a una cuantía que debe estar perfectamente definida en el asunto⁷⁸. Lo que hace accesible la casación, por esta vía, es que el interés económico del asunto litigioso alcance la cuantía fijada en ese precepto; no la clase del juicio al que la pretensión haya dado lugar⁷⁹. Si bien, es cierto que los asuntos cuya

⁷⁸ La cuantía debe fijarse en la demanda de cada pleito, siguiendo las reglas establecidas en los arts. 251 a 253. Debe tenerse en cuenta que, por Acuerdo adoptado por los magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Junta General celebrada el día 4 de abril de 2006 en relación con lo que debe estimarse cuantía para los efectos de interponer el recurso de casación, la cuantía que permite el acceso a la casación es la cuantía litigiosa discutida en el recurso de apelación, por lo que la reducción del objeto litigioso sólo operará de primera a segunda instancia. Ver asimismo la doctrina declarada en el mismo sentido en AATS de 26 de octubre de 2004, 13 de marzo de 2007, 10 de julio de 2007 y 11 de diciembre de 2008. Reiteradamente el Tribunal Supremo ha mantenido que un asunto puede tener acceso al recurso de casación si la cuantía supera la *summa cassationis* señalada en cada momento aun cuando no pueda ser calculada de forma clara y precisa, pero sí de manera relativa (ATS de 4 de noviembre de 2008 y STS de 22 de diciembre de 2008). Sin embargo, si no puede ser deducida la cuantía ni siquiera de forma relativa, el asunto no puede acceder a la casación (AATS de 7 de diciembre de 2004, 17 de enero de 2006, 31 de enero de 2006 y 27 de septiembre de 2007).

Respecto de la legislación procesal civil anterior, puede verse mi comentario a la STS de 29 de diciembre de 1998, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Madrid, 1999, núm. 50, pp. 733-743.

⁷⁹ En la LEC/1881, se fijaban reglas para excluir el acceso a la casación, tanto por razón de la cuantía, cuanto por razón del juicio.

cuantía queda señalada en el art. 477.2 deben tramitarse por el procedimiento del juicio ordinario, no por haberse tramitado el asunto en un juicio de esta clase, como ocurre en los casos en que el objeto carece de interés económico, o porque la cuantía no pudiera determinarse por no existir regla de cálculo aplicable o por no poderse determinar aquélla en el momento de interponerse la demanda (art. 253.3 LEC), su sentencia será susceptible de casación⁸⁰. Sin embargo, el art. 2.1 de LCFA, atendiendo a la cuantía litigiosa, abre el recurso de casación a aquellos asuntos que tengan una cuantía determinada que fija concretamente y a aquellos otros cuya cuantía no sea posible calcular ni siquiera de modo relativo.

La especialidad en la ley aragonesa es doble. Por una parte fija la *summa cassationis* para admitir el recurso por razón de la cuantía cuando ésta es superior a tres mil euros. Como he-

⁸⁰ V. Acuerdo de los magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo adoptado en Junta General el día 12 de diciembre de 2000 citado anteriormente. El Auto de 16 de febrero de de 2010 mantiene este mismo criterio: “Esta Sala tiene reiterado que los cauces de acceso al recurso de casación establecidos en el apartado 2 del art. 477 de la LEC 2000 son distintos y excluyentes, siendo la vía de acceso procedente en los asuntos seguidos por razón de la cuantía la del ordinal 2º del citado precepto, siempre que la misma supere los 25.000.000 de pesetas (150.000 euros, conforme al Real Decreto 1417/2001, de 17 de diciembre), quedando por tanto excluidos del recurso de casación aquellos procesos seguidos por razón de la cuantía en los que ésta es inferior a la mencionada cifra, así como los de cuantía indeterminada, por impedirlo el citado ordinal 2º, sin que pueda utilizarse el cauce del ordinal 3º de dicho art. 477.2, esto es del ‘interés casacional’, para eludir las consecuencias de no alcanzar el litigio la cuantía legalmente establecida”.

Sobre el concepto de lo inestimable, indeterminado, determinado, y determinable en la jurisprudencia anterior a la LEC/2000 puede verse mi comentario “Conformidad de las sentencias de primera y segunda instancia en pleitos de cuantía inestimable o indeterminada; supuestos de procedencia e improcedencia del recurso de casación”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, (abril-agosto), núm. 50. Madrid, 1999 (Edit. Civitas), pp. 733-743. El Tribunal Supremo, en materia de indeterminación de la cuantía como regla para inadmitir el recurso de casación, ha extendido la interpretación, afirmada en resoluciones ya citadas sobre recursos de casación interpuestos bajo la vigencia de la LEC/1881, a recursos preparados de conformidad con la LEC/2000.

mos dicho anteriormente, el legislador no da razón del motivo por el que elige y señala esta cuantía. Por otra parte, el criterio amparado en la rebaja tan notoria de la cuantía del asunto, viene reforzado por otro que también hace referencia al asunto económico, pero de tal forma que ensancha más el acceso a la casación de aquellos asuntos, cuya cuantía no se puede calcular, en modo alguno. Examinando el estado de la legislación procesal en el momento en que se promulgó la ley aragonesa, podemos intuir que el legislador quiso excluir del recurso de casación, por razón de la cuantía sólo aquellos asuntos que, en aquel tiempo, la LEC reputaba de ínfima cuantía; en definitiva, los decididos en los juicios verbales. En efecto, en el art. 250.2 LEC, antes de la reforma introducida en la LEC por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, se determinaba el juicio verbal para decidir las demandas cuya cuantía no fuera superior a esta cantidad.

Por ello, el legislador dejaba establecido este límite para la selección cuantitativa de los asuntos, excluyéndose de la casación los de menor valor. Podía haber elegido discrecionalmente otra cuantía superior o inferior a los tres mil euros, como hizo el legislador estatal al fijar la correspondiente al recurso de casación en el art. 477 LEC sin otra justificación explicada que la aparente: la equiparación con la norma que en el art. 86.2 LRJCA había establecido ya desde 1998 esa cuantía para abrir el recurso de casación contencioso-administrativo. Quizá el legislador aragonés buscó un límite sin querer comprometerse en explicaciones difíciles de sostener en torno a lo que denominaba “las peculiaridades de nuestro de nuestro derecho” que, a este respecto, no eran otras, como hemos dicho antes, que las económicas y, en concreto, el valor económico reducido de los negocios jurídicos regulados por el ordenamiento civil aragonés⁸¹.

⁸¹ Otra peculiaridad digna de anotación es la referente a las características del limitado ámbito del Derecho civil aragonés, que contiene primordialmente la regulación de instituciones de la persona, familia y sucesiones.

Si éste fue el motivo que guió al legislador al fijar la referida cuantía⁸², actualmente ya no sirve de justificación. Lo que el legislador estatal considera ahora de *ínfima cuantía* para los juicios verbales civiles se halla notablemente por encima del límite de los tres mil euros, antes fijado, y hasta los seis mil euros. Por tanto, si antes pudo verse plasmada la voluntad de excluir del recurso de casación sólo aquellos asuntos decididos en juicios verbales tramitados por razón de la cuantía, ahora ocurre la circunstancia de que sólo algunos de ellos seguirán estando excluidos; otros sin embargo, tendrán acceso a la casación; los que superen la cuantía limitada⁸³.

En todo caso, se presenta esta especialidad con el propósito de dar satisfacción a la necesidad explicada por el legislador en el Preámbulo: “hacer posible la utilización de este recurso en un número mayor de litigios sobre derecho civil aragonés”. Lo cual, como ya hemos dicho anteriormente, parte de una consideración implícita en la expresión “dadas las peculiaridades de nuestro derecho”: el escaso valor económico de las relaciones jurídicas materiales aragonesas reguladas por las normas civiles aragonesas.

El ensanchamiento del acceso al recurso ofrecido por la reducción de la *summa cassationis*, viene determinado también por la oposición del legislador aragonés a aquella regla interpretativa de los magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo

⁸² No consta indicación alguna a este respecto en el Preámbulo de la ley, pero debe recordarse la serie de argumentos introducidos por los parlamentarios aragoneses, ya anotados, en el curso del debate sobre el proyecto de ley.

⁸³ El legislador no previó la posibilidad de que ese límite cuantitativo establecido en el momento de elaboración de la ley pudiera ser variado como consecuencia de que, en una futura reforma de la LEC, fuera modificada la cuantía en los artículos 249 y 250 LEC para señalar la división entre juicio verbal y juicio ordinario. Esto ya ha ocurrido al promulgarse la Ley 13/2009, de 3 de noviembre para la reforma de la oficina judicial. Una remisión dinámica de la norma autonómica a la ley estatal en este punto hubiera sido suficiente para evitar el desfase, actualmente ya producido y la necesidad de someter la norma autonómica a una continua modificación para justificar el porqué inicial de la fijación de esa cuantía.

sobre el art. 477.2.2º LEC, que hace referencia a la necesidad de determinar la cuantía, en el sentido de excluir del recurso de casación los asuntos cuya cuantía hubiera quedado indeterminada⁸⁴. El art. 253.3 LEC contempla la posibilidad de que en un asunto haya sido imposible determinar la cuantía, incluso de forma relativa, para remitir su tramitación al cauce del juicio ordinario. Según los criterios establecidos por los magistrados del Tribunal Supremo, a pesar de tratarse de un juicio ordinario, quedaría excluido del recurso de casación. Sin embargo, el legislador aragonés, conociendo sin duda esta restricción interpretativa del precepto del art. 477.2.2º LEC, señala la especialidad de admitir el asunto a la casación cuando no haya sido posible calcular la cuantía del asunto ni siquiera de modo relativo⁸⁵.

B) La cuantía no excluye el acceso por existencia del interés casacional

Finalmente, hay que añadir a todo lo anterior que, si bien queda establecida la exclusión de los asuntos cuya cuantía sea inferior a tres mil euros, sin embargo, por razón de concurrir interés casacional en el asunto, según alguno de los supuestos que menciona la propia norma autonómica, la referida cuantía no es óbice para la selección del asunto como susceptible de acceder a la casación. El interés casacional podrá invocarse incluso en el caso que la determinación del procedimiento se hubiese realizado en razón de la cuantía. Con ello, se establece un régimen distinto y “especial” frente a la interpretación restrictiva que mantiene, en sus “*Criterios*”, la Junta General de Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo, al considerar que los casos previstos en los tres ordinales del art. 477.2 LEC constituyen supuestos distintos y excluyentes, de tal manera que el nº 3º del art. 477.2 LEC ha de ponerse en relación con los arts. 249.1 (excepto

⁸⁴ V. *Criterios sobre la recurribilidad*, cit. apto. I.

⁸⁵ Antes de iniciarse el proceso legislativo de promulgación de la LCFA, el ATSSJA de 15 de mayo de 2002 admitió un recurso de casación en un asunto cuya cuantía era indeterminada. Pero el Tribunal Superior había mantenido esta doctrina ya en el auto de 24 de abril de 1996.

su nº 2º) y 250.1 LEC, pudiendo acceder a la casación sólo aquellos asuntos cuya tramitación en el juicio ordinario, en el juicio verbal, en procesos especiales regulados en el Libro IV LEC, o en otros procedimientos especiales de la propia LEC haya sido determinada por razón de la materia.

Esta precisión normativa de la LCFA no era del todo necesaria para conjurar el “peligro” de caer en la interpretación mantenida por la Sala Primera del Tribunal Supremo. Con anterioridad a la promulgación de la ley, el TSJA mantuvo su postura claramente disidente de la del Tribunal Supremo⁸⁶.

4.6. El efecto configurador de estos criterios de selección de asuntos

A) La disminución de la cuantía: ¿Un riesgo remoto?

Hemos afirmado anteriormente que la LCFA es una ley para la selección de asuntos. Esto se pone de relieve al examinar cómo en los arts. 2 y 3 de ella, al igual que en el art. 477 LEC, no se permite el acceso a la casación de *todos* los asuntos de los que hayan conocido las Audiencias Provinciales de Aragón. Se mantiene

⁸⁶ V. AATSJA de 19 de septiembre de 2003 y 21 de octubre de 2003 resolviendo recursos de queja, perteneciendo a este último auto la siguiente argumentación: “La cuestión que ahora se plantea ya está resuelta por el auto de esta Sala de fecha 19 de septiembre del presente año, relativo a un juicio de cognición en el que se formuló recurso de casación por interés casacional; en dicha ocasión la Sección Segunda de la Audiencia Provincial estimó que no procedía tener por preparado el recurso, entendiendo que los casos previstos en el artículo 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil son supuestos distintos y excluyentes, de forma que frente a las sentencias recaídas en los procesos declarativos seguidos por razón de la cuantía solo cabía recurso de casación cuando ésta excediese del límite de 25.000.000 de pesetas, y recurrido en queja el auto dictado por la Audiencia se estimó el recurso, declarando esta Sala que es posible que los pleitos sustanciados por razón de la cuantía se acojan al interés casacional al amparo del artículo 477.2.3º de la Ley Procesal Civil, y si bien se formuló un voto particular por el Magistrado D. Luis Fernández Álvarez, debe estarse al criterio establecido por la mayoría, por lo que procede estimar el presente recurso de queja y consecuentemente revocar el auto aquí impugnado”. En el mismo sentido, ATSJA de 12 de diciembre de 2003.

como criterio de selección el de la cuantía, aunque minorada, y también, por supuesto, el del interés casacional.

No nos incumbe —porque no es propósito formulado para este estudio— dedicar más espacio al tratamiento de los accesos (*causas de apertura*) de la casación aragonesa. Cuanto llevamos dicho tiene por objeto señalar que existe la voluntad de seleccionar los asuntos en esta ley, pero sobre todo examinar cuál es la eficacia de este cuadro de “accesos” en orden a la consecución del doble fin proclamado en el Preámbulo de la ley: a) hacer posible la utilización de este recurso en un número mayor de litigios sobre Derecho civil aragonés; y b) permitir al Tribunal Superior de Justicia de Aragón crear la jurisprudencia.

Con este planteamiento se pone de relieve el convencimiento de que la forma de llegar a lo segundo es que se dé lo primero. Esta tesis no precisa demostración. Ponderando previamente la finalidad de permitir la utilización del recurso en un mayor número de litigios, parece innecesario demostrar que la minoración de la cuantía mínima para admitir el recurso está orientada en este sentido. Por la misma razón que ha sido práctica legislativa permanente aumentar la cuantía mínima para recurrir como medio de restringir el acceso de todos los asuntos a la casación, en sentido contrario, la iniciativa legislativa de reducir la cuantía en el recurso foral aragonés ha de producir un incremento en el número de asuntos susceptibles de ser examinados por el tribunal de casación. En el mismo sentido despliega su eficacia la vía de apertura a los asuntos cuando no haya sido posible calcular la cuantía ni siquiera de modo relativo; y cuando se permite invocar el interés casacional aunque la determinación del procedimiento se hubiese hecho en razón de la cuantía.

Al llegar a este punto, sería oportuno e interesante examinar algo que no constituye el plan de este estudio: en qué medida se ha aumentado el número de asuntos tramitados ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón como consecuencia de la promulgación de la LCFA y, más concretamente, al haberse rebajado la cuantía al límite de tres mil euros con todas las especialidades

añadidas a este criterio, según acabamos de exponer. En cualquier caso, el estudio debería llevarse a cabo contabilizando el número de asuntos ingresados y admitidos por razón de tener una cuantía superior a tres mil euros e inferior a ciento cincuenta mil euros; y haciendo lo mismo con aquellos asuntos cuyo interés económico fuera inferior a tres mil euros y tramitados por razón de la cuantía en los que se hubiera invocado el interés casacional. Comparando este número con el alcanzado con anterioridad a la fecha de promulgación de la ley, podría formularse una opinión, siempre en términos relativos⁸⁷, acerca de la eficacia de la ley respecto del incremento del número de asuntos llegados al Tribunal.

Pese a haberlo intentado, examinando sesenta y nueve sentencias dictadas entre el día 15 de junio de 2005 y el día 15 de septiembre de 2010, en más de veintitrés de ellas, no hemos conseguido averiguar de forma concluyente, si el recurso había tenido acceso por razón de superar el asunto la cuantía de tres mil euros o por razón de existir interés casacional, dejando aparte los asuntos en que no existe claridad acerca de si el recurso se había interpuesto por interés casacional a pesar de superar la cuantía establecida por la ley. En seis asuntos los recursos habían accedido por ser de cuantía superior a tres mil euros y en otro de ellos por ser de cuantía indeterminada.

De todas maneras, si se compara este número de las sesenta y nueve sentencias dictadas por el TSJA en este período y el número de las veintiuna dictadas en los cinco años anteriores a 2005, se puede concluir que, innegablemente, el número de recursos se ha incrementado⁸⁸. Esto es fácilmente concebible. Cuando se

⁸⁷ Decimos en términos relativos, porque hay un elemento, ajeno a este planteamiento, que es variable y determinante para concretar el mayor o menor número de asuntos ingresados en la casación; a saber, el índice de mayor o menor litigiosidad en materia de Derecho civil foral.

⁸⁸ El número de las sentencias dictadas por el TSJA en estos dos períodos que se han podido examinar es el que ofrece la base de datos de jurisprudencia de *westlaw.es* consultada el día 16 de septiembre de 2010.

adopta la decisión legislativa de rebajar (o suprimir totalmente) la cuantía mínima fijada para recurrir en casación, puede reconocerse que tenga éxito la consecución de uno de los efectos expuestos en el Preámbulo: *hacer posible la utilización de este recurso en un mayor número de litigios sobre Derecho civil aragonés*. Por tanto, podría afirmarse que esta finalidad pretendida por el legislador aragonés se ha conseguido: el TSJA ha podido comprobar un aumento de recursos de casación. Pero esta finalidad es meramente instrumental. Con ella no se consigue totalmente lo anhelado por el legislador. De lo que se trata, por medio de esta apertura, es de poner en manos del Tribunal más asuntos de los que venían llegando para facilitar la labor de crear la jurisprudencia que complementa el ordenamiento civil aragonés mediante la interpretación de la ley, la costumbre y los principios generales en que se inspira el ordenamiento jurídico civil aragonés. Ahora, conviene adentrarnos en el examen de la cuestión para comprobar cuál es el grado de eficacia de la ley respecto de esta segunda finalidad. En definitiva; analizar si realmente ha sido posible que el TSJA haya creado doctrina jurisprudencial.

Este análisis tiene una doble vertiente: la primera conduce a examinar si el tribunal ha creado propiamente más jurisprudencia de la que venía creando antes y en qué sentido; la segunda endereza el esfuerzo investigador hacia la comprobación del tenor del “ámbito” establecido como medio idóneo para crear la jurisprudencia. La primera introducirá en el conocimiento de los resultados; la segunda en el de la bondad y eficacia del modo establecido para configurar el “ámbito” creador de la jurisprudencia. La primera se expone en otro lugar de esta obra⁸⁹; la segunda corresponde tenerla en cuenta en este capítulo.

Pero antes de seguir adelante para llegar a una valoración final, puede hacerse un balance parcial de lo conseguido colateralmente ampliando el acceso de mayor número de asuntos por causa de la rebaja de la cuantía. No se puede dudar acerca de que

⁸⁹ V. Capítulo VII.

ésta redundante, en primer lugar, en beneficio de los litigantes, porque se amplían las posibilidades de tutela judicial de las partes⁹⁰. La ley consagra un generalizado tercer grado de jurisdicción en todos los juicios ordinarios por razón de la cuantía y en algunos juicios verbales en los que la cuantía del valor del objeto litigioso se halla entre tres mil y seis mil euros⁹¹. Al mismo tiempo se ofrece al TSJA la posibilidad de emitir su juicio *foral* en mayor número de los asuntos de Derecho civil aragonés. Esto quiere decir que se han incrementado las oportunidades de pronunciarse sobre más asuntos de este género respecto de las que venía teniendo anteriormente. Y lo ha hecho.

Ahora bien, esta circunstancia considerada aisladamente no es suficientemente expresiva para entender que, por sí sola, es bastante para conseguir la finalidad primordial de la ley: *crear la jurisprudencia que complemente el ordenamiento civil aragonés*. El criterio de la cuantía mínima para admitir el recurso de casación, nunca se ha considerado por la doctrina instrumento adecuado para llevar a cabo una selección de asuntos útil para favorecer la labor creadora de la jurisprudencia en la vertiente uniformadora de la interpretación de las normas aplicables, que sea interesante como fruto que pueda servir de orientación a los tribunales inferiores en la solución de futuros pleitos y a los litigantes en el planteamiento judicial de sus controversias o en la negociación privada de sus intereses⁹².

⁹⁰ Los tres grados, en modo alguno, perjudican el derecho de defensa de la parte recurrida "metiéndola en procesos muy costosos y dilatorios", tal como se dice en el texto transcrito de la nota 56.

⁹¹ Ya hemos expuesto anteriormente que no se sustenta actualmente esta separación por razón de la cuantía atendiendo al límite cuantitativo de separación entre el juicio ordinario y el juicio verbal, al haberse modificado el límite cuantitativo entre ambos.

⁹² E.M. LEC/2000, apto. XIV, en relación con lo que se entiende como ámbito objetivo de la casación ("doctrina jurisprudencia especialmente autorizada"), afirma que "los límites de cuantía no constituyen por sí solos un factor capaz de fijar de modo razonable y equitativo ese ámbito objetivo". V. también el ATSJA de 21 de abril de 2005.

Tal como hemos dicho anteriormente, en estos casos, es el recurrente quien decide directamente lo que ha de ser admitido al recurso y juzgado *en casación*. La simple circunstancia de que su asunto supere la cuantía mínima establecida para recurrir, le faculta —haciendo abstracción de la trascendencia jurídica del asunto en lo que se refiere a la uniforme interpretación de las normas— para que pueda disponer de un tercer grado de jurisdicción a fin de que su asunto sea visto por un juez de nuevo y, por tanto, lo que determina el interés del recurso (*rectius!*: el interés del recurrente) es la importancia económica del asunto. El juez de casación bien poco puede hacer a este respecto. Cuando estima o desestima el recurso en atención a la alegada ilegalidad del juicio contenido en la sentencia recurrida ampara o desampara la pretensión impugnativa del recurrente; le aprovecha o perjudica a él directamente, pero la resolución dictada puede resultar irrelevante para la formación de un *corpus* doctrinal jurisprudencial.

Esta reflexión es oportuna no sólo cuando se examina el tema de la dificultad de crear doctrina jurisprudencial uniformadora dentro del plano macroscópico que proporciona la supresión o reducción del límite cuantitativo para recurrir, en el seno de una experiencia habida en el correr del tiempo después de haberse dictado multitud de sentencias. Es decir; cuando ha ingresado en el tribunal de casación una multitud excesiva de asuntos. Debe hacerse tal reflexión también, en un plano microscópico, cuando, concedida una apertura generosa a la casación liberando al recurrente de límites cuantitativos, al margen de que, por tal decisión legislativa, ya se hayan dictado muchas o pocas sentencias resolutorias de los correspondientes recursos de casación, se examina en un solo asunto el efecto de haber accedido al tribunal por esta vía casacional.

Por su propia naturaleza, en estos casos, el planteamiento del recurso estriba en que el tribunal inferior no ha dado la razón al recurrente, importando poco si se opone a una jurisprudencia que ya viene aplicándose a casos análogos o iguales o si, por otra

parte, asuntos análogos han sido resueltos de forma contradictoria por otros tribunales de segunda instancia, o si no existe una jurisprudencia y conviene que exista para resolver los casos análogos que puedan plantearse en el futuro. El recurrente ha decidido recurrir. Lo que procede hacer es revisar la aplicación de la ley hecha por el tribunal de instancia en ese caso concreto, algo a lo que el recurrente tiene derecho, no por razones superiores; no por el denominado: “interés trascendente a las partes procesales”; sino simplemente por su personal interés. Nada más.

En estos casos, el resultado alcanzado es una sentencia de casación que razona sobre la interpretación y aplicación del Derecho civil foral efectuada por el tribunal inferior según los límites de la denuncia dentro de los términos en que se ha planteado el recurso de casación. Con ocasión de este razonamiento aparecerán en la sentencia los que podíamos denominar “juicios forales” sobre el Derecho civil aplicado; una determinada manera “suprema” (y última) de interpretar, en ocasiones aisladamente, el Derecho civil aragonés. Pero la consideración de la jurisprudencia, en cuanto interpretación uniforme de la norma, queda eventualmente al margen de todo esto⁹³.

En una casación abierta de esta manera, por causa de la reducción de la *summa cassationis*, podemos encontrarnos con una potencial —no actual— doctrina extensa respecto de variadas materias y de todas las cuestiones jurídicas dudosas o inciertas que hayan planteado las decisiones jurisdiccionales recurridas. Pero ésta es una manera de incrementar rápidamente el número

⁹³ En este punto es interesante prestar atención a la diversidad de contenido que establece el art. 487.2 para las sentencias que resuelvan el recurso de casación. En los recursos de casación a que se refieren los números 1º y 2º del apartado 2 del art. 477 LEC, la sentencia que ponga fin al recurso confirmará o casará, en todo o en parte, la sentencia recurrida. Sólo cuando el recurso de casación sea de los previstos en el número 3º del apartado 2 del art. 477, si la sentencia considerara fundado el recurso, además de casar la resolución impugnada, debe resolver sobre el caso, declarando lo que corresponda según los términos en que se hubiere producido la oposición a la doctrina jurisprudencial o la contradicción o divergencia de jurisprudencia (art. 487.2 y 3 LEC).

de sentencias con múltiples declaraciones “pseudo-jurisprudenciales” muy variadas. En efecto, puede resultar dificultoso conseguir la uniformidad interpretativa, porque ésta se halla en razón directa de la relación en que se encuentra la norma y el supuesto de hecho regulado por ella⁹⁴. El TSJA ha mostrado esta forma de razonar al afirmar que las reformas del recurso de casación operadas con la cuantía dan lugar a que se multipliquen los temas ofreciéndose en una notable diversidad que no garantiza un fruto aprovechable para el enriquecimiento de la doctrina jurisprudencial⁹⁵. Porque no es jurisprudencia cualquier afirmación, efectuada por el juez de casación en la sentencia, que pueda aislarse del caso concreto y de la propia sentencia para —una vez segregada— utilizarla como máxima abstracta y generalizada en el sentido que más convenga. La verdadera jurisprudencia es la que surge de una sentencia del juez de casación que toma en consideración el caso decidido y la razón de la decisión⁹⁶. Por ello, podría darse la circunstancia de que, a pesar de tener un amplio muestrario de “juicios forales supremos” sobre la aplicación del Derecho civil aragonés por los tribunales de instancia, no se consiguiera tener una auténtica “doctrina jurisprudencial” en determinadas materias, como manifestación de una interpretación uniforme sincrónica de la ley⁹⁷.

Todo lo contrario. Lo que puede ofrecerse es una colección de máximas que, desligadas de la *ratio decidendi*, se aplican en un caso y en otro, según convenga, exhibiendo y proclamando infundada e imprudentemente la etiqueta que indica cierta de-

⁹⁴ TARUFFO, M., *El vértice*, cit., p. 102.

⁹⁵ V. ATSJA de 21 de abril de 2005.

⁹⁶ V. DÍEZ-PICAZO, L., *Estudios*, cit., p. 10 y BONET NAVARRO, A., *Los recursos en el proceso civil*. Madrid, 2000, p. 241. Es reiterada la doctrina sobre la necesidad de existir dos sentencias al menos para hablar de jurisprudencia sobre una determinada materia (V. ATS 5 de marzo de 2002: “jurisprudencia es porque deberán existir de un mismo tribunal dos o más sentencias”). Sobre supuestos en que basta una sola sentencia V. FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., “El recurso de casación”, cit., pp. 63 y 64.

⁹⁷ Sobre esto puede verse TARUFFO, M., *El vértice*, cit., p. 135 a 141.

nominación de origen; de ser “algo” dicho por el tribunal de casación, como si, por esta sola razón, “eso” fuera jurisprudencia. Así es como pueden emplearse estas máximas, sin rigor alguno, por los litigantes y por los tribunales de instancia, cuando no a veces también por el propio tribunal de casación mostrándolas como “jurisprudencia consolidada”.

La consideración de este estado de cosas suministraría criterios serios y razonados para concluir diciendo que la disminución de la cuantía para facilitar el acceso a la casación, lejos de ser una garantía de la creación de la jurisprudencia por sí, puede comportar un notable riesgo de impedir o por lo menos dificultar el fin perseguido con la promulgación de la LCFA. En este sentido, el criterio de rebajar la cuantía puede convertirse en elemento configurador del juicio casacional aragonés y de la función del recurso.

4.7. La incidencia de los “especiales” intereses casacionales

También debemos ocuparnos de examinar la incidencia configuradora de las otras *especialidades* introducidas por la LCFA respecto de los supuestos en que se entiende que existe interés casacional⁹⁸. Hemos señalado anteriormente (4.4) que el texto de la ley aragonesa añade determinados matices desconocidos en la LEC, los cuales tienen la misma dimensión de búsqueda de apertura —o, por lo menos de garantía para evitar la restricción⁹⁹—

⁹⁸ A) Cuando la sentencia se *oponga* a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo dictada en aplicación de normas de Derecho civil aragonés (art. 3.1, *ab initio*); B) cuando no exista (*dicha*) doctrina del Tribunal Supremo en relación con las normas aplicables (de Derecho civil aragonés) en la sentencia recurrida (art. 3.1. *in fine*); C) cuando la sentencia recurrida aplique normas del Derecho civil aragonés que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que no exista doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (art. 3.3).

⁹⁹ No debe olvidarse el parcial carácter de reacción que tiene la norma aragonesa promulgada frente a la interpretación formulada en los *Criterios*, cit. de la Junta General de Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo respecto de la admisibilidad del recurso de casación.

del recurso que deba permitir la creación de la jurisprudencia. En suma, se trata de oportunas indicaciones para ensanchar el ámbito objetivo del interés. Porque, como se advierte, el art. 3.1. LCFA, en todas sus menciones, no se limita a referir lo concerniente a la jurisprudencia del TSJA, sino que atiende también a la jurisprudencia casacional del Tribunal Supremo¹⁰⁰.

A) La doctrina opuesta o inexistente

Nos parece que el designio de estas indicaciones es no sólo incrementar el número de recursos que puedan interponerse frente a sentencias dictadas por las Audiencias provinciales, sino, fundamentalmente, el de establecer un patrimonio de doctrina jurisprudencial uniformadora en lo civil foral aragonés creado, primordialmente, dentro de Aragón. El camino es el de reconducir toda interpretación jurisprudencial, en último término, al ámbito uniformador de la jurisprudencia del TSJA. El asunto, inicialmente, despierta interés de ser estudiado. Pero exige ponerlo en relación inmediata con la finalidad pretendida.

En principio, la mención a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (opuesta o inexistente) como punto de referencia para admitir los recursos de casación puede verse hecha con una doble utilidad; la propiciada por la situación de la doctrina jurisprudencial generada por este Tribunal hasta que se estableció la competencia casacional del TSJA; y la doctrina jurisprudencial de los casos en que, desde tal atribución de competencia a este órgano jurisdiccional, ahora compartida con el Tribunal Supremo, se sigue creando por éste en materia de Derecho civil foral.

¹⁰⁰ Tomando como base la ausencia de esta referencia al Tribunal Supremo en el art. 477.3 LEC, FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., "El recurso de casación", cit. P. 62, afirma que debe estimarse que sólo es invocable como doctrina jurisprudencial la sentada por el Tribunal Superior de Justicia y, en modo alguno, la del Tribunal Supremo, por ser éste el único competente para reafirmar o rectificar su propia jurisprudencia.

Sin embargo, al examinar el trazado del camino por donde el legislador aragonés ofrece transitar al TSJA, se advierte que el intento es bastante limitado, si se tienen en cuenta algunas consideraciones que proporcionan la formulación de cuestiones difícilmente eludibles. En primer lugar, hemos de observar que la mayor parte de la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a la atribución de la competencia casacional al TSJA se refiere a normas de Derecho civil aragonés que ya no se aplica¹⁰¹. Y, como establece el art. 3.1 LCFA, hay que tener en cuenta que la sentencia recurrida debe *oponerse* a la doctrina dictada en aplicación de normas del Derecho civil aragonés que obviamente se hayan aplicado en tal resolución. Algo parecido ocurre cuando se trata de los casos en que *no existe* doctrina en relación con las normas aplicables en el momento a ese caso concreto.

En uno y otro caso, para ensanchar el criterio de selección de casos con la referencia al Tribunal Supremo, la norma no específica que se hallará comprendida en causa de admisibilidad —por interés casacional— el recurso cuando la sentencia se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo dictada en aplicación de normas del Derecho civil aragonés “anteriores de igual o similar contenido” a las actuales, ni tampoco utiliza similar cláusula para los casos en que no exista dicha doctrina, como lo hace respecto de la carencia de tal doctrina en los casos en que se hayan aplicado normas cuya vigencia sea inferior a cinco años (art. 3.3).

La invocación a la doctrina opuesta o inexistente del Tribunal Supremo respectivamente como modo de selección de asuntos tendrá una eficacia menguada. El camino para crear jurisprudencia por causa de esta ampliación especializada es angosto.

¹⁰¹ Puede pensarse en la jurisprudencia creada bajo la vigencia del Apéndice de Derecho Civil de Aragón de 1925 y de la Compilación de Derecho Civil de Aragón de 1967.

B) El efímero plazo de cinco años

Otro asunto es el que resulta del análisis del apartado 3 del art. 3 LCFA. En él se contiene una referencia a la doctrina jurisprudencial que se haya creado respecto de normas cuya vigencia sea inferior a cinco años, siempre que no se haya producido respecto de normas distintas y anteriores con igual o similar contenido.

Aparentemente el intento es útil porque aquí no se excluye la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Pero, así como el interés casacional es estimable cuando la norma reciente es susceptible de una aplicación reiterada, extensiva (en el espacio territorial y objetivo) y temporal (en el plazo de cinco años), carece de trascendencia cuando el derecho es limitado en estos aspectos. Podrá transcurrir el plazo de cinco años de vigencia de una ley sin haberse utilizado nunca esta vía de acceso al recurso.

En este punto, se impondrá efectuar una laboriosa búsqueda de tal doctrina del Tribunal Supremo, porque existan casos en que la norma moderna aplicada coincida en contenido igual o similar con las anteriores normas¹⁰².

No añaden estas indicaciones de interés casacional mucho más para la selección de los asuntos.

¹⁰² Debe tenerse en cuenta a la hora de examinar esta correspondencia entre la doctrina que en su día pudo formularse respecto de la Compilación del Derecho Civil de Aragón promulgada por Ley 15/1967, de 8 de abril integrada en el ordenamiento jurídico aragonés por la Ley de las Cortes de Aragón 3/1985, de 21 de mayo e incluso del Apéndice y normas anteriores y la doctrina producida al aplicar las sucesivas modificaciones al Derecho civil de Aragón realizadas por el Real Decreto-Ley 33/1978, de 16 de noviembre; y las leyes aragonesas 3/1985, de 21 de mayo; 3/1988, de 25 de abril; 4/1995, de 29 de marzo; 1/1999, de 24 de febrero; 6/1999, de 26 de marzo; 2/2003, de 12 de febrero; 2/2004, de 3 de mayo; y 13/2006, de 27 de diciembre.

CONCLUSIÓN

La regulación del recurso de casación no comporta, a secas, la creación de un medio puramente instrumental de naturaleza neutra que pueda ser útil indistintamente para cualquier finalidad perseguida por el legislador en cada momento histórico. Un determinado modo de regulación del recurso conforma la figura del juez de casación en su actuación, sus funciones y la forma de desarrollarlas. El legislador, al establecer una específica regulación del recurso, de entre todas las posibilidades de actuación que se reconocen a los “tribunales supremos”, selecciona una o varias y desecha otras; por tanto, el valor y significado de las resoluciones de estos tribunales son consecuencia de todo lo anterior¹⁰³.

La observación de este diferente (*especial*) modo de construir el legislador aragonés un instrumento para crear un espacio idóneo en el que pueda producirse una adecuada “doctrina jurisprudencial especialmente autorizada”, ofrece a la vista algo que no puede considerarse un mero retoque de las normas que regulan la casación estatal en la LEC/2000. Pone de relieve que la técnica de la selección de asuntos tiene, en el ámbito de las intenciones políticas, un papel trascendental para determinar la función de la casación y, en particular, para garantizar la creación de la doctrina jurisprudencial. No es indiferente, a los fines fijados para el recurso en cada caso concreto, que los asuntos judiciales sean esmeradamente seleccionados o que se reduzca o suprima toda selección de ellos para entrar en la casación. Sin ser connatural a la casación el requisito de una determinada y fija selección de asuntos, el tratamiento que se dé a ésta, en una establecida regulación del recurso, influye indirectamente en la elección de la función del Tribunal Superior de Justicia aragonés y trasciende al resultado de sus juicios casacionales.

Sin embargo, al comparar los textos de la LEC y de LCFA, puede tenerse la impresión de que no hay una única manera de

¹⁰³ V. TARUFFO, M., *El vértice*, cit., pp. 146 ss.

garantizar la formación de la doctrina jurisprudencial a través del recurso de casación. Considerando así las cosas, existiría una doble vía para conseguir el mismo fin. En unos casos, se trataría de preservar la función del recurso mediante el establecimiento de la selección positiva de asuntos (LEC); en otros, sólo la atenuación de la intensidad en la selección, mediante la reducción parcial o supresión total de filtros selectores, sería el resorte idóneo para conseguir tal función creadora de la jurisprudencia.

El legislador aragonés alienta un deseo que, al cabo, es la razón de ser de la ley. El Preámbulo de la LCFA lo expresa diciendo que “el recurso de casación debe permitir al Tribunal Superior de Justicia de Aragón crear la jurisprudencia” que necesita el ordenamiento jurídico aragonés; y los “operadores jurídicos” también. De las dos vías antes enunciadas, el legislador ha elegido la segunda; la de reducción de los *filtros*, rebajando la cuantía de la *summa cassationis*. Pero la experiencia enseña que la apertura indiscriminada al recurso a todos los asuntos o a una inmensa cantidad de ellos; o, si se quiere enunciar de otro modo la misma cuestión: la libertad total o reforzada para plantear recursos de casación ante el tribunal, al margen de que realmente accedan muchos asuntos, no beneficia automáticamente a la formación de la jurisprudencia; basta poco tiempo y esfuerzo para comprobar que la simple voluntad de hacer llegar más asuntos al tribunal de casación no es garantía de poder conseguir una autorizada doctrina jurisprudencial; más asuntos ante el Tribunal Superior de Justicia no se corresponden, en proporción directa, con más jurisprudencia aragonesa. Al contrario; el incremento de asuntos, según la experiencia universal de la casación, puede generar la devaluación persuasiva del juicio casacional, la eventual incoherencia entre las múltiples resoluciones, la producción de una jurisprudencia de *consumo inmediato* que se utiliza como una mera colección degradada de remedios *pret à porter* para los litigantes en dificultades, que aspiran a ver refrendada su argumentación con

una *máxima casacional*, la cual acaban encontrando siempre, a favor o en contra de sus argumentos; si no se convierte además, en manos de los tribunales de instancia, en un elemento de autoridad, supuestamente “razonador”, que ahorra el razonamiento minucioso, lógico y responsable de sus decisiones.

La reiteración de los asuntos con cuestiones jurídicas dispares, aun dentro de las mismas “materias” (difícilmente se hallan dos asuntos exactamente iguales en su *ratio decidendi*), causan una dispersión en la formulación de máximas interpretativas de la ley cuando no da lugar a una ingobernable gestión de la doctrina que hace muy difícil conseguir algo que tenga que ver con la uniformidad doctrinal de la interpretación e, incluso, conocer cómo se guarda la uniformidad y, al cabo, descubrir lo que constituye el mayor obstáculo: la imposibilidad de saber cuál es la doctrina afirmada¹⁰⁴.

La norma aragonesa, al rebajar la *summa cassationis*, configura un ámbito en el que habrá de actuar el TSJA; un espacio para recibir directamente la tercera petición de tutela judicial de los litigantes descontentos con el resultado obtenido en la segunda instancia, en una gran cantidad y variedad de casos. El legislador manifiesta una buena intención; pero ésta debe ponderarse al lado del riesgo que existe de que en algunos recursos el tribunal de casación vaya a actuar simplemente como en un tercer grado (no diremos en una tercera instancia, porque no lo es) de jurisdicción sin tener la posibilidad de crear ni de procurar jurisprudencia. Asunto distinto es el que se examina desde los accesos permitidos por razón del interés casacional;

¹⁰⁴ V. TARUFFO, M., *El vértice*, cit., pp. 145 ss. y en especial, p. 149. Si, a veces, resulta casi imposible descubrir cuál es la doctrina jurisprudencial expresada en una sentencia en la que se mezclan hechos, argumentos incidentales y todo tipo de consideraciones instrumentales y principales, no es menor el problema que afronta quien quiere conocer en qué medida existe uniformidad jurisprudencial sincrónica o diacrónica respecto de una determinada cuestión u objeto. La tarea resulta más ardua cuando, en el marasmo —por razón de la cantidad o de la variedad— de sentencias dictadas, hay que determinar si existe jurisprudencia sobre algún punto específico.

en ellos, pese a los elementos discretamente reductores de los *filtros*, ya expuestos, se pone en manos de TSJA, como ya lo hacía (y lo sigue haciendo) la LEC/2000 sin necesidad de especialización legislativa, la posibilidad de crear la jurisprudencia aragonesa.

II. EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN

Fernando ZUBIRI DE SALINAS

PRESIDENTE DEL TRIBUNAL SUPERIOR
DE JUSTICIA DE ARAGÓN

SUMARIO: 1. EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN: 1.1. Previsión constitucional de los Tribunales Superiores de Justicia. 1.2. Creación orgánica de los Tribunales Superiores de Justicia. 1.3. Mención estatutaria del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. 1.4. La primera reforma estatutaria aragonesa. Problemas sobre la identidad competencial del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. 1.5. El Estatuto de Autonomía de Aragón y la Ley sobre Casación Foral aragonesa.– 2. COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN: 2.1. Las Salas. 2.2. Los magistrados de la Sala de lo Civil: provisión de plazas. 2.3. La especialización.– 3. LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL: 3.1. Competencia en materia civil. 3.2. Especial referencia a la competencia casacional

1. EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN

Los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas suceden a las Audiencias territoriales, reguladas en la Ley Provisional Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 y en la Adicional de 1882. Estas Audiencias, que durante largos años se mantuvieron como el órgano jurisdiccional máximo en el territorio de una región, tenían tres caracteres fundamentales: eran presididas por el Presidente de la Audiencia Territorial, continuador del Regente del antiguo régimen y máxima autoridad judicial en el territorio; la Sala de lo Civil era el órgano competente, en materia civil, para conocer de los recursos de apelación contra las sentencias dictadas por los Juzgados de Primera Instancia de cualquiera de los partidos judiciales integrados en las provincias de ese territorio; y la Audiencia Provincial de la provincia en que tenía su sede, con competencia específica o prioritaria en materia penal, formaba parte de la Territorial como su Sala de lo Criminal¹.

¹ Un examen detallado sobre la organización del Poder Judicial en el periodo anterior a la guerra civil puede verse en APARICIO, Miguel Ángel: *El status del Poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*, especialmente páginas 108 y siguientes, sobre la Ley Orgánica de 1870, y 141 y siguientes, sobre la Adicional de 1882.

1.1. Previsión constitucional de los Tribunales Superiores de Justicia

La Constitución española de 1978 establece un sistema de división de poderes y configura al Poder Judicial como un poder independiente con su propio órgano de gobierno, el Consejo General del Poder Judicial. El Título VI, cuya rúbrica *Del Poder Judicial* comprende los artículos 117 a 127, regula las funciones de la Administración de Justicia, como un poder independiente y difuso, que recae en cada uno de los Jueces y Magistrados integrantes del mismo, en cuanto ejercen la potestad jurisdiccional. Conforme al primero de los preceptos citados, *La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.*

La norma constitucional remite a la Ley Orgánica del Poder Judicial para establecer *la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un cuerpo único, y del personal al servicio de la administración de justicia* (art. 122.1). De los órganos judiciales únicamente hace referencia expresa al Tribunal Supremo, al que califica como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123.1).

Por su parte, y dentro del Título VIII, referido a las Comunidades Autónomas, el artículo 152.1 regula, en su párrafo segundo, los Tribunales Superiores de Justicia, conforme al cual *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. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 123 las sucesivas*

instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia.

Este apartado fue introducido en la Comisión constitucional del Congreso de los Diputados por una enmienda *in voce* de Minoría Catalana, defendida por el diputado Miguel Roca.

La norma constitucional no resultó clara en su redacción, regula cuestiones distintas a párrafo seguido, pero fundamentalmente trataba de asegurar la existencia de unos Tribunales Superiores en la Comunidad Autónoma, en los que se agotase el régimen de recursos, salvando la competencia constitucionalmente declarada del Tribunal Supremo.

Este texto se encuentra ubicado dentro del punto primero del artículo 152, de forma que los comentaristas iniciales del texto constitucional entendieron que sólo los Estatutos aprobados por el procedimiento del artículo 151 de la Constitución podían disponer la creación de Tribunales Superiores de Justicia. Sin embargo, Peces-Barba entendió que la intención del legislador fue de igualdad institucional entre todas las Comunidades Autónomas, si bien con diferente ritmo y procedimiento².

El desarrollo legislativo posterior a la promulgación de la Constitución tuvo una influencia notoria en el decurso de los acontecimientos. Comoquiera que la Ley Orgánica del Poder Judicial se demoró en su elaboración, hasta el punto de que no fue aprobada hasta el año 1985, entre tanto se promulgaron varios Estatutos de Autonomía, que regularon los Tribunales Superiores de Justicia. Así se hizo en los artículos 14 y 34 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, en el 20 del Estatuto de Cataluña y en los artículos 21 y 22 del de Galicia. Todos ellos configuraban un Tribunal Superior de Justicia de la respectiva Comunidad

² Sobre el estado de la cuestión tras la promulgación de la Constitución, véase DÍAZ VALCÁRCEL, Luis María: "Poder Judicial y Comunidades Autónomas", en *El Poder Judicial*, edición de la Dirección General de lo Contencioso del Estado-Instituto de Estudios Fiscales, Volumen I, páginas 94 y siguientes.

Autónoma, con competencia para entender de recursos de casación en materia de derecho civil propio. Dichas Comunidades Autónomas habían accedido a la autonomía por la vía prevista en la Disposición Transitoria 2ª de la Constitución, como territorios llamados “históricos” al haber plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatutos de Autonomía durante el periodo de la Segunda República.

El Estatuto de Autonomía para Andalucía, elaborado por la vía del art. 151 y aprobado por Ley Orgánica 5/1981, de 30 de diciembre, también reguló el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma, pero mantuvo por el momento las Audiencias Territoriales de Sevilla y Granada³.

Pero también otros Estatutos autonómicos, elaborados conforme al procedimiento establecido en el art. 143 de la Constitución, previeron la creación de estos Tribunales Superiores. Así sucedió en el Estatuto de Asturias (arts. 36 y 37) y en el de Cantabria (art. 42)⁴. El inicial Estatuto de Aragón, de 1982, también realizó esta configuración.

Como explica De Pedro Bonet, los primeros Estatutos disponían una breve regulación sobre el Poder judicial, con el siguiente contenido: la existencia de estos Tribunales Superiores; su configuración, acorde con el art. 152 antes transcrito, y la inclusión de la competencia casacional en materias de derecho propio; el mérito preferente del conocimiento del derecho propio —y, en su caso, de la lengua propia— para que los magistrados obtengan destino en el territorio; y la atribución de determinadas competencias a la administración autonómica respecto a la organización judicial⁵.

³ Arts. 47 y 48. Este Estatuto fue derogado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía, que realmente aprueba un nuevo Estatuto, de los considerados de “segunda generación”.

⁴ Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias y Ley Orgánica 8/1981, de igual fecha, de Estatuto de Autonomía de Cantabria.

⁵ DE PEDRO BONET, Xavier: “El Poder Judicial y la Administración de Justicia

Este desarrollo legislativo era posible por cuanto se venía considerando que “la afirmación de que todas las Comunidades Autónomas contarán con un Tribunal Superior de Justicia no se halla expresamente prevista en la Constitución; el art. 152 reconoce la existencia de un Tribunal Superior para las Comunidades Autónomas que tramiten su Estatuto por el procedimiento del art. 151, mientras que no hay precepto similar aplicable a las del 143; no obstante, no existe tampoco prohibición expresa”, para que estos últimos pudieran establecer la creación de dichos Tribunales⁶.

Acerca de la configuración de estos Tribunales se pronunció la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 38/1982, de 22 de junio, afirmando que *“la inclusión de este precepto en el Título VIII de la Constitución, el reflejo de su contenido en el art. 19 del Estatuto de Cataluña y otros argumentos complementarios que podrían citarse, son muestra de la vinculación de los Tribunales Superiores de Justicia respecto de la ordenación de las Comunidades Autónomas que se constituyan por la vía del art. 151 de la Constitución, a que se refiere el art. 152.1 de la misma. Pero, hecha esta afirmación, ha de recordarse también que, de acuerdo con el art. 122 de la Constitución, corresponde a la LOPJ determinar la constitución, funcionamiento y gobierno de los Tribunales de Justicia, es decir, su configuración definitiva”* (fundamento de derecho quinto). La sentencia concluía estimando el conflicto positivo de competencia planteado por el Abogado del Estado, en cuanto a determinada regulación del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y de su Presidente, dejando la configuración definitiva de estos órganos a la Ley Orgánica, de competencia estatal.

De esta forma, al tiempo de la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, gran parte de los Estatutos de Autonomía vigentes habían ya establecido la necesidad de contar de un Tri-

en Aragón”. *En Estudios jurídicos sobre el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007*. Coordinados por la Asociación de Letrados de la Comunidad Autónoma de Aragón. Zaragoza 2008. Páginas 106-107.

⁶ DÍAZ VALCÁRCEL, obra citada, página 97.

bunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma, refiriéndose algunos de ellos a las competencias casacionales, mientras que otros remitían a la futura Ley Orgánica para la regulación de este recurso.

El desarrollo de los acontecimientos, juntamente con la presión política de algunas Comunidades Autónomas, fue determinante para la redacción definitiva de la Ley, que concluyó regulando estos Tribunales en los artículos 70 y siguientes. Conforme al primero de ellos *El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma culminará la organización judicial en el ámbito territorial de aquella, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo. Y, a tenor del art. 71, el Tribunal Superior de Justicia tomará el nombre de la Comunidad Autónoma y extenderá su jurisdicción al ámbito territorial de esta.*

1.2. Creación orgánica de los Tribunales Superiores de Justicia

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, crea estos órganos, que regula en los artículos 70 a 79. Constituye en ellos una Sala de lo Civil y Penal, a la que atribuye el conocimiento de los recursos de casación y revisión en materia de derecho civil propio, *“cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución”* (artículo 73.1). Así se hizo, inicialmente, en el Estatuto de Autonomía de Aragón.

Tras la promulgación de la Ley de Planta y Demarcación judicial 38/1988, de 28 de diciembre, por Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 10 de mayo de 1989 se dispuso la constitución del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que tuvo lugar el 23 de mayo de 1989, en acto formal y solemne que se desarrolló con asistencia de las primeras autoridades y representaciones de la Comunidad Autónoma, y bajo la presidencia del Vocal delegado del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial.

1.3. Mención estatutaria del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

El Estatuto de Autonomía de Aragón, en su primera redacción, fue promulgado como Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto. En la materia concerniente a la Administración de Justicia el artículo 28 establecía que *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 art. 152 de la Constitución y de acuerdo con el presente Estatuto*. El artículo 29.1 reservaba competencias casacionales para los tribunales constituidos en Aragón —implícitamente, para el Tribunal Superior—, aun remitiéndose a una todavía pendiente Ley Orgánica del Poder Judicial, al afirmar que *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 de revisión, en las materias de Derecho civil foral aragonés*.

Esa redacción era acorde con las ya examinadas del País Vasco, Cataluña y Galicia, casi coetáneos y que —al igual que Aragón— se referían a regiones autonómicas con derecho foral propio.

1.4. La primera reforma estatutaria aragonesa. Problemas sobre la identidad competencial del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

El Estatuto de Autonomía de Aragón fue modificado por Ley Orgánica 6/1994, de 24 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón. Modificación coetánea a otras de distintos Estatutos, que no afectó a la materia de justicia.

La siguiente reforma estatutaria, llevada a cabo por Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, tuvo importante incidencia en la materia. En una extraña regulación, nunca bien explicada,

el art. 2 dispuso que el art. 29 quedaba suprimido, mientras que el art. 3 determinó que *Los preceptos que se relacionan a continuación, cuyo texto permanece inalterado, modifican su numeración en la siguiente forma: El art. 28 pasa a ser art. 29* (entre otros).

De esta forma, la única referencia al Tribunal Superior y a su competencia —en un tiempo, no se olvide, en que ya estaba vigente la Ley Orgánica del Poder Judicial—, pasó a ser el art. 29, a cuyo tenor: *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 152 de la Constitución y de acuerdo con el presente Estatuto.*

Esta desdichada reforma determinó que insignes juristas (Delgado Echeverría, entre otros) entendieran que la competencia casacional de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón había desaparecido. Así lo entendió también la propia Sala en diversas resoluciones, a partir del Auto de 14 de abril de 1997, dictado en un recurso de revisión, pero con argumentación plenamente trasladable al recurso de casación⁷.

⁷ Auto de 14 de abril de 1997, fundamento de derecho quinto: “La nueva regulación priva a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de la jurisdicción para resolver recursos de revisión, al haber desaparecido la norma expresa de atribución contenida en el anterior artículo 29.1 a) antes citado. A esta conclusión se llega por las siguientes razones:

A) La expresión del legislador que determina que este Tribunal Superior de Justicia es el órgano jurisdiccional en que culmina la organización judicial en su ámbito territorial, es decir, en el territorio aragonés, 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 agotarán 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 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 partici-

Planteada la cuestión ante el Tribunal Supremo, la Sala Primera dictó un Auto de fecha 10 de febrero de 1998, que resolvió la cuestión, al entender que, pese al defecto de técnica legislativa, había que entender subsistente la competencia casacional, fundándose para ello en razones de derecho histórico e interpretando la voluntad del legislador. Dicho criterio ha sido mantenido por el alto tribunal, posteriormente, en muchos otros autos, entre ellos el de 24 de febrero de 2004⁸.

pación 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, según se ha expuesto en los precedentes fundamentos jurídicos, siguiendo reiteradísima doctrina emanada de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, a la que igualmente se ha hecho mención;

D) La última parte del precepto contenido en el hoy vigente artículo 29 del Estatuto de Autonomía de Aragón, 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 al recurso de revisión, puesto que en ningún otro precepto de dicho Estatuto se hace ya referencia a la tramitación de los recursos de revisión contra sentencias firmes dictadas por órganos judiciales con sede en esta Comunidad.

Todo ello igualmente podría predicarse respecto del recurso de casación”.

⁸ El Auto de 24 de febrero de 2004 resume la doctrina de la Sala Primera sobre el tema, en los siguientes términos:

“Por Autos de 10 y 24 de febrero de 1998 (recursos núm. 1909/97 y 3534/96, respectivamente), 10 y 24 de marzo de 1998 (recursos núm. 960/97 y 3621/97, respectivamente), 12 de mayo de 1998 (recurso 964/97), 23 de junio de 1998 (recurso 3932/96), 8 de septiembre de 1998 (recurso núm. 2199/97) y 2 de marzo y 21 de diciembre de 1999 (recursos núm. 115/98 y 2658/98, respectivamente), esta Sala se ha pronunciado ya al respecto con base en la siguiente fundamentación jurídica:

“2.- En el estado de cosas anterior a la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón por la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, la cuestión no suscitaba dudas sobre la competencia, en tal caso, de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia, ya que el art. 29.1,a) de dicho Estatuto de Autonomía, desde su redacción originaria según la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, extendía las competencias de los órganos jurisdiccionales en Aragón, en el orden civil, “a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y de revisión, en las

materias de Derecho civil foral aragonés”, mientras que por su parte el art. 54.1,a) de la Ley de Demarcación y de Planta Judicial de 1988, y más tarde el art. 1730 LEC en su redacción según la Ley 10/92, resolvieron el problema de los recursos fundados conjuntamente en infracción de normas de Derecho común y foral atribuyendo la competencia a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia.

”3.- Sin embargo, el problema surge porque la indicada Ley Orgánica de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón ha eliminado de su texto el contenido del antiguo artículo 29, pasando a ocupar este número de articulado el contenido del antiguo artículo 28, de la misma forma que ha sucedido con los artículos 27, 26 y 25, que pasan a recoger los contenidos de los antiguos artículos 26, 25 y 24 según dispone el artículo 2 de dicha Ley Orgánica de reforma. La consecuencia de todo ello es que el texto actualmente vigente del Estatuto de Autonomía de Aragón no contiene una expresa atribución competencial, en materia de recurso de casación civil por infracción de normas de derecho foral, a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia, limitándose su artículo 29, reproducción del antiguo artículo 28, a establecer que “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 152 de la Constitución y de acuerdo con el presente Estatuto”.

”Y como quiera que el art. 73.1 LOPJ atribuye a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, como Salas de lo Civil, la competencia para conocer del recurso de casación “siempre que el recurso se funde en infracción de normas de Derecho Civil, Foral o Especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución”, y a su vez el art. 1686 LEC atribuye a estas mismas Salas la competencia para “conocer de los recursos de casación en los supuestos de infracción de las normas del derecho civil, foral o especial propio de las Comunidades Autónomas en cuyo Estatuto de Autonomía se haya previsto esta atribución”, se suscitan serias dudas en torno a la competencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para seguir conociendo de los recursos de casación por infracción de normas de Derecho civil foral aragonés.

”4.- En una primera aproximación interpretativa, estrictamente literal, cabría afirmar que efectivamente la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón carece en la actualidad de dicha competencia. Ni el artículo 152.1, párrafo segundo, de la Constitución, que en principio contemplaba los Tribunales Superiores de Justicia sólo para las Comunidades Autónomas que se constituyeran por la vía del artículo 151 (SSTC 72/89 y 38/82), limitándose a declarar que culminarían la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, “sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo”, ni el art. 35.1.4ª del Estatuto de Autonomía de Aragón, que atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés, pueden tomarse como atributivos de una competencia judicial que la propia Constitución, en su

art. 122.1, reserva a la (SSTC 56/90, 62/90 y 254/94, esta última declaratoria de la inconstitucionalidad del art. 733 LEC), pareciendo bastante claro que dicho art. 35.1,4ª se refiere a la competencia legislativa, en concordancia con el art. 149.1,8ª de la Constitución, y no a la judicial.

“Y tampoco parece convincente que la coma del art. 73.1,a) LOPJ antes transcrito (“... y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía...”) pueda interpretarse como significativa de dos requisitos alternativos y no conjuntos, pues no encajaría en el sistema de la LOPJ ni de la propia Constitución, especialmente si se recuerda su configuración del Poder Judicial como poder exclusivamente estatal (arts. 122, 123, 149.1, 5ª y 152 y SSTC 25/81, 38/82, 56/90 y 62/90), que un Estatuto de Autonomía atribuyera al Tribunal Superior de Justicia la competencia para conocer del recurso de casación civil en todo caso, es decir al margen de la naturaleza común o foral de la norma supuestamente infringida e incluso aunque la Comunidad Autónoma de que se trate careciera de Derecho civil propio.

“5.- No obstante, la tarea interpretativa de las normas no puede detenerse en lo puramente literal o gramatical. Muy al contrario, el art. 3.1 del Código Civil añade a este elemento de interpretación el sintáctico-sistemático (“contexto”), el histórico (“antecedentes históricos y legislativos”) y el sociológico (“realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”), imponiendo a su vez sobre todos ellos (“fundamentalmente”) el del espíritu y finalidad de la norma (elemento teleológico), sin que, a su vez, la falta de mención expresa del elemento lógico pueda tomarse, según opinión unánime de la doctrina, como equivalente a su exclusión.

“La cuestión, por tanto, consiste en determinar si, combinando todos estos elementos de interpretación, debe igualmente llegarse a la conclusión de que la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón de 1996 ha privado al Tribunal Superior de Justicia de la competencia para conocer del recurso de casación por infracción de normas de derecho civil foral.

“Para resolver tal cuestión debe tenerse en cuenta, ante todo, que Aragón ha sido uno de los territorios españoles con indiscutible Derecho civil propio. De Aragón fue el único Apéndice de los previstos en el art. 6 de la Ley de Bases de 1888 que llegó efectivamente a ser ley en 1925; de 1967 data la Compilación de Derecho Civil de Aragón que sustituyó al Apéndice; en Zaragoza se celebró, en 1946, el Congreso Nacional de Derecho Civil en el que se afirmó la realidad y legitimidad del Derecho foral; y Aragón no ha considerado su derecho civil propio como algo estático, sino que después de la Constitución ha modificado su Compilación por Ley 3/1988, de 25 de abril, sobre equiparación de los hijos adoptivos, y por Ley 4/1995, de 29 de marzo, sobre sucesión intestada.

“Igualmente ha de tenerse en cuenta, como ya se ha dicho, que el Estatuto de Autonomía de Aragón, en su redacción originaria de 1982, sí atribuía expresamente a los órganos jurisdiccionales de Aragón competencia para conocer del

En este tiempo hubo diversos criterios de interpretación, sustentados en resoluciones y votos particulares de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, situación que se mantuvo entre los años 1997 a 2000. Finalmente la Sala entendió que, pese a la dificultad procedente de la redacción del Estatuto de Autonomía, el Tribunal Supremo podía decidir que, en el caso que le es sometido, la competencia para resolver un recurso de casación correspondiese a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior. Este criterio, ya reiterado, debe ser considerado como

recurso de casación en materias de Derecho civil foral aragonés, así como que la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha venido ejerciendo pacíficamente esa competencia hasta la reforma del Estatuto de 1996.

“Pues bien, todos estos datos, unidos a la consideración de que las reformas del Estatuto de Autonomía de 1994 y 1996 tuvieron como finalidad indiscutible la ampliación de competencias de la Comunidad Autónoma, y no su reducción (“La reforma del actual Estatuto redescubre nuestra identidad histórica”, dice la Exposición de Motivos de la L.O. 5/96, que igualmente habla de “trabajar por la recuperación de su constante histórica” o de que “Aragón encuentre la plenitud que se pretende como deseable ecuación de libertad para decidir y responsabilidad por lo decidido, dentro del concepto de España”), unidos a la subsistencia del conocimiento del Derecho propio de Aragón como mérito preferente para el cargo de Presidente y Magistrados de TSJ (arts. 30 y 31 EA) y unidos, en fin, a la ausencia de cualquier trabajo o material parlamentario que ni siquiera apuntara a una eliminación de aquella competencia, **conducen a afirmar que la desaparición del contenido del antiguo art. 29.1,a) del Estatuto sólo puede tomarse como un defecto de técnica legislativa tan patente como, sin embargo, subsanable por vía interpretativa** entendiendo que, en el caso concreto de Aragón como Comunidad con Derecho civil foral claramente caracterizado y cuyo Tribunal Superior venía ejerciendo la referida competencia, **el vacío creado por la técnicamente des-
certada reforma de su Estatuto queda cubierto por la previsión de su actual artículo 29 de que ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón se agoten las sucesivas instancias procesales en los términos del artículo 152 de la Constitución**, disposición que, siempre en el caso concreto de Aragón, permite entender cumplido el requisito establecido en los arts. 73.1,a) LOPJ y 1686 LEC por más que, evidentemente, el recurso de casación no sea una “instancia” más”.

Lo marcado en negrita es mío, para subrayar la conclusión del Tribunal Supremo. Respecto de ella, entiendo que la buena intención y el resultado práctico obtenido no pueden obviar la debilidad de la argumentación: no siendo el recurso de casación “una instancia más”, como cuida la Sala Primera de recordar, la subsanación del defecto “por vía interpretativa” da un salto en el vacío, y lleva realmente a un camino de creación judicial del derecho orgánico y procesal.

interpretación de la ley, constituye jurisprudencia y ha de ser seguido en casos similares que se planteen ante la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Por ello, y a partir del Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 22 de septiembre de 2000, se entendió que la Sala es competente para resolver recurso de casación.

Finalmente, la cuestión ha quedado definitivamente resuelta por la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, que dedica el Título IV a *La Justicia*, y en el que el artículo 63 fija claramente la naturaleza y funciones competenciales del Tribunal Superior, manteniendo la casacional en materia de derecho civil propio de la Comunidad:

Artículo 63. El Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

- 1. El Tribunal Superior de Justicia de Aragón es el órgano jurisdiccional en que culmina la organización judicial en Aragón, y ante el que se agotarán las sucesivas instancias procesales cuando no hayan concluido ante otro órgano jurisdiccional radicado en la Comunidad Autónoma, y sin perjuicio de las competencias del Tribunal Supremo.*
- 2. El Tribunal Superior de Justicia de Aragón conocerá, en todo caso, de los recursos de casación fundados en la infracción del Derecho propio de Aragón, así como de los recursos extraordinarios de revisión que contemple la ley contra las resoluciones firmes de los órganos jurisdiccionales radicados en Aragón. También ejercerá las demás funciones que en materia de Derecho estatal establezca la Ley Orgánica del Poder Judicial.*

1.5. El Estatuto de Autonomía de Aragón y la Ley sobre Casación Foral aragonesa

Tras la asunción de la competencia casacional, por vía de la interpretación jurisprudencial efectuada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, se constató definitivamente la escasísima car-

ga competencial de la Sala de lo Civil del Tribunal aragonés. Las razones que fundaban esta realidad, en lo concerniente al recurso de casación, eran a mi juicio: el escaso conocimiento del derecho propio por parte de muchos letrados, que no lo invocaban en sus demandas ni en sus recursos, y las dificultades que la legislación procesal vigente y la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo venían estableciendo para el acceso a la casación. En este punto es de tener en cuenta:

A) La cuantía: En principio, la cuantía para que un asunto presente interés casacional vino fijada en 25.000.000 de pesetas, hoy 150.000 euros.

Según el art. 477.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos:*

1º *Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el art. 24 de la Constitución.*

2º *Cuando la cuantía del asunto excediere de ciento cincuenta mil euros.*

3º *Cuando la resolución del recurso presente interés casacional.*

Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente.

La cuantía superior a 150.000 euros se da en pocos casos en nuestro derecho. Es de notar que la ley procesal de 2000 había aumentado de forma muy considerable esta cuantía, y que esta ampliación se ha venido produciendo reiteradamente a lo largo de los últimos años, como forma de limitar el acceso a la casación por esta vía.

B) La existencia de interés casacional.

En sede del Tribunal Supremo esta vía ha sido escasamente admitida, dado el criterio restrictivo mantenido por la Sala Primera en trámite de admisión del recurso de casación pretendido de esta manera. Dicha Sala ha mantenido, en reiterados Autos, que si un procedimiento se ha seguido por razón de la cuantía, no puede luego pretenderse el recurso de casación por interés casacional⁹.

⁹ Este criterio fue establecido en Junta General, y ha sido mantenido en reiterados Autos, dictados en trámite de admisión. El Auto de 31 de julio de 2001 fija así el criterio de la Sala (fundamento de derecho primero):

“Esta Sala, reunida en Junta General de Magistrados celebrada el día 12 de diciembre de 2000, adoptó, entre otros, y en lo que interesa a los efectos del recurso de queja que se examina, los criterios que seguidamente se exponen en orden a la preparación y admisión de los recursos de casación sometidos al régimen de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, y que han sido recogidos en los Autos de fecha 13 y 27 de marzo, 10 y 24 de abril, 3, 16 y 29 de mayo, 5, 12, 19 y 26 de junio y 3, 10, y 17 de julio de 2001:

a) Los supuestos de recurribilidad contemplados en los tres ordinales del art. 477.2 de la LEC constituyen supuestos distintos y excluyentes, por lo que solo cabrá solicitar la preparación del recurso al amparo de uno de ellos, y el tribunal no podrá reconducirlo a otro distinto del invocado por la parte.

b) El ordinal segundo del art. 477.2 LEC debe enlazarse con los arts. 249.2 y 250.2 LEC por lo que serán recurribles las sentencias recaídas en juicio ordinario, en relación con las demandas cuya cuantía exceda de veinticinco millones de pesetas, quedando excluidas las dictadas en juicio ordinario de cuantía inferior o indeterminada, así como en el verbal.

c) El número 3 del art. 477.2 LEC por su parte, ha de concordarse con los arts. 249.1 (excepto su núm. 2) y 250.1 LEC de manera que las sentencias recaídas en juicio ordinario, por razón de la materia, excepto los de tutela civil de los derechos fundamentales, y en juicio verbal, igualmente en atención a la materia, así como las sentencias dictadas en los procesos especiales regulados en el Libro

Este criterio restrictivo ha sido objeto de debate doctrinal¹⁰, y no se ha seguido, en general, por las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia de las diversas Comunidades Autónomas¹¹. En Aragón, concretamente, se ha mantenido un criterio de que procede el recurso por interés casacional, con independencia de la cuantía, si existe jurisprudencia contradictoria acerca de la cuestión debatida, o no hay jurisprudencia de la propia Sala sobre ella.

Ante las dificultades apreciadas, y el escaso acceso a la casación de temas de derecho aragonés, se promulga la Ley 4/2005, de 14 de junio, de las Cortes de Aragón, sobre casación foral aragonesa.

Conviene hacer una breve reflexión acerca de la competencia legislativa que, en materia de derecho procesal, corresponde a las Comunidades Autónomas.

El artículo 149.6^a) de la Constitución previene como competencia exclusiva del Estado la *Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas*. De modo general las leyes procesales han sido aprobadas por las Cortes Ge-

IV LEC en otros procedimientos especiales de la propia LEC y en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, al amparo del Convenio de Bruselas y Lugano y del Reglamento CE núm. 1347/2000, habrán de ser recurridas por la vía de este ordinal tercero, lo que hace preciso que la resolución del recurso de casación presente interés casacional, bien por oponerse la sentencia recurrida a la jurisprudencia de esta Sala, bien por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, bien en fin, por haberse aplicado normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido”.

¹⁰ Para un examen crítico puede verse LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: *El interés casacional*, Civitas, páginas 96 y siguientes.

¹¹ Véanse, entre otros: Auto del TSJ de Cataluña, de 21 de junio de 2010 (recurso 110/2010); Auto del TSJ de Navarra, de 27 de junio de 2008, nº 12/2008, (recurso 27/2008), Auto del TSJ de Aragón de 12 de diciembre de 2003.

nerales, sin que las Comunidades Autónomas hayan hecho uso de la facultad de legislar en materia procesal que les habilita el precepto constitucional. Sin embargo se han producido dos iniciativas legislativas por parte de Parlamentos regionales, al amparo de dicha norma. Ambas regulan el acceso a la casación ante los respectivos Tribunales Superiores de Justicia, en materias de los derechos civiles sustantivos propios. Se trata de la Ley 11/1993, de 15 de julio, sobre el Recurso de Casación en materia de Derecho Civil Especial de Galicia y la ya enunciada Ley 4/2005, de 14 de junio, de las Cortes de Aragón, sobre casación foral aragonesa.

La ley gallega fue objeto de recurso ante el Tribunal Constitucional, interpuesto por el Abogado del Estado. El recurso fue resuelto por la sentencia del Pleno de 29 de marzo de 2004, aceptando la competencia de la Comunidad Autónoma para promulgar leyes procesales, en cuanto se admiten las singularidades procesales limitadas a las particularidades de su derecho sustantivo¹². La Sentencia estima en parte el recurso de inconsti-

¹² Sentencia del Pleno del TC de 29 de marzo de 2004, fundamento de derecho cuarto:

“acerca del significado y alcance de las fórmulas constitucional y estatutaria de distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de legislación procesal, y en concreto, sobre la recogida en el mencionado art. 27.5 EAG, ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal Constitucional en diversas resoluciones estableciendo una consolidada doctrina de la que pueden destacarse, a los efectos que a esta controversia interesa, los siguientes criterios: en primer lugar, que la atribución al Estado de la competencia exclusiva sobre legislación procesal responde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 20; 83/1986, de 26 de junio, FJ 2; 173/1998, de 23 de julio, FJ 16 c)); en segundo lugar, que la competencia asumida por las Comunidades Autónomas al amparo de la salvedad recogida en el art. 149.1.6 CE no les permite, sin más, introducir en su ordenamiento normas procesales por el mero hecho de haber promulgado regulaciones de Derecho sustantivo en el ejercicio de sus competencias, esto es, innovar el ordenamiento procesal en relación con la defensa jurídica de aquellos derechos e intereses que materialmente regulen, lo que equivaldría a vaciar de contenido o privar de todo significado a la especificidad con que la materia procesal se contempla en el

tucionalidad, pero mantiene la adecuación de la ley gallega a la Constitución, al ser función del Tribunal Superior de Justicia de esa Comunidad la de fijar el alcance de la costumbre, como fuente de derecho civil gallego¹³.

art. 149.1.6 CE, sino que, como indica la expresión “necesarias especialidades” del citado precepto constitucional, tan sólo pueden introducir aquellas innovaciones procesales que inevitablemente se deduzcan, desde la perspectiva 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 Comunidad Autónoma, o, dicho en otros términos, las singularidades procesales que se permiten a las Comunidades Autónomas han de limitarse a aquéllas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por éstas (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 20; 83/1986, de 26 de junio, FJ 2; 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 4; 127/1999, de 1 de julio, FJ 5), correspondiendo al legislador autonómico o, en su defecto, a quienes asuman la defensa de la Ley en su caso impugnada, ofrecer la suficiente justificación sobre la necesidad de alterar las reglas procesales comúnmente aplicables por venir requeridas por las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, salvo que del propio examen de la Ley se puedan desprender o inferir esas “necesarias especialidades” (STC 127/1999, de 1 de julio, FJ 5)”.

¹³ Fundamentos de derecho 13º y 14º: “No podemos sino considerar que esta peculiaridad del Derecho civil de Galicia, que hunde sus raíces en usos y costumbres configuradores de las instituciones de su privativo Derecho foral justifica, desde la perspectiva competencial examinada, la introducción por el Parlamento de Galicia de una necesaria especialidad procesal del recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia, cual es la especificación, como motivo casacional propio, de la infracción de tales usos y costumbres cuando éstos sean desconocidos por los Juzgados y Tribunales radicados en el territorio autonómico, contribuyendo así a la fijación y reconocimiento del Derecho consuetudinario, allí donde exista y sea aplicable para resolver el litigio.

El párrafo segundo del núm. 2 del art. 2 de la Ley autonómica impugnada exonera de prueba a los usos y costumbres notorios, y añade que, a efectos del recurso de casación, han de tenerse por tales además de los compilados, los aplicados por el Tribunal Supremo, por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia o por la antigua Audiencia Territorial de La Coruña.

Pues bien, esta determinación normativa, con independencia de haber sido recogida con posterioridad en la Ley 4/1995 de Derecho civil de Galicia (art. 2, apartado 1), presenta en este ámbito procesal una directa vinculación con el anterior enunciado del precepto, de tal suerte que esta fuente del Derecho civil gallego sea reconocida y aplicada allí donde tenga efectiva implantación a través de hechos notorios que así la reconozcan o pongan de manifiesto. Se trata pues, de una

Esta ley gallega fue derogada por la nueva Ley 5/2005, de 25 de abril, que regula ahora el recurso de casación en materia de derecho civil de Galicia.

A la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional, el legislador aragonés optó por promulgar su propia Ley de acceso a la casación. La Ley 4/2005, de 14 de junio, de las Cortes de Aragón, sobre la casación foral aragonesa, establece en su preámbulo:

La jurisprudencia tiene también extraordinaria importancia en la tarea de revitalizar nuestro Derecho. El recurso de casación debe permitir al Tribunal Superior de Justicia de Aragón crear la jurisprudencia que complementa el ordenamiento civil aragonés mediante la interpretación y aplicación de la ley, la costumbre y los principios generales en los que se inspira nuestro ordenamiento. Sin embargo, dadas las peculiaridades de nuestro Derecho, en la actualidad sólo un escaso número de asuntos están accediendo a la casación foral aragonesa, lo que hace aconsejable que el legislador aragonés fije, en ejercicio de sus competencias, los requisitos procesales de acceso a la casación para hacer posible la utilización de este recurso en un número mayor de litigios sobre Derecho civil aragonés.

Esta innovación procesal encuentra adecuada justificación constitucional y estatutaria en la competencia reconocida a la Comunidad Autónoma de Aragón.

En búsqueda de esa ampliación del acceso a la casación de los litigios que versan sobre derecho civil de Aragón, el artículo 2 de la ley aragonesa previene que son recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales:

- 1. Cuando la cuantía del asunto exceda de tres mil euros o sea imposible de calcular ni siquiera de modo relativo.*
- 2. En los demás casos, cuando la resolución del recurso presente*

concreción procesal que cumple su función respecto de la carga de la prueba de tales hechos notorios constitutivos de uso o costumbre, dispensando de su acreditación en el proceso”.

*interés casacional. El interés casacional podrá invocarse aunque la determinación del procedimiento se hubiese hecho en razón de la cuantía*¹⁴.

2. COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN

2.1. Las Salas

La Ley Orgánica del Poder Judicial regula en el libro I, título IV —de la composición y atribuciones de los órganos jurisdiccionales—, capítulo III, los Tribunales Superiores de Justicia. Conforme al artículo 70, *el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma culminará la organización judicial en el ámbito territorial de aquella, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo*. El artículo 71 previene que *el Tribunal Superior de Justicia tomará el nombre de la Comunidad Autónoma y extenderá su jurisdicción al ámbito territorial de ésta*.

En Aragón, el ámbito territorial coincide con el que correspondía a la antigua Audiencia Territorial, a la que ha venido a suceder. Pero tanto el significado constitucional como la composición de las Salas resultan notoriamente diferentes al precedente.

Los artículos 72 y siguientes regulan las Salas de Justicia de este Tribunal. Conforme al apartado primero del citado artículo 72, *el Tribunal Superior de Justicia estará integrado por las siguientes Salas: De lo Civil y Penal, de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social*. A su vez, el artículo 77 establece una Sala Especial, que se constituye por el presidente del Tribunal, los presidentes de Salas y el magistrado más moderno de cada una de ellas, para conocer de las recusaciones formuladas contra el presidente, los

¹⁴ El Auto de la Sala de lo Civil del TSJ de Aragón de 5 de diciembre de 2006, dictado en resolución de recurso de queja, tuvo ya en cuenta esta modificación legislativa en cuanto a la posibilidad de interponer recurso por interés casacional, aunque el procedimiento se hubiese seguido por razón de la cuantía.

presidentes de Salas o de Audiencias Provinciales con sede en la Comunidad Autónoma o de dos o más magistrados de una Sala o Sección o de una Audiencia Provincial.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo es directamente heredera de la anteriormente existente, con igual nombre, en la Audiencia Territorial. La competencia, regulada en el Art. 74 de la Ley Orgánica, es similar a la anterior, aunque se ha visto incrementada en dos ámbitos competenciales: por una parte, el conocimiento, en segunda instancia, de las apelaciones promovidas contra sentencias y autos dictados por los juzgados de lo Contencioso-Administrativo y de los recursos de queja correspondientes, así como de los recursos de revisión contra las sentencias firmes de dichos juzgados; por otra, del conocimiento del recurso de casación para unificación de doctrina e interés de ley, en materias reguladas por el derecho autonómico.

La Sala de lo Social es de creación de la Ley Orgánica, y no tiene parangón con la regulación anterior. Las Magistraturas de Trabajo, órganos jurisdiccionales unipersonales y de primera instancia en materia laboral conforme a la legislación anterior, tenían competencia para resolver los litigios planteados en el orden jurisdiccional social, y sus sentencias eran recurribles ante el Tribunal Central de Trabajo. No existía un órgano de segunda instancia de carácter territorial. Con la creación de estas Salas se da cumplimiento a la exigencia constitucional de que las instancias y grados culminen en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, lo que en esta jurisdicción se resuelve a través del conocimiento de los recursos de suplicación. La competencia de esta Sala viene regulada por el artículo 75 de la Ley Orgánica.

La Sala de lo Civil y Penal es la que aporta mayores novedades en cuanto a su configuración y composición. Aunque existía en la Audiencia Territorial una Sala de lo Civil, competente para el conocimiento de los recursos contra las resoluciones de los juzgados de Primera Instancia del territorio, la actual Sala de lo Civil y Penal, en su competencia civil, no puede ser considerada como heredera de aquella. La competencia para dichos recursos

quedó residenciada en las Audiencias Provinciales, y contra sus decisiones sólo cabe interponer, en su caso, los recursos extraordinarios por infracción procesal y de revisión.

2.2. Los magistrados de la Sala de lo Civil: provisión de plazas.

La composición de esta Sala es peculiar, y no tiene parangón con ningún otro Tribunal en la legislación vigente de Planta y Demarcación Judicial. Conforme a lo establecido en el Art. 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en estas Salas *una de cada tres plazas se cubrirá por un Jurista de reconocido prestigio con más de diez años de ejercicio profesional en la Comunidad Autónoma, nombrado a propuesta del Consejo General del Poder Judicial sobre una terna presentada por la Asamblea Legislativa; las restantes plazas serán cubiertas por Magistrados nombrados a propuesta del Consejo General del Poder Judicial entre los que lleven diez años en la categoría y en el orden jurisdiccional civil o penal y tengan especiales conocimientos en Derecho Civil, Foral o Especial, propio de la Comunidad Autónoma.*

La Ley de Planta y Demarcación, al completar esta regulación, ha establecido que en los casos en que el número de componentes de la Sala sea de cinco —presidente y cuatro magistrados— dos de estos deberán ser cubiertos por el turno de juristas regulado en el apartado 4 del citado artículo 330.

El sistema constituyó una novedad en la legislación orgánica, y fue objeto de críticas en los foros judiciales. La razón de ser de esta cobertura por juristas con reconocido prestigio en el ejercicio profesional en la Comunidad Autónoma no queda clara en el texto legal. Rodríguez-Zapata ha estudiado la composición de estos Tribunales, en relación con la organización judicial existente en Estados de composición federal, indicando que *uno de los rasgos que sirven para considerar que un Tribunal no es federal consiste, según la jurisprudencia del B.V.G. de Alemania, en determinar la influencia del Land en el nombramiento de los Jueces del Tribunal. La terna de las asambleas autonómicas para el nombramiento de estos*

*magistrados es una muestra, aunque mínima, de la influencia de las Comunidades Autónomas en la justicia. La fórmula se aproxima a los modelos de designación que existen en EEUU, sin que contemos en España con los correctivos de procedimiento que mitigan los riesgos que un sistema de designación política comporta, por lo que debe ser vista con cautela*¹⁵.

Considerando la competencia de estas Salas en materia civil, en los casos en que existe derecho propio de la Comunidad, puede ser la razón de esta forma de selección el especial y acreditado conocimiento de este derecho, a fin de poder resolver con garantía y seguridad los recursos de casación que puedan interponerse contra las sentencias dictadas por las Audiencia Provinciales, en los términos establecidos en el artículo 73.1.A de la citada Ley Orgánica; argumentación que sería defendible desde un punto de vista de la ciencia del derecho y de la búsqueda de la seguridad jurídica. Pero no puede responder de aquellos casos en los que no existe un derecho propio de la Comunidad, ya que en éstos la Sala de lo Civil y Penal no tiene competencia casacional. Tribunales Superiores de Justicia tan importantes como los de Madrid, Castilla-León, Castilla-La Mancha y Andalucía, se encuentran en estos casos. Ante ello, habrá que considerar más plausible la hipótesis mantenida por Rodríguez-Zapata, conforme a la cual se trata de una aproximación a la justicia federal.

2.3. La especialización

Criterios de seguridad jurídica aconsejan la especialización de las Salas de justicia, especialmente aquellas que conocen de las últimas instancias y grados jurisdiccionales. Esta especialización dota de mayor fiabilidad a las resoluciones adoptadas, lo que cobra especial relieve en los casos en que éstas constituyen

¹⁵ RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge: "Artículo 152". En *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dirigidos por Óscar Alzaga. Tomo XI, páginas 423 y siguientes.

jurisprudencia o bien resuelven el litigio en última instancia y sin ulterior recurso.

La existencia de una Sala de Civil y Penal sin especialización choca con la citada premisa. Diversos intentos de ampliación de la carga competencial de estas Salas se han realizado, intentando con ello dotarlas de contenido jurisdiccional suficiente y, a partir de ese momento, intentar diversificarlas, constituyendo secciones de naturaleza civil, por una parte, y penal por otra. De esta forma resultaría posible lograr la especialización de los magistrados que integran una y otra.

Sin embargo, estos intentos han resultado por el momento infructuosos. Con ocasión de la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado se modificó la competencia penal de estas Salas, que pasaron a constituir el tribunal de apelación respecto a las sentencias y a determinados autos dictados por el Presidente del Tribunal del Jurado. Así resulta del contenido de los artículos 846.bis.a) y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, modificados por la Disposición Final 2ª de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado. Pero la escasa aplicación de esta ley y los pocos casos que, consiguientemente, son conocidos por los Tribunales del Jurado en España, han determinado que hasta el momento resulten muy escasos los recursos de apelación en materia penal de los que conoce la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.

En el ámbito de la competencia civil se intentó ampliar la escasa carga competencial derivada del contenido del artículo 73.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por dos vías: a) El conocimiento de los recursos de casación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales del territorio, sin perjuicio de la posible interposición de un recurso para la unificación de doctrina, cuya competencia se residenciaría en la Sala Primera del Tribunal Supremo, y, b) La escisión de los recursos extraordinarios, atribuyendo el de infracción procesal a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia.

La primera de esas propuestas fue sostenida por diversos juristas, especialmente de aquellos radicados en Comunidades Autónomas con un derecho propio muy desarrollado, y en los que la conciencia nacionalista o del “hecho diferencial” inclinaba a ampliar las competencias existentes. Así resultaba en Cataluña, siendo uno de los valedores de esta propuesta el entonces Presidente de su Tribunal Superior de Justicia, Guillem Vidal. Sin embargo, esta solución fue rechazada por gran parte de los juristas nacionales, por cuanto significaba privar en la práctica de contenido competencial a la Sala Primera del Tribunal Supremo, aumentaba el número de recursos y la duración del proceso civil, y daba una dudosa respuesta a la exigencia constitucional contenida en el artículo 123 de la Ley fundamental. En este punto, el Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo Juan Antonio Xiol expresa recientemente, sintetizando el estado de la cuestión: *“La propuesta de atribuir competencia para la interpretación del ordenamiento estatal a los TTSSJJ ha tropezado recientemente con críticas doctrinales en el orden jurisdiccional civil, por entender que comportaría una dilación insoportable de un proceso que en la actualidad se desenvuelve ya en tres grados jurisdiccionales (Juzgados de Primera Instancia, AAPP y Tribunal Supremo o Tribunal Superior de Justicia), ya que la competencia en materia de casación sobre derecho común de los TTSSJJ comportaría la apertura de un nuevo grado jurisdiccional, previo al recurso de unificación de doctrina en manos del Tribunal Supremo”*¹⁶.

En este momento podemos entender desechada la propuesta sostenida en este ámbito.

Respecto al recurso extraordinario por infracción procesal, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 estableció la diferencia entre un recurso por defectos procesales, denominada “extraordinario por infracción procesal” y regulado en el Capítulo IV del Título

¹⁶ XIOL RÍOS, Juan Antonio: “Reflexiones sobre la interacción entre Justicia y Economía. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Justicia y Economía*. Manuales de formación continua del CGPJ, número 49, 2010, pág. 37.

IV del Libro II, y el recurso de casación centrado en la infracción de normas sustantivas. El primero de ellos estaría regulado en los artículos 468 y siguientes, a cuyo tenor *las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán, como Salas de lo Civil, de los recursos por infracción procesal contra sentencias y autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia.*

No obstante, al no haberse aprobado por Las Cortes Generales el proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto a la competencia de las Salas para el conocimiento de estos recursos, se dictó la Disposición Final 16^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que atribuye de forma general la competencia para el conocimiento de este recurso, hasta que sea aprobada dicha reforma orgánica, a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, lo que ha exigido algunas normas transitorias para su tramitación.

Sin embargo, ulteriormente se han producido diferentes reformas de la citada Ley Orgánica, sin que en ninguna de ellas haya sido modificado el artículo 73, que determina la competencia de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

Por razones metodológicas abordaré posteriormente el tema relativo a la competencia de éstas.

Ante la continuada escasez de carga competencial para estas Salas en todo el territorio nacional, la reforma del art. 330.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial operada por Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, estableció que *cuando la sensible y continuada diferencia en el volumen de trabajo de las distintas Salas de los Tribunales Superiores de Justicia lo aconseje, los Magistrados de cualquiera de ellas, con el acuerdo favorable de la Sala de Gobierno previa propuesta del Presidente del Tribunal, podrán ser adscritos por el Consejo General del Poder Judicial, total o parcialmente, y sin que ello signifique incremento retributivo alguno, a otra Sala del mismo Tribunal Superior de Justicia. Para la adscripción se valorará la antigüedad*

en el escalafón y la especialidad o experiencia de los magistrados afectados y, a ser posible, sus preferencias.

El expresado precepto, aunque tiene una expresión normativa genérica, iba expresamente dirigido a la Sala de lo Civil y Penal, y forma parte del apartado 4 del artículo 330, que se dedica a esta clase de Salas. Ciertamente, los datos estadísticos venían poniendo de relieve que esa “sensible y continuada diferencia en el volumen de trabajo” era predicable en todos los casos respecto de dichas Salas, cuya carga competencial era, y sigue siendo, notoriamente inferior a las restantes.

El tratamiento efectuado en la aplicación de la norma ha sido dispar. Algunos Tribunales Superiores de Justicia no han efectuado adscripción alguna, mientras que otros la han realizado teniendo en cuenta los criterios establecidos en la norma, para llevar a los Magistrados de la Sala Civil a reforzar las de lo Contencioso-Administrativo y Social, atendidas las necesidades del servicio y sus preferencias. En el Tribunal Superior de Justicia de Aragón esta adscripción se ha efectuado únicamente para la Sala de lo Contencioso-Administrativo, reforzando la labor jurisdiccional de las dos secciones que la integran, pero constituyendo los magistrados de la Sala de lo Civil y Penal una sección de refuerzo.

Los acuerdos adoptados por el Consejo General del Poder Judicial como consecuencia de este precepto fueron, en alguna ocasión, impugnados ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, habiendo sido desestimados los recursos interpuestos¹⁷.

De esta forma, la situación actual resulta insatisfactoria, ya que los magistrados de esta Sala han de conocer de procesos en materia civil, penal y contencioso-administrativa, con merma de la conveniente especialización sustantiva y procesal.

¹⁷ Sentencias del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 14 de marzo y 12 de mayo de 2003, 12 de julio de 2004 y 19 de enero de 2005.

3. LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL

Las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia fueron constituidas en mayo de 1989, conforme a la previsión normativa establecida en el artículo 33 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial. Pero nacieron a la vida jurídica con unas competencias dispares, centradas fundamentalmente en el conocimiento de procesos civiles y causas penales contra determinadas autoridades con fuero especial, y en la competencia para conocer de los recursos de casación y revisión en derecho foral, competencia ésta únicamente aplicable a los Tribunales de regiones con derecho civil propio. De este modo, la carga competencial inicial de estas Salas fue escasísima, lo que generó debates internos en la magistratura, y que dio lugar a sucesivos intentos de ampliación de la competencia, de dudosa eficacia.

En un estudio que al respecto publiqué, en el año 2000, y que me parece mantiene su vigencia, expresaba que *el legislador no ha sido capaz de arbitrar un sistema competencial que culminase las instancias procesales dentro de la Comunidad Autónoma, en los órdenes jurisdiccionales civil y penal, en un solo órgano, Superior de Justicia de la Comunidad*.¹⁸

Posteriormente se ha tratado de introducir algunas modificaciones en su ámbito competencial. En materia penal, mediante la ya citada Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, cuya disposición final 1ª modificó el art. 73.3 c) de la LOPJ, para atribuirles la competencia para el conocimiento de los recursos de apelación en los casos previstos por las leyes, lo que había de ponerse en relación con los arts. 846 bis a) y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducidos en dicha ley orgánica. Esta ampliación de la carga competencial no ha sido tampoco de gran

¹⁸ ZUBIRI DE SALINAS, Fernando: "Las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia: un futuro imperfecto", en *Jueces para la Democracia, Información y Debate*. Número 37, marzo de 2000.

relevancia, dada la escasa utilización de los Tribunales de Jurado en España.

Otros intentos en la jurisdicción penal han sido: al planteamiento de la competencia en segunda instancia en toda clase de procesos penales, que hasta el momento no ha sido recogido en norma legal; y especialmente, la atribución competencial en recursos de apelación contra resoluciones de juzgados especializados¹⁹.

3.1. Competencia en materia civil

La competencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, como Sala de lo Civil, viene regulada en el Art.73, apartados 1 y 2, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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

¹⁹ El proyecto de Ley Orgánica reguladora del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria tuvo entrada en el Congreso de los Diputados el 29 de abril de 1997, y en él se prevenía que contra las sentencias dictadas por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria cabría recurso de apelación para ante las Salas de lo Civil y Penal, como Salas de lo Penal, de los Tribunales Superiores de Justicia. Este proyecto no llegó a buen término.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, publicada en el BOE de 13 de enero, contemplaba los recursos contra las sentencias y determinados autos dictados por los Jueces de Menores, para los que declaraba competente a la "Sala de Menores del correspondiente Tribunal Superior de Justicia" (art. 41). También aparecía esta nueva Sala como competente para conocer del recurso de apelación contra los autos dictados por el Juez de Instrucción al determinar la aplicabilidad de la citada Ley a los mayores de dieciocho años (art. 4). Por su parte, la Disposición final segunda ordenaba al Gobierno que en el plazo de seis meses elevase al Parlamento un proyecto de ley orgánica de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para la creación de las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia. Dicha reforma nunca tuvo lugar, y la competencia para conocer de estos recursos radica en las Audiencias Provinciales. La Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, modificó la Orgánica del Poder Judicial y estableció que las previstas como Salas de Menores fueran sustituidas por las Audiencias Provinciales.

- 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, en materia de derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad Autónoma, si el correspondiente Estatuto de Autonomía ha previsto esta atribución.*

2. *Esta Sala conocerá igualmente:*

- a) *En única instancia, de las demandas de responsabilidad civil, por hechos cometidos en el ejercicio de sus respectivos cargos, dirigidas contra el Presidente y miembros del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma y contra los miembros de la Asamblea legislativa, cuando tal atribución no corresponda, según los Estatutos de Autonomía, al Tribunal Supremo.*
- b) *En única instancia, de las demandas de responsabilidad civil, por hechos cometidos en el ejercicio de su cargo, contra todos o la mayor parte de los magistrados de una Audiencia Provincial o de cualesquiera de sus secciones.*
- c) *De las cuestiones de competencia entre órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma que no tenga otro superior común.*

El apartado 1 establece las competencias propias de esta Sala, en materia civil, en los casos de Comunidades Autónomas con derecho propio. Galicia, País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña, Islas Baleares y Comunidad Valenciana se encuentran en este caso. La competencia civil se refiere a los conocimientos de los recursos de casación y revisión previstos en las leyes procesales, respecto a resoluciones de órganos jurisdiccionales de orden civil con sede en la Comunidad Autónoma. Para el recurso de casación, el precepto expresa que conocerán del mismo *siempre*

que el recurso se funde en 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 redacción del precepto orgánico no ha sido modificada en este punto, que conserva por tanto la redacción original, establecida por Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio. Pero se ha visto afectada por las modificaciones introducidas posteriormente en leyes procesales y, en lo concerniente a Aragón, por las sucesivas reformas de su Estatuto de Autonomía.

De las indicadas competencias, la más relevante es la competencia casacional, tanto cualitativa como cuantitativamente. Son muy escasos los recursos extraordinarios de revisión que se han planteado ante la Sala, y también lo han sido las demandas de responsabilidad civil respecto de aforados, en los términos recogidos en los apartados a) y b) del apartado segundo del citado artículo 73. Respecto a las cuestiones de competencia, únicamente se plantean aquellas que se suscitan entre órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la comunidad autónoma y radicados en provincias diferentes, siendo muy escaso el número de las cuestiones planteadas.

El régimen de los recursos extraordinarios se vio alterado, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000. En ella se modifica sensiblemente la regulación de estos recursos respecto de la existente en la Ley procesal de 3 de febrero de 1881, suprimiendo el recurso de casación por quebrantamiento de forma e introduciendo el extraordinario por infracción procesal.

La Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil, regula dos recursos extraordinarios contra las Sentencias de la Audiencias Provinciales: el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación. Escinde así el recurso de casación tal como era regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, de modo que el extraordinario por infracción procesal pasa

a ser parcialmente equivalente al anterior recurso de casación por quebrantamiento de forma.

Pues bien, el artículo 468 de la Ley de Enjuiciamiento Civil previene que *las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán, como Salas de lo Civil, de los recursos por infracción procesal contra Sentencias y Autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia*. La exposición de motivos explicaba, en su apartado XIV, la razón de ésta separación entre el recurso de casación y el recurso extraordinario dedicado a las infracciones procesales, indicando que el sistema de recursos extraordinarios se completa confiando en todo caso las cuestiones procesales a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia, de modo que *una razonable configuración de la carga competencial del Tribunal Supremo se lleve a cabo concentrando su actividad en lo sustantivo*.

No obstante, al tiempo de aprobarse la citada Ley de Enjuiciamiento Civil, que tiene rango de ley ordinaria, el Gobierno no tuvo respaldo suficiente en el Congreso de los Diputados y el Senado para lograr la correlativa reforma orgánica, que atribuyese la competencia a estas Salas para el conocimiento de los recursos extraordinarios por infracción procesal. Ante ello se dictó la Disposición Final 16^a, sobre *régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios*, transitoriedad que se ha prolongado hasta hoy. El legislador, tras los cambios sucesivos en el Gobierno de la Nación y en las mayorías parlamentarias, no ha considerado necesario ni conveniente establecer el modelo diseñado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de separación de los dos recursos extraordinarios contra sentencias no firmes, con atribución competencial diferenciada para cada uno de ellos. De esta forma, las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores Justicia son competentes para el conocimiento del recurso de casación, pero conforme a la regla primera de la indicada Disposición Final, *en los casos en que la competencia para el recurso de casación corresponde a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, las resoluciones recurridas podrán también impugnarse por los motivos previstos en el*

Art. 469 de la presente Ley, motivos que son los que permiten fundar el recurso extraordinario por infracción procesal.

La Disposición Final 16^a de la LEC establece un *régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios*, que comienza diciendo: *En tanto no se confiera a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, dicho recurso procederá, por los motivos previstos en el artículo 469, respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 477*. Establece después normas para la tramitación, de entre las cuales resulta destacable la primera, que fija la competencia: *será competente para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, pero en los casos en que la competencia para el recurso de casación corresponde a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, las resoluciones recurridas podrán también impugnarse por los motivos previstos en el artículo 469 de la presente Ley*. Parece deducirse de la expresión del legislador que, en estos casos, puede interponerse un recurso de casación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, que incluya como motivo de recurso la existencia de infracciones procesales de las contenidas en el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, además de las infracciones sustantivas recogidas en el artículo 477.1 de la misma.

De las restantes competencias, las demandas de responsabilidad civil, por hechos cometidos en el ejercicio de sus cargos, contra determinadas autoridades que gozan de este fuero especial, resultan muy escasamente empleadas. Ante la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón no se ha interpuesto ninguna demanda de esta naturaleza.

La responsabilidad civil profesional de jueces y magistrados viene establecida en los artículos 411 a 413 de la Ley Orgánica. Respecto de esta responsabilidad, la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia es competente cuando se demande a todos o la mayor parte de los magistrados de una Audiencia Provincial o de cualquiera de sus secciones, lo que excluye las demandas que se puedan dirigir contra tales magistrados cuando ejercen

la jurisdicción como Tribunal unipersonal. Estas demandas son escasamente ejercitadas.

El legislador no ha considerado, por el momento, necesario modificar el artículo 73, al objeto de incluir entre las competencias de esta Sala el conocimiento del recurso extraordinario por infracción procesal. Esta falta de atribución competencial puede entenderse de dos modos: A) o bien se considera que la competencia casacional fijada por la Ley Orgánica del Poder Judicial en 1985, procesalmente referida al entonces existente recurso de casación por quebrantamiento de forma y por infracción de Ley, debe a partir del año 2000 estimarse comprensiva de los dos recursos extraordinarios regulados en la Ley procesal ahora vigente; B), o se estima que la falta de competencia para el conocimiento del recurso extraordinario por infracción procesal —que no coincide exactamente con la naturaleza de aquel recurso de casación por razones procesales— requiere una interpretación de la Disposición Final Decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su apartado 1, regla primera, *in fine*, de modo que en los casos en que la competencia para el recurso de casación corresponda a las salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia las resoluciones recurridas podrán también impugnarse por los motivos previstos en el artículo 469 de la citada ley, de modo que el recurso de casación podrá contener motivos de infracción procesal, amparados en el indicado precepto.

El Tribunal Supremo viene manteniendo la competencia de estas Salas para el conocimiento del recurso extraordinario por infracción procesal. El reciente Auto de 14 de septiembre de 2010 (Recurso 901/2009) lo establece así, aunque explica, refiriéndose a un recurso extraordinario por infracción procesal: *sin embargo cuando se presentó junto con el de casación y la competencia para conocer de este viene atribuida a la Sala de lo Civil y Penal del TSJ, el recurso por infracción procesal simultáneamente instado ha de considerarse a estos efectos como de casación, que, en el régimen transitorio de la Disposición Final decimosexta, permite invocar los motivos del art. 469 de la Lec 2000 en los supuestos en que resulta competente el Tribunal Superior*. Esta argumentación avala, a mi juicio, la tesis según la cual resulta po-

sible en este caso —y sólo en éste— interponer recurso de casación y formular, como motivo del recurso, la infracción procesal, juntamente con motivos de infracción de ley sustantiva.

Resta por establecer una consideración general sobre la competencia civil de estas Salas, en una evolución futura. La Comisión Institucional constituida por el Ministerio de Justicia en septiembre de 2009, e integrada por un grupo de expertos para la preparación del nuevo Proyecto de Ley de Planta y Demarcación Judicial, que ha presentado su informe en septiembre de 2010, propone que estas Salas sean competentes para el conocimiento de los recursos de apelación frente a las Sentencias dictadas por los tribunales de primera instancia radicados en el territorio de la Comunidad Autónoma. De esta forma se volvería al sistema anterior a la Ley Orgánica de 1985, en cuanto al conjunto de recursos de apelación. Caso de que contra esta sentencia se interpusiera recurso de casación, fundado en infracción de norma de derecho civil propio, este recurso quedaría residenciado en el propio Tribunal Superior, siendo visto por una Sección especial de la Sala.

3.2. Especial referencia a la competencia casacional

Conviene hacer aquí una especial referencia a la competencia casacional de esta Sala. La competencia para conocer de los recursos de casación contra sentencias dictadas en materia de derecho aragonés era largamente sentida desde tiempos históricos, para lograr la unificación de doctrina en la aplicación de este derecho, y para evitar la muchas veces invocada incomprensión del Tribunal Supremo respecto a los derechos forales —recuérdese *Los mostrencos en el Tribunal Supremo*²⁰.

La competencia casacional viene fijada por el artículo 73.1,

²⁰ Obra de GIL BERGES, Joaquín, *Los Mostrencos en el Tribunal Supremo —o sea— Estudios sobre la vigencia de las instituciones forales españolas en materia de sucesiones intestadas*; Zaragoza, 1920. En ella se discurría irónicamente sobre la desacertada doctrina del Tribunal Supremo que negaba vigencia a las normas aragonesas sobre sucesión intestada.

apartado a), de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al que ya he hecho referencia anteriormente.

La competencia para determinar las funciones de los Tribunales está residenciada por la Constitución en la indicada ley, con reserva de Ley Orgánica, de modo que no es posible regularla ni en Ley Ordinaria ni en otra Ley Orgánica de distinto contenido que la citada. No obstante, la regulación que se ha transcrito hace una parcial remisión a los Estatutos de Autonomía, de modo que una interpretación razonable del texto legal exige, para la atribución de la competencia casacional, la concurrencia de dos requisitos: 1.º Que el recurso se funde en infracción de normas del Derecho propio de la Comunidad Autónoma; 2.º Que el Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución competencial.

Respecto a Aragón, la previsión estatutaria venía realizada en la primera redacción de 1982, que sin embargo fue modificada en la reforma de 1996. Las ulteriores vicisitudes jurisdiccionales surgidas al hilo de la exégesis de este precepto y sus consecuencias han sido ya examinadas, por lo que no procede insistir sobre ese punto. Basta afirmar que la reforma del Estatuto de Autonomía operada por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, ha resuelto satisfactoriamente la cuestión.

Dos materias siguen planteando problemas jurisdiccionales relativos al alcance de la competencia casacional de estas Salas. La primera es la relativa a la consideración del derecho civil propio de la Comunidad. En una lectura inicial, tal vez apresurada del precepto, puede considerarse que en su contenido se limita exclusivamente aquél que ha venido integrando el Derecho Foral, tal como en su día fue recogido en la Compilación. Ello en Aragón integraría instituciones de derecho de la persona, derecho de familia y sucesiones, determinados contratos y derechos reales. No obstante, la interpretación que parece más ajustada al texto constitucional y orgánico es aquella que incluye en el concepto de “derecho civil de la propia Comunidad” a todos aquellos derechos subjetivos de naturaleza privada que regula el ordenamiento o derecho propio, aunque estén contenidos en

normas fundamentalmente de naturaleza administrativa, y para cuyo ejercicio el legislador dota de acción al titular. En este sentido se ha reconocido acción civil y, consiguientemente, acceso a la casación, a derechos subjetivos reconocidos en la Ley aragonesa de Cooperativas, y otras relativas a viviendas de protección oficial, así como las acciones de responsabilidad civil reguladas en la Ley de Caza de Aragón. Ello quiere decir que el ulterior desarrollo de legislación autonómica que afecte a diversas cuestiones, en cuanto regule derechos subjetivos de los ciudadanos para ejercicio frente a particulares, puede constituir una expansión del límite material de esta competencia.

El segundo problema detectado es la posible quiebra de la unificación de doctrina. Dado que el precepto orgánico que estudiamos contrae la competencia casacional a las sentencias dictadas por las Audiencias del territorio, puede suceder que cuestiones de derecho aragonés hayan sido resueltas, por razones de competencia territorial, ante Tribunales radicados en otra Comunidad Autónoma, supuestos en los cuales el recurso de casación que, en su caso, se interponga, deberá ser conocido por la Sala Primera del Tribunal Supremo, que sentará jurisprudencia al efecto. Esto no ha sido infrecuente, si se piensa que el fuero general viene determinado por el lugar del domicilio del demandado (artículos 50.1 y 51.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y que, en materia de reclamación de derechos hereditarios, es tribunal competente el del último domicilio del demandado (artículo 52.4 de la misma), por lo que resulta habitual que la interposición de la demanda se realice ante juzgados situados en otros territorios, dada la notable emigración de aragoneses que se produjo en épocas pasadas. También, por vía de sumisión expresa o tacita (artículo 54.1 de la ley procesal), podría dilucidarse la reclamación ante Tribunales no radicados en el territorio de esta Comunidad.

De esta forma se quiebra la unidad jurisprudencial en materia de Derecho Civil aragonés, con merma de la función casacional enunciada.

Para solucionar este problema, se intentó normativamente la atribución de la competencia casacional a este Tribunal Superior, también contra Sentencias dictadas por cualquier Audiencia Provincial, siempre que el recurso se fundare en infracción del derecho civil propio de la Comunidad Autónoma de Aragón, lo que se plasmó en el proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que se encontraba en trámite en Las Cortes Generales al finalizar la pasada legislatura. La disolución de las Cámaras legislativas significó que, por el momento, no haya sido modificada la competencia casacional.

III. LA CASACIÓN FORAL ARAGONESA

María del Carmen SAMANES ARA

MAGISTRADA DEL TRIBUNAL SUPERIOR
DE JUSTICIA DE ARAGÓN

SUMARIO: 1. LA CASACIÓN FORAL ARAGONESA: 1.1. La finalidad del recurso de casación en España. 1.2. La introducción de la casación foral en la LEC/1881. 1.3. La casación en la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil. 1.4. La Ley sobre la casación foral aragonesa: A) Título competencial de la Comunidad Autónoma de Aragón para legislar en materia procesal. B) El fundamento de la promulgación de la Ley. Causas.– 2. PRESUPUESTOS DE LA COMPETENCIA FUNCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN: 2.1. Previsión del Estatuto de Autonomía. 2.2. Sede de las Audiencias Provinciales en territorio aragonés. 2.3. Fundamento del motivo.– 3. PROCEDIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN ARAGONÉS: 3.1. Resoluciones recurribles. 3.2. Gravamen.– 4. LA ACUMULACIÓN DE MOTIVOS DE RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

1. LA CASACIÓN FORAL ARAGONESA

1.1. La finalidad del recurso de casación en España

Conviene, de entrada, recordar el carácter político que revisió en su origen la casación. La institución que nos ocupa deriva del Tribunal creado con esa denominación en 1790 en Francia por la Asamblea Constituyente. El *Conseil des parties*, sección del *Conseil du Roi* que había existido hasta entonces, era incompatible con la Revolución, pues precisamente servía a los fines del absolutismo y de la confusión de poderes. Este se suprimió y se creó así, el *Tribunal de cassation* (después denominado *Cour de cassation*) como órgano encargado de asegurar la separación de poderes, manteniendo al judicial en la observancia de la ley. La competencia de ese Tribunal estaba inspirada por la idea de una justicia impartida por jueces que debían aplicar maquinalemente la ley; su facultad de interpretación se reducía al planteamiento del *référé législatif*, que obligaba al Tribunal a acudir al legislador para conocer el sentido y el alcance de la ley. Por tanto, inicialmente, fue la defensa de ésta y no la del derecho de los litigantes, su finalidad primigenia, que se cumplía a impulso de excitación oficial. En esa configuración originaria el Tribunal de casación era un órgano político. Después, evolucionó y se transformó en un órgano jurisdiccional. Pero su función se limitaba a la cuestión jurídica de la relación controvertida, uniendo a esa finalidad de nomofilaquia, la de unificar la jurisprudencia.

La primera regulación del recurso de casación en España se encuentra en el Decreto de 4 de noviembre de 1838. El Real Decreto de 20 de junio de 1852 (relativo a los delitos de contrabando y defraudación a la Hacienda Pública) es el texto en el que por primera vez se utiliza en el ordenamiento español la palabra casación. En la Instrucción del procedimiento civil con respecto a la Real Jurisdicción Ordinaria de 30 de septiembre de 1853 (Instrucción del Marqués de Gerona) se reiteran prácticamente las disposiciones del Real Decreto de 1838. Posteriormente fue regulado por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, la Ley provisional de Reforma de la Casación Civil de 18 de junio de 1870, la Ley sobre Casación Civil de 1878, y después por la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881.

En la evolución histórica de la casación española puede apreciarse una tendencia a favor de la defensa del *ius litigatoris*. Así, señala en un atinado análisis el profesor Morón Palomino¹ cómo ya en las Observaciones que formuló el Colegio de Abogados de Madrid a la Instrucción del Marqués de Gerona, el recurso de nulidad (casación) a más de reparar el agravio privado y de dar garantía y *hacer efectivos los derechos individuales que la ley consagra*, había de propiciar la formación de la jurisprudencia. En la Ley de Bases de 13 de mayo de 1855, la 7ª ordenaba al Gobierno facilitar el recurso de nulidad cuanto sea necesario para *que alcancen cumplida justicia todos los litigantes y se uniforme la jurisprudencia de los Tribunales*. Tales objetivos inspiraron la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que abandonó el sistema de reenvío y encomendó a la Sala Primera del Tribunal Supremo la competencia para dictar la sentencia sobre el pleito después de estimar una casación de fondo, rasgo éste, típico de la casación española y que obedece a esa defensa del interés del justiciable.

La Ley de 1881 desglosó el vicio *in iudicando* en los siete motivos del artículo 1692 (y de los que sólo el primero correspondía propiamente a la infracción de la ley sustantiva) incluyendo en

¹ MORÓN PALOMINO, M., *La nueva Casación Civil*, Madrid, 2001, pp. 41 y ss.

el séptimo motivo el error de hecho en la apreciación de las pruebas². Y los vicios *in procedendo* se previeron en los ocho motivos del artículo 1693.

La Ley 34/1984 de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil acentuó esa tendencia a la defensa del *ius litigatoris*. Los siete motivos de casación por infracción de ley y doctrina legal y los ocho por quebrantamiento de forma se funden en los cinco del nuevo artículo 1692. El cuarto motivo permitía fundar el recurso en el *error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos y que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios* (deja de exigirse, pues, como hasta entonces, la autenticidad del documento). La Exposición de Motivos de esta ley contiene expresiones bien significativas a este respecto: *La Ley de Enjuiciamiento Civil no dio acogida al que histórica y conceptualmente se fraguó como el recurso de casación que, centrado en la defensa de la Ley y en su significado unitario, cumplía una misión más política y limitativa del Poder Judicial, que propiamente jurisdiccional y se circunscribía a producir la nulidad de la sentencia sin entrar a resolver las cuestiones debatidas. Tuvo en cuenta este modelo, mas no lo reprodujo en su literalidad, ya que el nombre dado al Tribunal no fue el de casación, ni el único efecto de la sentencia el de la nulidad y el devolutorio, con la excepción del recurso de forma, a la par que, si bien subordinando la impugnación a motivos determinados, vino a permitir al Tribunal Supremo el ejercicio de un cometido jurisdiccional, conjugando así la defensa de la Ley y la uniformidad interpretativa, con el discernimiento jurisdiccional de los derechos de las partes en situación de conflicto. Esta viene a ser una vía media, que si no se identifica, por lo dicho, con el carácter del recurso en su pureza histórica y conceptual, tampoco supone introducir una impugnación abierta y libre de lo resuelto por el Tribunal de instancia. La modificación que se introduce sigue situada en la vía media...*

² La redacción originaria del artículo 1.692 7º expresaba: *Cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho o error de hecho, si este último resulta de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador.*

Pero existía la preocupación, bastante generalizada en la doctrina y en la jurisprudencia, por recuperar el carácter extraordinario del recurso de casación, reforzándose sus genuinas funciones frente a ese deslizamiento de su regulación hacia una tercera instancia. Y a esa preocupación responde la supresión del apartado 4º del artículo 1692 con la Ley 10/1992 de 30 de abril de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. Con ello se ataja la posibilidad de controlar en casación los errores de hecho, lo que comporta eliminar de entre las finalidades de la casación, la atinente a la defensa del justiciable. A partir de ese momento la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, o la de los Tribunales Superiores de Justicia va a limitarse a una función meramente revisora de la aplicación de la ley hecha por los tribunales de instancia, evitando que este recurso se convierta, como en la práctica se había intentado, en una tercera instancia.

El examen de los hechos y de las pruebas queda fuera de la vigilancia de la casación. El Tribunal de casación debe partir de los que constan como probados en la instancia. Ahora bien, la completa separación entre el hecho y el derecho es a veces muy difícil, pues en la labor jurisdiccional se lleva a cabo una constante aplicación de las normas a los hechos. La calificación jurídica de los hechos, o la subsunción de los que constan como probados en el supuesto de hecho de la norma, sí es aplicación de ésta y por tanto, tarea propia del órgano de casación.

1.2. La introducción de la casación foral en la LEC/1881

La Ley 10/1992 es la ocasión que aprovechó el legislador para desarrollar el precepto del artículo 73 LOPJ que estableció la casación foral. El artículo 118 de aquella Ley añade un párrafo segundo al artículo 1686 con la siguiente redacción: *Corresponderá a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación en los supuestos de infracción de las normas del derecho civil, foral o especial propio de las Comunidades Autónomas en cuyo Estatuto de Autonomía se haya previsto esta atribución, de acuerdo con lo dispuesto en la Sección novena de este Título.*

Y su artículo 1730 precisaba que *Cuando el recurso se fundamente conjuntamente 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.*

1.3. La casación en la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil

El examen de la regulación del recurso de casación en la vigente Ley evidencia que entre las antedichas finalidades de la institución prevalece el *ius constitutionis* frente a la defensa del *ius litigatoris*³. El único motivo en el que cabe fundar el recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 477.1, es la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso⁴. Lo propio de la casación es el control de los errores de derecho. Por tanto, en la casación común, y en la regional, el examen de los hechos queda fuera.

Pero junto al objetivo de garantizar la aplicación correcta de la ley, se persigue también el de unificar la jurisprudencia, que se revela en la regulación contenida en el artículo 477.3 a propósito del interés casacional, que permite formular recurso de casación contra la sentencia que interprete una norma opuestamente a doctrina jurisprudencial.

El inciso segundo del artículo 478, como ya hiciera el 1.730 de la Ley de 1881, delimita el ámbito respectivo de los recursos de casación ante el Tribunal Supremo y ante los Tribunales Superiores de Justicia. Y como en aquélla, se atribuye el recurso al conocimiento de los Tribunales Superiores (cumpliéndose los

³ La finalidad de tutela del derecho del litigante no queda excluida, pues cuando el Tribunal de casación estima el recurso debe resolver sobre el caso (artículo 487 LEC).

⁴ Esta solución, por otra parte, es coherente con la imposición a ultranza en la vigente LEC, de la intermediación judicial en la práctica de las pruebas.

demás requisitos) tanto si el motivo o motivos consideran infringida exclusivamente una norma de derecho civil foral o especial, como si, en el mismo motivo o en otro distinto, se considera también infringida una norma de derecho civil común, o de otra Comunidad Autónoma. Resulta de este modo que un Tribunal Superior de Justicia puede resolver en casación sobre la aplicación de normas completamente ajenas al derecho civil propio de la Comunidad donde tiene su sede. Considera ORTELLS RAMOS⁵ que, por lo que hace a la interpretación del derecho común, hay ahí un peligro para la función unificadora del recurso. Creo, sin embargo, que los pronunciamientos que haga el TSJA en materias ajenas al derecho civil aragonés no constituyen verdadera doctrina jurisprudencial. Tal es lo que se deduce de la regulación contenida en el art. 477.3 LEC⁶, norma que reafirma que, del mismo modo que en materia de derecho civil común no hay más doctrina jurisprudencial auténtica que la emanada del TS, en lo relativo al derecho civil propio de las CC.AA., es la doctrina de éstas la que debe tomarse en cuenta para decidir en punto a la procedencia del recurso⁷. Sin embargo, el precepto del artículo 3.1 de la Ley 4/2005 sobre la casación foral aragonesa, expresa que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recu-

⁵ ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, 7ª ed., Pamplona 2007, p. 540.

⁶ Art. 477.3: *Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.*

Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente.

⁷ MUÑOZ JIMÉNEZ, F.J., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* coord. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., RIFÁ SOLER, J.M., VALLS GOMBAU, J.F., Barcelona 2000, t. I, p. 2266, observa que parece natural y exigencia de lealtad que a la doctrina de los Tribunales Superiores se acomoden los de fuera de la Comunidad respectiva, cualquiera que sea su rango, si se ven en la situación de aplicar derecho propio de aquélla.

rrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Aragón *o del Tribunal Supremo, dictada en aplicación de normas del Derecho civil aragonés*. Entiendo que esta disposición ha de interpretarse en el sentido que acabo de apuntar. Es decir, desde que existen Tribunales Superiores regionales con función unificadora de su derecho propio, no deben considerarse doctrina jurisprudencial las decisiones del TS cuando interpreta y aplica normas no integradas en el derecho civil común español. Pero podría ocurrir que el recurrente invocara ante el TSJA la oposición de una sentencia a jurisprudencia del TS establecida antes de ese momento (cuando era el único competente para resolver recursos de casación) sobre norma aragonesa. Correspondería entonces al TSJA confirmar o modificar esa doctrina anterior.

Frente a lo que establecía el artículo 1730 de la LEC 1881, el actual artículo 478.1 no recoge la salvedad a favor de la competencia del Tribunal Supremo para el caso de que el recurso se fundamente en la infracción de un precepto constitucional junto con la de normas de derecho propio de la Comunidad. Algunos autores entendieron que con dicha Ley procesal la situación referida no genera ya la competencia funcional de la Sala Primera del Tribunal Supremo⁸. Sin embargo, hay que estar a esa reserva competencial en virtud del reconocimiento legal orgánico (artículo 5.4 de la LOPJ⁹) y así lo considera el Tribunal Supremo.

Dicho Tribunal, sin embargo, ha sentado la doctrina de que no es admisible la mera invocación formal de un precepto constitucional como infringido para alterar la competencia del Tribunal Superior de Justicia para conocer de un recurso de casación en materia claramente de Derecho foral¹⁰.

⁸ MONTERO AROCA, J. y FLORS MATIES, *Los recursos en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia 2001, pág. 570.

⁹ Art. 5.4 LOPJ: *En todos los casos en que, según la Ley, proceda recurso de Casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional.*

¹⁰ En el ATS de 22 de enero de 2008, tras recordar que *a la hora de la distribución*

La LEC 2000, coherentemente con la referida supresión, nada previene para el supuesto de que el TS desestime ese motivo, Pero el TS, cuando así ocurre, ordena la devolución de las actuaciones al Tribunal Superior que corresponda para que se pronuncie sobre los demás motivos, tal como establecía el artículo 1732 de la Ley de 1881¹¹.

En la actualidad existe doctrina del Tribunal Constitucional sobre la práctica totalidad de los preceptos de la Carta Magna que se ha recogido en buen número de preceptos legales. En estos casos son estos preceptos los que en su caso, han de alegarse como infringidos en casación y no la norma constitucional¹².

1.4. La Ley sobre la casación foral aragonesa

A) Título competencial de la Comunidad Autónoma de Aragón para legislar en materia procesal

Recordó el TC en su sentencia 47/2004 de 25 de marzo, que la legislación procesal está reservada al Estado como competencia exclusiva en el art. 149.1.6^a CE, si bien esta reserva no es plena o absoluta, en tanto en cuanto el citado precepto constitucional

competencial se ha efectuado un juicio de prevalencia para el conocimiento de los recursos basados en Derecho foral que sólo cede ante la infracción de norma constitucional, se expresa: esta Sala es consciente de que esta distribución competencial puede ser utilizada, en ocasiones, por las partes de forma fraudulenta, con la finalidad de elegir a su antojo si el recurso ha de ser visto por el Tribunal Supremo o por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia correspondiente, (...) siempre se ha de entender que cuando se invoque como fundamento de un recurso de casación la infracción de un precepto constitucional, la competencia para conocer del mismo recae sobre el Tribunal Supremo, salvo que, en aras a evitar que la distribución competencial legalmente establecida sea alterada de manera fraudulenta por las partes, la Sala del Tribunal Supremo aprecie la absoluta carencia de fundamento en la invocación de vulneración de un precepto constitucional y, sin necesidad de examinar la cuestión de fondo, rechace la competencia para conocer por la razón indicada.

¹¹ SSTs de 31 de marzo de 2009, 2 de diciembre de 2008 y 27 de septiembre de 2007.

¹² SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Del recurso de casación", en *La reforma de los procesos civiles (Comentario a la Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal)* Varios autores; coord. MONTERO AROCA, J., Madrid, 1992, pág. 257.

permite un espacio de normación a las Comunidades Autónomas, al señalar “sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden (el orden procesal) se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”. Y puntualizó en esa misma sentencia que *la competencia asumida por las Comunidades Autónomas al amparo de la salvedad recogida en el art. 149.1.6ª CE no les permite, sin más, introducir en su ordenamiento normas procesales por el mero hecho de haber promulgado regulaciones de Derecho sustantivo en el ejercicio de sus competencias, esto es, innovar el ordenamiento procesal en relación con la defensa jurídica de aquellos derechos e intereses que materialmente regulen, lo que equivaldría a vaciar de contenido o privar de todo significado a la especificidad con que la materia procesal se contempla en el art. 149.1.6ª CE, sino que, como indica la expresión “necesarias especialidades” del citado precepto constitucional, tan sólo pueden introducir aquellas innovaciones procesales que inevitablemente se deduzcan, desde la perspectiva 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 Comunidad Autónoma, o, dicho en otros términos, las singularidades procesales que se permiten a las Comunidades Autónomas han de limitarse a aquellas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por éstas (SSTC 71/1982, de 30 de noviembre, F. 20; 83/1986, de 26 de junio, F.2; 121/1992, de 28 de septiembre, F.4; 127/1999, de 1 de julio, F.5), correspondiendo al legislador autonómico o, en su defecto, a quienes asuman la defensa de la Ley en su caso impugnada, ofrecer la suficiente justificación sobre la necesidad de alterar las reglas procesales comúnmente aplicables por venir requeridas por las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, salvo que del propio examen de la Ley se puedan desprender o inferir esas “necesarias especialidades” (STC 127/1999, de 1 de julio, F. 5).*

Por su parte, el artículo 71 del Estatuto de Autonomía de Aragón en su redacción dada por la Ley Orgánica 5/2007 de 20 de abril, y en coherencia con el art. 149.1.6º CE reconoce a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en el *Derecho*

procesal derivado de las particularidades del derecho sustantivo aragonés.

B) El fundamento de la promulgación de la Ley. Causas

La regulación procedimental contenida en la LEC 2000 es única para el recurso de casación ante el TS y para los recursos de casación en el ámbito de los derechos civiles forales o especiales. Sin embargo, esa regulación unitaria no conviene, en buena medida, a las singularidades que presentan los derechos autonómicos, el aragonés en particular. Ello ocurre principalmente en relación con la cuantía exigida por la LEC para el acceso a casación. Y también en relación con las normas sobre admisibilidad del recurso (o con la interpretación que de tales normas ha hecho el TS)¹³.

En el debate parlamentario de la proposición no de Ley número 63/2004 sobre la casación foral aragonesa se puso de manifiesto la necesidad de una regulación de la casación foral que permitiese incrementar el número de sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, a fin de que pudiera cumplir satisfactoriamente la misión que le es propia. En efecto, se señaló cómo, en los catorce años anteriores al debate (1990-2003) dicho Tribunal emitió sólo cuarenta y dos sentencias, en tanto que las tres Audiencias Provinciales dictaron en el mismo período quinientas cincuenta y una sentencias en aplicación del derecho foral aragonés. La razón de que tan reducido número de resoluciones accediera a la casación era (aun a pesar de la existencia de la vía del interés casacional) la elevada cuantía

¹³ Como explica XIOL RÍOS, J.J., *Reflexiones sobre la interacción entre justicia y economía. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Colección "Manuales de formación continuada", CGPJ, Madrid, 2009, p. 14) ... los criterios estrictos de admisibilidad de recurso de casación establecidos en la LEC, los cuales han sido además interpretados muy estrictamente por el TS, por ejemplo, en materia de determinación de cuándo existe interés casacional, pueden carecer de sentido en relación con el Derecho propio de la Comunidad Autónoma, en donde puede ser admisible o necesario un criterio más amplio de admisibilidad del recurso...

litigiosa fijada por la Ley de Enjuiciamiento Civil frente a la —en general— escasa cuantía de los pleitos relacionados con las instituciones civiles aragonesas. De manera bastante gráfica el diputado Cristóbal Montes afirmó en el referido debate que el derecho foral es un “derecho de pobres”. Esta aspiración, es decir, la posibilidad de utilizar el recurso de casación foral en un número mayor de litigios, se recoge asimismo en el preámbulo de la Ley. Y lo cierto es que a partir de la entrada en vigor de esta Ley 4/2005 de 14 de junio, ha habido, efectivamente, un incremento de los recursos de casación foral. En el año 2005 se interpusieron veintidós recursos de casación, de los que resultaron admitidos a trámite quince. En 2006 se presentaron diez recursos de los que se admitieron seis. En el año 2007 se presentaron trece recursos de los que once resultaron admitidos. En el año 2008 se presentaron doce recursos y se admitieron once. En el año 2009 se presentaron once y se admitieron nueve. En 2010, y hasta el momento de redactar estas líneas, se han presentado dieciocho recursos de casación. He de señalar que la mayoría de las resoluciones en las que se resuelve inadmitir el recurso se basan en la circunstancia de que aun cuando formalmente se haya alegado infracción de precepto sustantivo, lo que en realidad se combate es la valoración de la prueba llevada a cabo por el Tribunal de instancia.

El Pleno de las Cortes de Aragón acordó en fecha 17 de junio de 2004, con motivo del debate de la proposición no de Ley número 63/2004 sobre la casación foral aragonesa, instar al Gobierno de Aragón a que, previo informe de la Comisión Aragonesa de derecho Civil, remitiera a la Cámara un proyecto de ley que regulase aquélla.

Elaborado un Borrador de Anteproyecto, el Gobierno lo sometió al informe de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, que lo emitió en su sesión de quince de diciembre de 2004. En dicho informe se propuso como *summa gravaminis* la de 3.000 euros (frente a la de 6.000 establecida en el Borrador) así como la adición de una referencia a los asuntos de cuantía inestima-

da¹⁴. Ambas propuestas se incorporaron al texto definitivamente aprobado. La Comisión informó también en sentido favorable (aunque mejorándola técnicamente) la previsión, contenida en el Borrador, en relación con la posibilidad de invocar el interés casacional con independencia de que el procedimiento del que dimana la sentencia impugnada se hubiera seguido en razón de la materia o de la cuantía. La finalidad de la norma del segundo párrafo del artículo 2.2º de la Ley no es otra que acabar con las dudas sobre la procedencia de hacer uso, en Aragón, de la interpretación restrictiva que del artículo 477 LEC hizo la Sala de lo Civil del TS en su Junta General de Magistrados del 12.XII.2000

¹⁴ La justificación expuesta en el informe para la modificación propuesta fue la siguiente: *El artículo segundo es el precepto clave de la Ley y lo que verdaderamente justifica su existencia. En la redacción de su texto, se hace necesario encontrar el equilibrio entre dos intereses encontrados. Por un lado, es indudable la necesidad de abrir el ámbito de la casación: siendo habitualmente escasa la cuantía de los asuntos en los que han de aplicarse normas civiles propias de Aragón, la eliminación de obstáculos permitiría un mayor número de pronunciamientos del TSJ sobre nuestro derecho civil, lo que contribuiría a su fortalecimiento. Por otro lado, no parece deseable que cualquier asunto pueda, sin más —es decir, con la sola condición de que se invoque la vulneración de una norma aragonesa— acceder al más alto grado jurisdiccional, con lo que ello comporta de dilaciones y costes.*

El texto del Borrador establece, como primer supuesto en el que una sentencia de segunda instancia puede acceder a casación, “Cuando la cuantía del asunto excediere de 6000 euros”. Se sigue, de este modo, la pauta suministrada por la LEC (art. 477.2.2º) si bien se aminora la cuantía. Quedan fuera del primer grupo de casos, por consiguiente, como ocurre también en esta última regulación, las sentencias dictadas en litigios de cuantía indeterminada. Tradicionalmente, la introducción de criterios restrictivos en las regulaciones de la casación, ha obedecido a la necesidad de aliviar la sobrecarga de asuntos ante el TS, difícil de afrontar con la deseable rapidez. Por otra parte, el puro factor económico es arbitrario, y no guarda —no tiene por qué guardar— relación con la mayor o menor complejidad jurídica que presente una controversia. Una reflexión ponderada sobre los datos relativos al número de asuntos que, en aplicación de normas de derecho civil aragonés han resuelto las Audiencias Provinciales, así como sobre los tipos procedimentales por los que los asuntos se han sustanciado, y la cuantía de los mismos, ha conducido a esta Comisión a proponer como summa gravaminis la de 3000 euros, que es el límite cuantitativo entre el juicio ordinario y el verbal. La adición de una referencia a los asuntos de cuantía inestimada determinaría que el acceso a casación —sin ninguna otra exigencia— estaría vetado únicamente a sentencias recaídas en asuntos que, por razón de la materia o de la cuantía, se hubiesen tramitado por el cauce del juicio verbal (que, sin embargo, y de acuerdo con lo que luego se dirá), serían impugnables a través de dicho recurso extraordinario cuando concurriera interés casacional.

y con la que se limitó el acceso a la casación por la vía del interés casacional a las sentencias dictadas en declarativos en los que el cauce procedimental —ordinario o verbal— se hubiera determinado por razón de la materia, así como en procesos especiales. La aclaración introducida en la Ley aragonesa constituyó, así, otro avance en el perseguido objetivo de facilitar la expansión de la jurisprudencia del TSJA.

2. PRESUPUESTOS DE LA COMPETENCIA FUNCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN

2.1. Previsión del Estatuto de Autonomía

Los artículos 73.1.a) LOPJ y 478.1 LEC condicionan la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de casación civil, foral o especial propio de la Comunidad, a que la atribución de la misma se halle prevista en el correspondiente Estatuto de Autonomía. Así ocurría ya en el artículo 29 del Estatuto de Autonomía de Aragón aprobado por Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, en su redacción original, que expresaba: *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 de revisión, en las materias de Derecho civil foral aragones.* Como señaló el profesor BONET NAVARRO¹⁵, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón no arrebató competencia alguna al Tribunal Supremo, sino que desempeña su función jurisdiccional en el ámbito que legal y estatutariamente queda señalado de la denominada *casación regional*.

En efecto, expresa la STC 56/1990 de 29 de marzo que la “casación regional” atiende de manera equilibrada a los principios de unidad y diversidad del derecho privado y que la supremacía del Tribunal Supremo o sujeción a su jurisdicción en todos los

¹⁵ BONET NAVARRO, A., *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Aragón*. Madrid 1985, p. 306.

órdenes, con independencia de lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, queda salvaguardada por los recursos previstos en las materias que le son propias; es decir, aquéllas en las que resulta imprescindible unificar la jurisprudencia, circunstancia que no se da cuando se trata exclusivamente de derecho civil autonómico.

Para BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, una tal previsión estatutaria asegura hacia el futuro la competencia casacional foral del TSJA, en cuanto que cualquier alteración de la competencia en esta materia que pudiera disponer la LOPJ tendría que acompañarse del refrendo estatutario, ya que de lo contrario podría ser objeto de declaración de inconstitucionalidad al vulnerar una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad¹⁶. Razona este autor que, frente a las demás leyes orgánicas, los Estatutos de Autonomía, en tanto que complemento indispensable de la norma constitucional, están dotados de un “carácter paraconstitucional” e integrados, en órbita con la Constitución, en el núcleo esencial del llamado bloque de la constitucionalidad. Por ello —añade— los Estatutos devienen, en el seno de las leyes orgánicas, *primus inter pares*, prevaleciendo totalmente sobre éstas en lo que atañe a su fundamental contenido material.

Por lo que enseguida diré, este criterio pide alguna matización, si atendemos al que fija el TC en la reciente sentencia 31/2010 de 28 de junio (Recurso de inconstitucionalidad 8045-2006 interpuesto por noventa y nueve Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña).

Tras el paréntesis producido con ocasión de la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón aprobada por LO 5/1996, de

¹⁶ BANDRÉS Y SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M., *El Estatuto de Autonomía de Aragón y la competencia casacional del Tribunal Superior de Justicia de Aragón* (Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación). Zaragoza 1999, pág. 13.

30 de diciembre, en la que quedó suprimido el artículo 29 con las conocidas consecuencias en las que no parece necesario extenderse ahora¹⁷, la competencia casacional del TSJA vuelve a aparecer en el artículo 63.2 introducido por la Ley Orgánica 5/2007 de 20 de abril. Pero no se recupera la redacción originaria, sino que se adopta la siguiente:

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón conocerá, en todo caso, de los recursos de casación fundados en la infracción del Derecho propio de Aragón, así como de los recursos extraordinarios de revisión que contemple la ley contra las resoluciones firmes de los órganos jurisdiccionales radicados en Aragón. También ejercerá las demás funciones que en materia de Derecho estatal establezca la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El artículo 63.2 del EAA, en su redacción de fecha posterior a la Ley de Casación foral aragonesa, alude, como hemos visto, al *derecho propio aragonés*, que es un término más amplio que el de *derecho foral* o que el de *derecho civil aragonés*, pues incluye no sólo el derecho civil emanado del Parlamento aragonés sino además las normas administrativas. Esto sugiere reflexiones que nos llevarían más allá de los límites de este trabajo. Diré, únicamente, que hubiese sido suficiente y adecuado limitarse a incluir la desaparecida referencia a la casación, pues no corresponde al Estatuto de Autonomía, sino a la Ley Orgánica del Poder Judicial, ampliar ni regular competencias de los órganos jurisdiccionales. Otra cosa chocaría con el artículo 149.1.6º CE. Este precepto no ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad, pero la STC que acabo de citar, a propósito del artículo 95 del EAC, deja claro en sus Fundamentos 43 y 44 que la Ley Orgánica del Poder Judicial es la única norma constitucionalmente habilitada para determinar los procesos y recursos que son de la competencia de los órganos judiciales.

¹⁷ Ante la inicial negativa de la Sala de lo Civil y Penal del TSJA para conocer de los recursos de casación tras la supresión del artículo 29 del Estatuto, el Tribunal Supremo, en Auto de 10 de febrero de 1998 afirmó que, pese a dicha circunstancia, debía entenderse que el Tribunal aragonés seguía teniendo competencia.

En todo caso, un rastreo por los precedentes del Estatuto Aragonés de 2007 lleva a la convicción de que no se pretendió hurtar competencias casacionales en materia de derecho público al Tribunal Supremo (como tampoco se pretendió en 1996 eliminar la competencia que atribuía el artículo 29). Así, en el dictamen elaborado por la comisión especial de estudio que tiene por objeto la profundización y desarrollo del autogobierno aragonés, se contenía al respecto nada más que una escueta referencia en los términos siguientes: *En una futura reforma del Estatuto de Autonomía, la Comisión considera que debería incluirse la referencia explícita a la casación foral aragonesa*. Las intervenciones de los Diputados en el debate parlamentario¹⁸ sobre la toma en consideración de la propuesta de reforma de la Ley Orgánica 8/1982 de 10 de agosto se produjeron también en el sentido de *recuperar* la referencia explícita a la casación foral aragonesa¹⁹.

2.2. Sede de las Audiencias Provinciales en territorio aragonés

El segundo requisito determinante de la competencia casacional civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón es que la resolución recurrida provenga de una Audiencia Provincial con sede en el territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón. Esta exigencia es del todo lógica, ya que ningún órgano jurisdiccional puede inmiscuirse en las resoluciones de órganos que no le están subordinados jerárquicamente. Pero puede ocurrir, claro está, que la resolución que aplica norma aragonesa sea dictada por Audiencia no situada en el territorio de la Comunidad, dado

¹⁸ Diario de sesiones 17 de mayo de 2006, VI legislatura, n° 68.

¹⁹ En sentido contrario, DE PEDRO BONET, X. considera que con la actual regulación se pretende que en todo caso el Tribunal Superior de Justicia culmine el conocimiento de las infracciones en materia de derecho propio, incluyendo, por tanto, el recurso de casación en el orden contencioso-administrativo, si bien matiza que el Estatuto *permite* que la Ley Orgánica del Poder Judicial pueda atribuirle mayores competencias en materia de derecho estatal (“El Poder Judicial y la Administración de Justicia en Aragón”, en *Estudios Jurídicos sobre el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007*. coord. Asociación de Letrados de la Comunidad Autónoma de Aragón, p. 127).

que la sujeción al derecho común o al foral no se determina por criterios territoriales sino por la vecindad civil. Cuando la norma de competencia territorial atribuya ésta a Juzgado de Primera Instancia situado fuera de Aragón, y sin embargo en función de aquélla circunstancia deba aplicarse norma aragonesa, el eventual recurso de casación escapa del TSJA. En tal caso, la competencia para conocer del recurso corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo. Tampoco aquí es de apreciar un peligro para la finalidad unificadora de la jurisprudencia de la casación pues, como he advertido, por lo que respecta al derecho foral aragonés (en general, a los derechos propios de cada Comunidad) sólo debe considerarse doctrina jurisprudencial la que emana del correspondiente Tribunal Superior de Justicia.

2.3. Fundamento del motivo

El tercer presupuesto determinante de la competencia casacional del Tribunal Superior de Justicia de Aragón es que el recurso se funde, exclusivamente o junto con otros motivos, en infracción de norma propia de la Comunidad. Realmente la referencia del artículo 478 LEC lo es al Derecho civil foral o especial, propio de la Comunidad, pero la Ley 4/2005 en su artículo 1 alude a la infracción de norma de Derecho civil aragonés. Curiosamente, sin embargo, la denominación de la Ley no es ésta (*Ley de casación civil aragonesa*) sino *Ley de casación foral aragonesa*. Este punto fue objeto de atención por parte de la Comisión aragonesa de derecho civil, que señaló en el informe que emitió al Borrador de Anteproyecto, que estimaba preferible la de *Casación civil aragonesa*. Y justificó tal preferencia en la consideración de que tal expresión tiene un sentido más amplio porque comprende, además del derecho que puede ser continuación del foral, cualquier otra norma civil emanada de las Cortes de Aragón. La enmienda de modificación al título de la Ley, formulada por el Grupo Popular en ese mismo sentido, fue rechazada.

Las razones de que no se acogiera la denominación propuesta se reflejan en las intervenciones de algunos de los parlamen-

tarios aragoneses en la tramitación del Proyecto²⁰, y que se resumen en el deseo de subrayar el origen de nuestro derecho frente a otros que no tuvieron fueros. Sin embargo, como apuntó el diputado Cristóbal Montes en la defensa de la referida enmienda, la denominación “casación civil” es menos restrictiva que la de “casación foral”, pues si todo lo foral es civil, no todo lo civil es foral, por lo que la opción por la primera de las expresiones hubiese resultado adecuada.

En la práctica, sin embargo, la cuestión tiene poca relevancia si se atiende al criterio sentado al respecto por el TS. Así, en ATS de 13 de junio de 2006 declinó la competencia a favor del TSJ de Galicia para conocer del recurso de casación interpuesto ante éste y amparado en la infracción de diversos preceptos de la Ley 5/1998 de 18 de diciembre de Cooperativas de Galicia. El TSJG, con cita precisamente de la STC de 12 de marzo de 1993, concluye *que la Ley del Parlamento Gallego 5/1998, de 18 de diciembre, sobre cooperativas de Galicia no es incardinable en forma alguna en la conservación y modificación del derecho civil gallego, al no existir precedente en el mismo sobre dicha materia de claro carácter mercantil, ni tampoco en su desarrollo pues no existe conexión alguna con las instituciones que aquél regula que lo permitan para su actualización o innovación según los principios informadores peculiares de nuestro derecho civil foral o propio*. Y con esa base entiende que en los casos en que la ley rebasa lo que el TC interpreta lo que ha de considerarse derecho civil o foral especial ex artículo 149.1.8 CE, debe declinar la competencia a favor del TS por exceder de los límites del artículo 73.1.a) LOPJ en relación con lo dispuesto en el 22.1.a y 27.4 del Estatuto de Autonomía de Galicia y el artículo 478.1 párrafo segundo de la LEC.

Según el criterio mantenido por el Tribunal Supremo, sin embargo, procede atribuir la competencia a las Salas de los Tribuna-

²⁰ *Diario de sesiones de las Cortes de Aragón*, nº 46. Pleno de los días 9 y 10 de junio de 2005.

les Superiores en todo caso en el que se invoquen en el recurso como infringidas normas de derecho privado, civil o mercantil, contenidas en leyes emanadas de los Parlamentos regionales. Se expresa ahí que *Las consideraciones que la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia expone para rechazar el conocimiento del presente recurso de casación civil conducen a la exclusión del concepto de derecho civil especial propio de la citada Comunidad Autónoma a dicha Ley de Cooperativas de Galicia, siendo así que la controversia que trae razón de la aplicación de tal Ley ha quedado sometida al conocimiento de los órganos judiciales pertenecientes al orden civil, y en este caso de los Tribunales de Galicia, por lo que en aplicación de lo establecido en el citado artículo 478.1 de la LECiv 2000, tal y como informa el Ministerio Público, el recurso de casación, que se ha basado, entre otros, en la infracción de diversos preceptos de tal norma autonómica ha de ser conocido por la citada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, al estarse ante una Comunidad Autónoma cuyo Estatuto ha asumido competencia en materia de recurso de casación civil, en cuyo orden jurisdiccional se comprende la materia mercantil.*

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón no se ha planteado siquiera esa posible falta de competencia en los recursos de casación en los que la norma invocada como infringida era civil (contenida en una ley civil o administrativa) pero no foral. Así, en sentencia de 10 de junio de 2008, se examinó la alegada infracción de preceptos de la Ley 24/2003 de medidas urgentes de política de vivienda protegida; en la de 4 de enero de 2010, la de preceptos de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y Adolescencia en Aragón; la sentencia de 1 de septiembre de 2010 examinó la alegada infracción de preceptos de la Ley 5/2002 de 4 de abril de caza de Aragón; la mas reciente de 13 de septiembre de 2010 versó sobre la interpretación de distintos preceptos de la Ley 9/1998 de 22 de diciembre de Cooperativas de Aragón.

En todo caso, la norma cuya infracción se alega ha de ser de rango legal, y así lo ha señalado el TS en numerosas ocasiones

(vgr. SSTs de 4 de febrero de 1992, 30 de diciembre de 1998, 20 de octubre de 1999 y 7 de abril de 2000).

Y en fin, no puede olvidarse que la aplicación por los Tribunales del derecho aragonés solamente resulta obligada cuando la cuestión que se somete a su consideración necesariamente tenga que ser resuelta aplicando normas específicas de nuestro derecho civil. Por tanto, para que el recurso resulte admisible es preciso que la norma cuya infracción se alega haya sido relevante en la resolución del litigio, es decir, que éste haya debido fallarse con necesaria aplicación de una norma aragonesa.

La competencia se atribuye al TSJA, como ha quedado expuesto, tanto si el recurso se funda exclusivamente en la infracción de norma aragonesa como si además se funda en la infracción de normas de derecho común. Esta circunstancia propicia que en ocasiones se alegue la infracción de norma aragonesa de manera algo forzada, lo que ocurre cuando en realidad lo relevante para la resolución del pleito ha sido la aplicación o inaplicación de norma común, cuya infracción se alega conjuntamente. La situación se comprende si se tiene en cuenta el tiempo que normalmente puede calcularse para obtener una sentencia de casación emitida por el Tribunal Supremo, y el que tarda, en desempeño de análoga función, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón. El juicio sobre la admisibilidad del recurso regulado en el artículo 483.2 LEC no debe adelantar lo que es propio del enjuiciamiento final o decisorio, so pena de vulnerar el artículo 11.3 de la LOPJ y a la postre, el 24 de la Constitución. Ahora bien, no puede olvidarse que las normas que establecen la competencia funcional (en este caso del Tribunal Superior de Justicia de Aragón) no tienen carácter dispositivo para las partes, de modo que no basta, no debe reputarse suficiente para atribuirle, una mera invocación formal e interesada de una norma como infringida, por parte del recurrente. En consecuencia, si el examen del recurso en trámite de admisión revela con claridad que es esto lo que se ha producido, la Sala debe declararse incompetente para conocer de aquél (de la misma manera que inadmite el recurso

sin pasar a la fase de decisión cuando, pese a la formal alegación de una norma como infringida, el recurrente pretende alterar el planteamiento de hechos declarados probados en la sentencia con la que disiente)²¹.

Como acabo de indicar, es esencial para poder apreciar la posible concurrencia de un motivo de casación, que se haya alegado como infringida una norma *aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso*. En la práctica, hay ocasiones en las que se denuncian como infringidas normas que no han sido citadas en los escritos alegatorios de las partes, incluso que no han sido citadas en la resolución que se recurre. En esas ocasiones, la invocación de la norma en el motivo del recurso suele hacerse con la consabida alusión al principio *iura novit curia*. La Sala Primera del TS tiene establecido que es lícito al juzgador (y este criterio rige también en casación) aplicar los fundamentos legales que convengan al supuesto litigioso, aun no habiendo sido invocados por las partes, siempre que no se altere la causa de pedir de la pretensión.

3. PROCEDIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN ARAGONÉS

3.1. Resoluciones recurribles

Conforme al artículo 2 de la Ley aragonesa 4/2005 y el 477.2 LEC, son recurribles las sentencias dictadas en segunda instancia. No existe ya la posibilidad, prevista en el artículo 1687.2 de la LEC/1881, de interponer recursos de casación contra autos dictados en apelación que, en ejecución de sentencia, resuelvan

²¹ En este mismo sentido, MUÑOZ JIMÉNEZ considera que en las casaciones de contenido mixto, si los motivos que aducen infracción de Ley privativa no superan el control de admisión, el Tribunal Superior debe declinar la competencia para resolver sobre los demás en beneficio del Tribunal Supremo. (*Comentarios*, cit., p. 2298).

puntos sustanciales no controvertidos en el pleito o no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado²².

En este punto resulta obligado hacer mención de una cuestión que se ha planteado en la Sala de lo Civil del TSJA y que ha suscitado pareceres divergentes entre sus miembros. Me estoy refiriendo a las sentencias que ponen fin a los juicios verbales en los que se ventilan las controversias sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario confeccionado a los fines de la liquidación del régimen económico matrimonial.

En autos dictados en rollos de casación 2/2010 y 6/2010 (de 16 de abril de 2010), modificando la postura mantenida hasta entonces por la Sala y siguiendo el criterio del Tribunal Supremo, se acordó no admitir a trámite los recursos de casación interpuestos. La razón se encuentra en la consideración de que las sentencias recaídas en esos procedimientos no son *sentencias dictadas en segunda instancia*. En dichos autos la mayoría de la Sala ha considerado que tal criterio, establecido de modo reiterado por el TS, vincula a la Sala, dado que en este particular no existe salvedad alguna en la regulación propia de Aragón.

La interpretación de las normas integradas en el derecho común, provenientes de las Cortes Generales, corresponde al Tribunal Supremo. La interpretación de una norma procesal aragonesa en cambio, corresponde al TSJA. Sin embargo, el inciso primero del artículo 2 de la Ley de Casación aragonesa (*Serán recurribles las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales*) no innova en relación con el régimen común ni sirve a la finalidad a la que dicha Ley, según ha quedado expuesto, obedece. Son los dos apartados siguientes los que introducen las peculiaridades de la casación para Aragón, en tanto que la

²² Es acertada la supresión del recurso de casación contra autos en ejecución, expediente que servía a la finalidad de preservar la integridad del fallo frente a extralimitaciones en la ejecución y por tanto, ajena a la genuina finalidad de la casación. Con la regulación actual ese control habrá de ejercitarse, en su caso, a través del recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 563.1 LEC.

proposición inicial de este artículo sirve sencilla y únicamente a dotar de sentido a la norma²³. El TSJA puede interpretar con criterio propio las peculiaridades introducidas por la Ley 4/2005 en relación con la casación foral, pero no le corresponde la interpretación de las normas procesales comunes. De ahí la relevancia del inciso final del n.º 2 del artículo 2 de la Ley de Casación aragonesa: *El interés casacional podrá invocarse aunque la determinación del procedimiento se hubiese hecho en razón de la cuantía*. Esta previsión legal (que encuentra su razón de ser, igual que la disposición del apartado primero, en la voluntad del legislador de ampliar el ámbito de la casación foral) es precisamente lo que permite al TSJA apartarse de la interpretación que del artículo 477.2.3º ha venido realizando el TS desde la fijación de criterios que llevó a cabo en la Junta General de Magistrados de 12 de diciembre de 2000. Esta opción interpretativa tiene un fundamento coyuntural que no es otro que la crónica situación de atasco que sufre la Sala Primera y que ha conducido a que buen número de cuestiones vean cerrado el acceso a casación²⁴.

Los autos que acabo de mencionar hacen una remisión a los del Tribunal Supremo²⁵ que, en síntesis, expresan que el procedimiento del artículo 809.2 LEC constituye un incidente de índole declarativa dentro de un procedimiento de liquidación, por lo que la sentencia que en ellos se dicta no pone fin a una segunda instancia. Ahondando un poco más en esta noción, es lo cierto que hay buenas razones para concluir la inaccesibilidad

²³ En la elaboración de la Ley se tuvo en cuenta el criterio sentado por el TC en su sentencia 47/2004, donde expresó (FD 8) que, si bien la mera reiteración de reglas procesales generales en la legislación autonómica no hace buena, sin más, una tal previsión, la proscripción de reglas procesales generales en aquélla no debe abarcar supuestos en los que se incorporan a la normativa autonómica preceptos procesales del ordenamiento común con la sola finalidad de dotar de sentido o inteligibilidad al texto.

²⁴ Tal taxativa doctrina pugna con lo que fue uno de los criterios inspiradores de la regulación de la casación en la LEC 2000, expresado en su Exposición de Motivos (XIV, párrafo octavo): *no excluir de ella ninguna materia civil o mercantil*.

²⁵ Así, el ATS de 15 de julio de 2008.

a la casación de las sentencias recaídas en el juicio verbal previsto en el artículo 809.2. El procedimiento para la formación de inventario (en el que se desarrolla el juicio verbal donde se ventilan las eventuales controversias sobre la inclusión o exclusión de algún bien) es una fase —la primera fase— del procedimiento liquidatorio, que tiene la peculiaridad de que puede adelantarse para desarrollarse a la par que el proceso disolutorio. No tiene sustantividad propia, pues está preordenado a la liquidación y no se concibe sino en función de ésta. Cuestión diferente es que, después, quepa a las partes la posibilidad de prescindir de llevar a cabo la liquidación y división judicialmente, si llegan a un acuerdo para verificarlo por sí mismas (de la misma manera que pueden, en cualquier otro procedimiento de objeto disponible, poner fin al proceso iniciado por haber alcanzado acuerdo). Por ello, por más importancia económica o jurídica que puedan presentar los eventuales problemas relacionados con la formación de inventario, el procedimiento que me ocupa no tiene autonomía, pues la sentencia que se dicte no pone fin al proceso de liquidación, sino sólo a la concreta controversia sobre inclusión o exclusión de bienes. La sentencia no es una sentencia definitiva, en el sentido de sentencia final, porque se limita a resolver una cuestión que es solo antecedente de la decisión final²⁶. Por eso, el recurso de apelación que se interpone contra la repetida sentencia no introduce una nueva instancia, pues el conocimiento de la Audiencia Provincial se extiende sólo a ese limitado aspecto del procedimiento de liquidación. Como expresa el profesor BONET NAVARRO²⁷, *Segunda instancia es el segundo conocimiento del asunto cuando éste versa sobre el fondo resuelto en la primera instancia ya terminada mediante una resolución definitiva.*

²⁶ La LEC de 1881 establecía, con precisión, que eran susceptibles de recurso de casación determinadas sentencias definitivas pronunciadas por las Audiencias Provinciales, teniendo el concepto de tales las que pusieran término al proceso.

²⁷ BONET NAVARRO, A., *Los recursos en el proceso civil*. Madrid, 2000, p. 99.

Frente a lo expuesto, la fundamentación del voto particular²⁸ al que he aludido descansa, en síntesis, en los siguientes argumentos.

Entienden quienes lo suscriben que el proceso para la formación de inventario tiene una sustantividad propia y diferente del propio procedimiento de liquidación en el que se encuadra, ya que puede servir para la liquidación extrajudicial del patrimonio común, siendo precisamente en la formación del inventario donde se suscitan los más interesantes problemas y debates jurídicos. Consideran también que la sentencia que pone fin al procedimiento para la formación de inventario produce efecto de cosa juzgada, ya que la norma no dice lo contrario, frente a la disposición del art. 787.5 LEC que, en relación con la sentencia dictada en el juicio verbal sustanciado en caso de no conformidad con las operaciones divisorias excluye de modo expreso tal efecto y, por otra parte, las sentencias recaídas en juicio verbal, conforme a lo dispuesto en el artículo 447 LEC, producen el efecto de cosa juzgada salvo los casos expresamente previstos, entre los que no se encuentra la sentencia que pone fin al procedimiento del art. 809. Y estiman que el criterio de la naturaleza incidental de un procedimiento, en cuanto subordinado a otro que sería principal, no es decisivo para deducir de él la recurribilidad o no en casación, pues el procedimiento de modificación de medidas en separación y divorcio no ha cambiado de naturaleza a partir de la reforma operada en la LEC por la Ley 15/2005 de 8 de julio y, sin embargo, antes se regulaba como cuestión incidental a resolver por auto y excluida de la casación en tanto que ahora termina por sentencia y el ATS de 13 de enero de 2009 admite su acceso a casación.

²⁸ En el sentido del voto particular que comento en el texto se ha pronunciado (a mi modo de ver, con argumentos más de justicia material que rigurosos) también el TSJ de Navarra en auto de 30 de julio de 2009.

3.2. Gravamen

El derecho a recurrir en casación viene condicionado a que la parte haya resultado afectada desfavorablemente por la resolución; que haya sido perjudicada por ella. De lo contrario falta la legitimación para recurrir, al faltar el interés. El gravamen existe cuando hay una diferencia entre lo solicitado en la demanda y lo concedido en la sentencia y esta diferencia es perjudicial para el solicitante. Por eso, expresa el artículo 448 LEC que *Contra las resoluciones judiciales que les afecten desfavorablemente, las partes podrán interponer los recursos previstos en la ley*, recogiendo lo que era doctrina del TS expresada en numerosas resoluciones²⁹, habiendo precisado dicho Tribunal³⁰ que la casación constituye un medio impugnativo del que sólo pueden hacer uso los efectivamente perjudicados, y por ello no existe agravio para el actor cuando la sentencia estima la demanda, aunque sus fundamentos no se correspondan con los que él adujo³¹, y que tampoco viene permitido a un litigante invocar el perjuicio causado a otro por la decisión de que se trate³².

²⁹ En el ATS de 24 de junio de 2008 se expresa: *entre las funciones que el legislador de la LEC 1/2000 otorga a este recurso, en el que prevalece claramente el "ius constitutionis" —aplicación uniforme de la legalidad ordinaria—, también está presente el "ius litigatoris" —defensa de sus derechos— que legitima para la formulación del recurso conforme el art.448.1 de la LEC 1/2000, y, lógicamente para el planteamiento de las cuestiones que en él se suscitan, precepto que exige que a la parte recurrente le sea desfavorable la resolución impugnada —el pronunciamiento de dicha resolución—, de lo que se colige que no basta con plantear cualquier cuestión jurídica, sino que ésta ha de ser relevante para la parte en la medida en que con su planteamiento ha de pretender una resolución favorable a sus intereses, es decir con incidencia para obtener un fallo favorable, circunstancia que no se produce en este caso cuando incluso la hipotética estimación de la impugnación en nada cambiaría el fallo.*

³⁰ STS 2 de enero de 1992.

³¹ STS 11 de marzo de 1952.

³² ATS 23 de septiembre de 2008.

4. LA ACUMULACIÓN DE MOTIVOS DE RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

Hasta la reforma de la LEC de 1984, el recurso de casación tenía dos distintas modalidades: el de casación por infracción de Ley y el de casación por quebrantamiento de forma, que es el antecedente del actual recurso de infracción procesal. Este último no constituye por ello una verdadera innovación, si bien lo es atribuir la competencia para su conocimiento a los Tribunales Superiores de Justicia, aunque tal previsión no está aún en vigor.

Podría cuestionarse la constitucionalidad de esta regulación, dado que conforme al artículo 123 CE, el TS es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, si bien tiene declarado el TC que les es dable al legislador ordinario configurar los sistemas de recursos en el proceso civil (SSTC 81/1986, 230/1993, 374/1993, 37/1995). Lo cierto es que si esta previsión entrase en vigor permitiría aprovechar la existencia de la Sala, con un contenido que le es mucho más propio que la actual atribución, al amparo del art. 330.4 LOPJ, del conocimiento, como sección de refuerzo, de recursos contencioso-administrativos.

Este desdoblamiento de la casación en dos recursos diferentes y la exigencia de optar entre uno u otro se explica en la Exposición de Motivos (apdo. XIV) de la Ley: *...La separación entre el recurso de casación y el recurso extraordinario dedicado a las infracciones procesales ha de contribuir, sin duda, a la seriedad con que éstas se aleguen. (...). Nada tiene de heterodoxo ni orgánica ni procesalmente, y menos aún, si cabe, constitucionalmente, cuando ya se han consumido dos instancias, circunscribir con rigor lógico el recurso extraordinario de casación y exigir a quien esté convencido de haberse visto perjudicado por graves infracciones procesales que no pretenda, simultáneamente, la revisión de infracciones de derecho sustantivo.*

La idea, por tanto, es acabar con las innumerables impugnaciones sin verdadero fundamento que al amparo de la vieja

casación por quebrantamiento de forma contribuyeron en buena medida a la crónica situación de atasco del TS.

Como he indicado, la correspondiente previsión competencial no ha adquirido la plenitud de eficacia, en los términos previstos en los artículos 468 y siguientes de la Ley procesal, al no haberse abordado la reforma competencial en la LOPJ, habilitadora y necesaria para que los Tribunales Superiores de Justicia pudiesen conocer del citado recurso extraordinario. Ante ello, la Disposición Final Decimosexta de la LEC estableció un régimen transitorio de viabilidad del recurso extraordinario de infracción procesal que restringe su ejercicio a supuestos en que la sentencia de que se disiente sea susceptible de recurso de casación y que establece que, en los casos en que la competencia para conocer del recurso de casación corresponda a los Tribunales Superiores de Justicia, las resoluciones recurridas pueden también impugnarse por los motivos previstos en el artículo 469 de la Ley procesal.

No son frecuentes las ocasiones en las que con ocasión de la interposición de un recurso de casación foral se aducen motivos de infracción procesal. De los que se presentan, algunos perecen en el trámite de admisión, ya por no ser la resolución impugnada recurrible en casación³³ ya por carencia manifiesta de fundamento (así, AATSJA de 14 de mayo de 2010 y de 16 de abril de 2010). En alguna ocasión incluso, no se ha llegado a pronunciamiento sobre la admisibilidad sino a uno declarando la falta de competencia del TSJA, lo que ha ocurrido cuando se ha interpuesto únicamente recurso de infracción procesal, supuesto en el que la competencia corresponde al TS (ATSJA de 30 de diciembre de 2009). Y de los que han superado la fase de admisión, ninguno ha prosperado, confirmándose así en la práctica la reflexión que sobre esta cuestión se hace en la Exposición de Motivos de la Ley.

³³ En virtud de lo dispuesto en la DA 16.1.5º LEC, la no recurribilidad en casación de una resolución comporta el decaimiento e inadmisibilidad del recurso de infracción procesal si este se hubiese tramitado conjuntamente.

Conforme al ATS de 6 de mayo de 2003 y los que en él se citan, dicho recurso es el instrumento procesal apto para denunciar las infracciones de naturaleza adjetiva, entendidas en sentido amplio, por lo que se incluyen en su ámbito no sólo las comprendidas en el artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino también la legitimación, así como la distribución de la carga de la prueba y la aplicación de las reglas que la disciplinan.

De lo anterior no debe deducirse, sin embargo, y a pesar de que el juicio sobre los hechos se encuadre dentro de la actividad procesal, que lo que se excluyó, en este ámbito, del recurso de casación, quepa aquí. Menciono expresamente este aspecto porque en ocasiones se ha tratado de conseguir por esta vía, alegando error en la valoración de la prueba, una nueva valoración por el órgano de casación, intentando convertir ésta en una tercera instancia. En Auto de 16 de abril de 2010 el TSJA ha recordado la restrictiva doctrina desarrollada por la Sala Primera del Tribunal Supremo ya durante la vigencia de la LEC 1881 sobre el control en casación de la valoración arbitraria o ilógica de la prueba, que mantiene su vigencia, si bien dentro del ámbito que ahora es propio, del recurso extraordinario. Así, se ha venido admitiendo con carácter excepcional la impugnación: a) Cuando se ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio (SSTS de 10 noviembre de 1994, 18 de diciembre de 2001, 8 de febrero de 2002); b) Cuando se extraigan conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas o que conculquen los más elementales criterios de la lógica (SSTS de 28 de junio y 18 de diciembre de 2.001, 8 de febrero de 2002, 21 de febrero de 2003, 31 de marzo y 9 de junio de 2004) o se adopten criterios desorbitados o irracionales (SSTS de 28 de enero de 1.995, 18 de diciembre de 2.001, 19 de junio de 2002); c) Cuando se tergiversen las conclusiones periciales de forma ostensible, o se falsee de forma arbitraria sus dictados, o se aparte del propio contexto o expresividad del contenido pericial (STS de 28 febrero de 2003); y, d) Cuando se efectúen apreciaciones arbitrarias (STS de 3 de marzo de 2004) o contrarias a las reglas de la común experiencia.

En fin, el TS ha declarado también³⁴, para concluir que el recurso no permite el control de la infracción de los artículos que regulan la condena en costas, que no todas las infracciones procesales son controlables a través del recurso extraordinario, ni en el régimen provisional regulado en la Disposición final 16ª de la LEC 2000, ni siquiera en el más amplio del articulado (arts. 468 y siguientes), que tiene todavía pospuesta en parte su vigencia; además es imprescindible, aparte la recurribilidad de la sentencia, que la vulneración de la norma procesal sea incardinable en alguno de los motivos tasados en el art. 469.1 LEC 2000.

Los eventuales pronunciamientos del TSJA sobre cuestiones procesales, emitidos en supuestos en los que se hayan alegado motivos de recurso de infracción procesal con ocasión de la interposición de un recurso de casación foral, deberían, en rigor, ajustarse a la correspondiente doctrina sentada por el TS, pues sólo los pronunciamientos que éste emita tienen valor de doctrina jurisprudencial en materia procesal.

Ello se desprende inequívocamente de la regulación del (mal llamado, según el propio legislador reconoce en su Exposición de Motivos) recurso en interés de la ley. La atribución del conocimiento de los recursos extraordinarios por infracción procesal a los TT.SS.JJ. con exclusión del TS, conforme al régimen originario de la LEC, comporta el riesgo de que se produzca disparidad de criterios. Para evitarlo, mediante este instituto, cuya utilización sólo es posible si hay previa contradicción entre resoluciones, se pretende asegurar la recta aplicación de la norma procesal y su aplicación uniforme por los órganos judiciales, sin afectar a la resolución del caso concreto ni, por tanto, a los intereses en conflicto³⁵. Pues bien, el régimen previsto en los artículos 490 a 493, en suspenso en tanto los TSJ carezcan de competencia para conocer con carácter general de dichos recursos, reconoce, lo que

³⁴ Autos de 15 de febrero y 1 de marzo de 2005.

³⁵ En el recurso en interés de ley puede apreciarse que lo que se persigue no es la satisfacción de los litigantes, sino un interés superior: la unificación de criterios. En definitiva, la seguridad jurídica.

resulta del todo razonable, que es al TS (a salvo la del TC por la vía del amparo, artículo 490.2) a quien corresponde la función unificadora de la jurisprudencia, también en temas procesales. Sólo el TS puede imponer a los demás órganos jurisdiccionales un determinado criterio interpretativo. Por ello, establece el artículo 493 que la sentencia estimatoria dictada en los recursos de interés de ley fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial y habrá de publicarse en el Boletín Oficial del Estado, a partir de lo cual *complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los Jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo.*

Esta es la razón de que, dado que de momento la competencia para el recurso de infracción procesal corresponde al TS, en la actualidad el recurso en interés de ley carezca de objeto, precisamente porque es en las resoluciones dictadas en aquéllos donde dicho Tribunal tiene la ocasión de plasmar sus criterios, y a los que los demás tribunales, incluidos por tanto los TSJ (cuando excepcionalmente conozcan de recursos de infracción procesal) habrán de acomodarse, consiguiéndose de este modo la necesaria uniformidad.

IV. LOS MOTIVOS DE APERTURA DEL RECURSO DE CASACIÓN

Julio Javier MUERZA ESPARZA

CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL
UNIVERSIDAD DE NAVARRA

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.– 2. LA «CUANTÍA DEL ASUNTO» COMO CRITERIO DE LA SELECCIÓN DE LAS SENTENCIAS EN EL RECURSO DE CASACIÓN COMÚN.– 3. EL CRITERIO DE LA CUANTÍA EN LA CASACIÓN FORAL ARAGONESA: 3.1. Cuantía concreta. 3.2. Cuantía indeterminada.– 4. EL INTERÉS CASACIONAL: 4.1. Los supuestos de la LEC. 4.2. Los supuestos de la Ley 4/2005, de 14 de junio.– 5. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las principales novedades que presenta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 es el régimen de los recursos extraordinarios y tal vez sea la que más polémica ha suscitado. Se trata, ciertamente, de un modelo novedoso y audaz. Como señala la exposición de motivos, la Ley ha operado con tres elementos para determinar el ámbito de la casación: En primer lugar, el propósito de no excluir de ella ninguna materia civil o mercantil; en segundo lugar, la decisión de dejar fuera del ámbito del recurso de casación las infracciones procesales; y, en tercer lugar, la relevancia de la función de crear autorizada doctrina jurisprudencial (apartado XIV).

De esta forma la Ley procesal común, como es sabido, deslinda el recurso de casación por infracción de ley del de quebrantamiento de forma. El primero es el que dará lugar al recurso de casación (arts. 477 y ss.), mientras que el segundo será susceptible de recurrirse ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia a través del recurso extraordinario por infracción procesal (arts. 468 y ss.). A ellos hay que añadir el recurso en interés de la ley (arts. 490 y ss.) para la unificación de la ley procesal.

Este sistema de separar la sustanciación de los tradicionales motivos del recurso de casación no es nuevo en nuestra legislación. En efecto, antes de la reforma de 1984, la relación de motivos del recurso, así como el procedimiento y los efectos, eran distintos según se tratase de la infracción de ley o el quebranta-

miento de forma. Fue, precisamente, la reforma de 1984 la que estableció en un solo artículo —el artículo 1692— los motivos del recurso (el cuarto era el único previsto por infracción de ley) con un procedimiento común para ambos.

Ahora bien, ¿cuál es la razón de esta nueva separación? La respuesta se puede encontrar en la propia exposición de motivos de la Ley cuando afirma: “Nada tiene de heterodoxo, ni orgánica ni procesalmente y menos aún, si cabe, constitucionalmente, cuando ya se han consumido dos instancias, circunscribir con rigor lógico el recurso extraordinario de casación y exigir a quien esté convencido de haberse visto perjudicado por graves infracciones procesales que no pretenda, simultáneamente, la revisión de infracciones de Derecho sustantivo. Si se está persuadido de que se ha producido una grave infracción procesal, que reclama reposición de las actuaciones al estado anterior a esa infracción, no cabe ver imposición irracional en la norma que excluye pretender al mismo tiempo una nueva sentencia, en vez de tal reposición de las actuaciones. Si el recurso por infracción procesal es estimado habrá de dictarse nueva sentencia y si ésta incurriera en infracciones del Derecho material sustantivo, podrá recurrirse en casación la sentencia como en el régimen anterior a esta Ley”.

Centrándonos en el recurso de casación, conviene recordar que se trata un recurso extraordinario, caracterizado, por tanto, porque sólo procede frente a unas determinadas resoluciones judiciales y debe estar basado en unos motivos tasados. De él conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, salvo que el recurso se funde exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto tal atribución, en cuyo caso será competente la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia. Además, si la misma parte preparase el recurso de casación contra una misma sentencia ante el Tribunal Supremo y ante el Tribunal Superior de Justicia, se tendrá, mediante providencia, por no presentado el

recurso de casación, en cuanto se acredite esta circunstancia (art. 478).

Por lo que se refiere a las resoluciones susceptibles de recurrirse en casación¹, en el derecho procesal común está previsto que sean únicamente las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales siempre que: a) se dictaren para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los previstos en el artículo 24 de la Constitución, que se alegarán a través del recurso extraordinario por infracción procesal (por ejemplo, el derecho al honor, intimidad personal,...); b) la cuantía del asunto exceda de veinticinco millones de pesetas —hoy 150.000 euros—; c) la resolución del recurso presente interés casacional (art. 477. 2 y 3).

En cuanto a los motivos del recurso de casación el artículo 477 establece como “único” la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. Motivo, que se corresponde con el previsto en el artículo 1692.4 de la Ley procesal civil de 1881, tras la reforma de 1992, con un enunciado todavía más claro, de forma tal que cualquier infracción del Derecho Civil o Mercantil queda comprendida en este precepto.

El régimen casacional expuesto es el que se corresponde con el diseño de la Ley procesal de 2000. Sin embargo, como es sabido, el Parlamento no aprobó la reforma de la LOPJ, necesaria para atribuir la nueva competencia de las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal. En su lugar, se aprobó una disposición final decimosexta a la Ley procesal civil que, en síntesis, establece que las sentencias que sean recurribles en casación serán también susceptibles de recurrirse por infracción procesal ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, acumulándose los dos recursos y resolviéndose en su caso por el orden lógico. Es decir, se examinará la admisibilidad del recurso de casación

¹ Véase más extensamente el capítulo 3.

y sólo si el recurso supera esta fase, se admitirá el recurso por infracción procesal.

Ahora bien, este régimen duró poco tiempo puesto que la Junta General de la Sala Primera del Tribunal Supremo, el día 12 de diciembre de 2000, antes por tanto de entrar en vigor la Ley, promulgó un Acuerdo sobre los “criterios sobre recurribilidad, admisión y régimen transitorio en relación con los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, regulados en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, y que supone en la práctica, aunque no lo sea, la norma a seguir en esta sede².

Junto al régimen común de la Ley procesal civil conviven algunas regulaciones casacionales en el ámbito de las Comunidades Autónomas. En concreto, en la Comunidad Autónoma Gallega se dictó la Ley 11/1993, de 15 de julio, reguladora del recurso de casación en materia de derecho civil especial de Galicia, que fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad, resuelto por la sentencia del Tribunal Constitucional 47/2004, de 25 de marzo, lo que dio lugar a que se dictase la Ley 5/2005, de 25 de abril, con la misma rúbrica que la anterior. Consta de dos artículos. El primero se limita a indicar cuál es el objeto de dicha ley³. Por su parte, el segundo establece las especialidades en la regulación del recurso de casación: “1. Se considerará motivo casacional el error en la apreciación de la prueba que demuestre desconocimiento por parte del juzgador de hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre. 2. Las sentencias objeto de casación no estarán sometidas a limitación alguna por causa de su cuantía litigiosa”.

Poco tiempo después las Cortes de Aragón aprobaron la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa (BOA

² El Tribunal Constitucional ha declarado que el citado Acuerdo forma parte de la normativa sobre el recurso de casación (STC 108/2003, de 2 junio).

³ “La regulación del recurso de casación en materia de derecho civil de Galicia, de conformidad con la competencia prevista en el art. 27.5 del Estatuto de autonomía de Galicia”.

24 de junio de 2005) que consta de tres artículos. El primero atribuye la competencia para conocer del recurso a la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. El segundo prevé las resoluciones impugnables en casación: Las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales siempre que la cuantía del asunto exceda de tres mil euros o sea imposible calcular ni de modo relativo; o cuando la sentencia revista interés casacional. Concepto éste que aparece definido en el artículo tercero⁴. Esta regulación encuentra su fundamento, según afirma su preámbulo, en que “el recurso de casación debe permitir al Tribunal Superior de Justicia de Aragón crear jurisprudencia que complemente el ordenamiento civil aragonés mediante la interpretación y aplicación de la ley, la costumbre y los principios generales en los que se inspira nuestro ordenamiento. Sin embargo, dadas las peculiaridades de nuestro Derecho, en la actualidad sólo un escaso número de asuntos están accediendo a la casación foral aragonesa, lo que hace aconsejable que el legislador aragonés fije, en ejercicio de sus competencias, los requisitos procesales de acceso a la casación para hacer posible la utilización de este recurso en un número mayor de litigios sobre Derecho civil aragonés”.

⁴ “Se considerará que un recurso presenta interés casacional en los siguientes casos: 1. Cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Aragón o del Tribunal Supremo, dictada en aplicación de normas del Derecho civil aragonés, o no exista dicha doctrina en relación con las normas aplicables. 2. Cuando la sentencia recurrida resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. 3. Cuando la sentencia recurrida aplique normas del Derecho civil aragonés que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que no exista doctrina jurisprudencial relativa a normas anteriores de igual o similar contenido”.

2. LA “CUANTÍA DEL ASUNTO” COMO CRITERIO DE LA SELECCIÓN DE LAS SENTENCIAS EN EL RECURSO DE CASACIÓN COMÚN

Acabamos de indicar en el epígrafe anterior que el artículo 477. 2 de la Ley procesal civil común establece que serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales cuando “la cuantía del asunto excediere de veinticinco millones de pesetas” (hoy 150.000 euros⁵).

El establecimiento de una determinada cuantía para recurrir en casación no es una novedad de la Ley procesal vigente. Desde la reforma de 1984 la Ley de Enjuiciamiento Civil estableció esa cuantía mínima⁶ por debajo de la cual el legislador entiende que la escasa entidad del asunto no justifica el acceso a la casación común. Ciertamente, como se ha dicho, además de que el fin de dicha norma era tratar de disminuir el número de asuntos que tenían acceso a la casación, resulta ser un criterio discutible, puesto que ni los pleitos de cuantía superior a la fijada son, necesariamente, desde el punto de vista jurídico, más relevantes ni la interpretación y unificación de la ley que cabría hacer en los de cuantía inferior a esa suma debe tener menos relevancia⁷.

Una primera cuestión que se plantea es a qué cuantía hay que referirse a efectos del trámite de admisión del recurso: A la que fue fundamento de la pretensión en primera instancia o a la que aparece concretada como petición en la segunda instancia. Y, en relación con ello, ¿tiene alguna trascendencia que la ley procesal vigente hable de “cuantía del asunto”, frente a la expresión “litigios de cuantía superior a” de la norma derogada?

⁵ Real Decreto 1417/2001, de 17 de diciembre.

⁶ Esta cuantía en la ley 34/1984, de 6 de agosto, era de 3.000.000 de pesetas [artículo 1687.1. c) LEC] y, posteriormente, en virtud de la reforma producida por la ley 10/1992, de 30 de abril, pasó a ser de 6.000.000 de pesetas.

⁷ Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., en DE LA OLIVA SANTOS, A. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Derecho Procesal Civil II*, ed Ceura, Madrid 1992, p. 529.

Bajo la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, el Tribunal Supremo, al pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso, partía de la cuantía indicada por el actor en la demanda, entendiendo que no se alteraba la misma por las modificaciones del valor del bien o derecho litigioso durante la tramitación del proceso. Así mismo, no consideraba acumulables, a efectos de alcanzar dicha cuantía, las previstas en la demanda y la reconvención. Sin embargo, sostenía también que la cuantía litigiosa era una realidad que debía considerarse en su existencia dinámica y, por tanto, podía modificarse con repercusión en el presupuesto de admisión del recurso, si el demandado se allanaba parcialmente a la demanda, o si por el actor se redujere el montante de la reclamación inicial, bien en el acto de la comparecencia del juicio de menor cuantía, o en el trámite de resumen de prueba a la vista del resultado de ésta. Igualmente, si el actor hubiese reclamado en la demanda una suma superior a la establecida para el acceso a la casación y el tribunal de primera instancia hubiese estimado parcialmente su pretensión, concediéndole una suma inferior a la de tal cuantía casacional, si dicho actor no recurriese en apelación la sentencia, para él ya no sería “litigiosa” la diferencia no concedida por la sentencia de primera instancia. Al terminar la segunda instancia, si el saldo resultante insatisfecho por la resolución judicial fuese inferior al límite cuantitativo establecido para acceder al recurso, la sentencia no sería recurrible en casación. Este mismo criterio, entendía, debía aplicarse cuando en la segunda instancia el actor, que vio desestimada su pretensión totalmente en la primera instancia, afirmara que, aun sin llegar al montante de lo reclamado en la demanda por cuantía superior a la que da acceso al recurso, tendría derecho a percibir una suma inferior a dicha cuantía; esta cuantía sería la determinante de la “cuantía litigiosa” a los efectos de la admisibilidad del recurso de casación. Ahora bien, esta “cuantía litigiosa” ha sido desigualmente considerada respecto de los casos en que la sentencia de segunda instancia concediera al

actor una suma inferior a la que sirve para hacer viable el recurso de casación⁸.

El artículo 477.2.2º de la Ley procesal vigente, como hemos dicho, se refiere a la “cuantía del asunto” que exceda, por tanto no igual, de 150.000 euros, como presupuesto para que las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales sean susceptibles de recurrirse en casación. Para un sector de la doctrina, con esta expresión el legislador parece ser que ha querido zanjar la cuestión sobre la interpretación de la cuantía litigiosa, señalando como referencia, no aquello sobre lo que se discrepa sino aquello que configura el objeto del proceso inicialmente⁹. Otros autores, de forma más rotunda, vienen sosteniendo que en nuestro Derecho no ha existido nunca la exigencia de que para formular un recurso, sea éste el que fuera, el gravamen sufrido (*summa gravaminis*) por la parte que pretende recurrir tenga una cuantía mínima determinada, sino que se ha atendido siempre a la cuantía del asunto (*summa cassationis*). En consecuencia, continúan estos autores, si en un asunto de más de 150.000 euros se causa al recurrente un agravio de un euro cabe el recurso de casación. Sin embargo, en un asunto de 150.000 euros no cabrá tal recurso por esta vía, aunque el agravio a la parte sea exactamente de esa cantidad¹⁰. A pesar de lo dicho no faltan autores que siguen refiriéndose a la *summa gravaminis* al tratar la cuestión¹¹.

Así las cosas la Sala Primera del Tribunal Supremo, reunida en Junta General el 4 de abril de 2006, adoptó un Acuerdo en relación con este asunto. Bajo la rúbrica “La cuantía como pre-

⁸ Cfr. BONET NAVARRO, A., *Los recursos en el proceso civil*, Ed. La Ley, Madrid 2000, pp. 219 y 220, nota 247 con la jurisprudencia que cita.

⁹ Cfr. BONET NAVARRO, A., op. cit., p. 220.

¹⁰ Cfr. MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *El recurso de casación civil*, ed. Tiant lo Blanch, Valencia 2009, p. 333, nota 90.

¹¹ Entre otros, SERRA DOMÍNGUEZ, M., “El recurso de casación en la LEC 1/2000”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 2001, pp. 1144 y ss.; LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El interés casacional*, ed. Civitas, Madrid 2002, p. 48, nota 8, in fine; NIEVA FENOLL, J., *El recurso de casación civil*, Barcelona 2003, pp. 184.

supuesto para el acceso a los recursos extraordinarios: reducción que veda el acceso a los mismos”, manifiesta lo siguiente: “Se acuerda mantener dicha posición mayoritaria, aun cuando pudieran ser defendibles otras opiniones, se considera que la cuantía que permite el acceso a al casación es la cuantía litigiosa discutida en el recurso de apelación, por lo que la reducción del objeto litigioso sólo operará de primera a segunda instancia”.

En consecuencia, para la Sala Primera del Alto Tribunal, la cuantía a considerar es la *summa gravaminis* y no la *summa cassationis*, por lo que, indudablemente, se reduce el acceso a la casación por esta vía.

3. EL CRITERIO DE LA CUANTÍA EN LA CASACIÓN FORAL ARAGONESA

Como hemos indicado en el epígrafe anterior, el artículo 2.1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, establece que serán recurribles las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales “cuando la cuantía del asunto exceda de tres mil euros o sean imposible de calcular ni siquiera de modo relativo”.

A tenor de lo dispuesto en el preámbulo de la Ley 4/2005 con la regulación de la casación común un escaso número de asunto accedían a la casación foral. Por eso, con la previsión realizada en la citada norma, se pretendió que se utilizase este recurso en un número mayor de litigios sobre Derecho civil aragonés. De esta forma, se entiende, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón creará la jurisprudencia que complementa aquél ordenamiento jurídico a través de la interpretación y aplicación de la ley, la costumbre y los principios generales en los que se inspira.

3.1. Cuantía concreta

La primera modificación que se produce para alcanzar ese objetivo consiste en que las resoluciones recurribles son, al igual que en la casación común, únicamente las sentencias dictadas en segunda instancia¹², pero, aquí está la diferencia, siempre que la cuantía del asunto exceda de tres mil y no de ciento cincuenta mil euros. Es decir, se ha situado el umbral del acceso a la casación aragonesa por razón de la cuantía del asunto en los tres mil un euros. ¿Cuál es la razón de éste límite cuantitativo? Para tratar de responder a esta pregunta, vamos a recordar lo que manifestó el Tribunal Constitucional en relación con la Ley 11/1993, de 15 de julio, reguladora del recurso de casación en materia de derecho civil de Galicia. En efecto, el Alto Tribunal, en la STC 47/2004, de 25 de marzo, en relación con las resoluciones recurribles y, en concreto, con el inciso final del artículo 1 a) —“las sentencias... cualquiera que sea la cuantía litigiosa”—, señala en el fundamento jurídico undécimo que: “Las instituciones reguladas en la Ley de Derecho Civil de Galicia, Ley 4/1995, que ha derogado la Ley sobre la Compilación 7/1987, se integran por relaciones jurídicas muy vinculadas al ámbito rural de Galicia y, por ello, a su economía esencialmente agraria, sobre la base de una propiedad de carácter minifundista. Los pleitos para solventar las discrepancias sobre los derechos derivados de tales instituciones tienen, pues, como sustrato económico cuantías litigiosas escasas, muy por debajo no solamente de la que actualmente señala el artículo 477.2.2 de la vigente LEC, en la cifra de veinticinco millones de pesetas, sino de la de seis millones de pesetas que fijó la reforma de la casación civil por Ley 10/1992 —artículo 1687.1.c de la LEC de 1881— (...) Así las cosas, si se aplicase el criterio de una cuantía mínima para el acceso a la casación foral, los derechos de los litigantes sobre materias del Derecho Civil de Galicia podrían verse seriamente afectados (...) Hemos de concluir, por ello, que,

¹² Sobre las resoluciones recurribles en el recurso de casación aragonés véase el capítulo 3.

conforme a la doctrina constitucional que se dejó expuesta, debemos apreciar la existencia de una conexión o vinculación directa entre las particularidades del Derecho Civil de Galicia (de sus diversas instituciones integrantes del específico derecho gallego), y la especialidad procesal establecida por el inciso final del artículo 1 a) de la Ley autonómica impugnada, en cuanto prescribe que son susceptibles de casación las sentencias pronunciadas por las Audiencias Provinciales de Galicia “cualquiera que sea la cuantía litigiosa”, pues esta innovación procesal encuentra adecuada justificación constitucional en la competencia reconocida a dicha Comunidad Autónoma por el artículo 149.1.6 de la CE, en relación con el artículo 27.5 de su norma estatutaria, por lo que debemos declarar la constitucionalidad del referido inciso final”. Como consecuencia de ello el artículo 2.2 de la vigente Ley 5/2005, de 25 de abril, reguladora del recurso de casación en materia de derecho civil de Galicia, establece que: “Las sentencias objeto de casación no estarán sometidas a limitación alguna por causa de su cuantía litigiosa”.

Aplicando esta doctrina del Tribunal Constitucional a la casación aragonesa habría que concluir también, atendiendo al criterio de la cuantía del asunto, que la de tres mil un euros es la que ha entendido el legislador aragonés como la idónea para que el Tribunal Superior de Justicia de Aragón pueda cumplir con la función prevista en el preámbulo de la Ley casacional: Crear la jurisprudencia que complementa el ordenamiento civil aragonés. Se trata de un límite cuantitativo que el legislador aragonés no ha explicado porqué es ese y no otro superior o inferior. En todo caso, lo que sí se puede afirmar es que se trata de una cuantía que venía¹³ a coincidir con la prevista en la LEC para tramitar un asunto por las normas del juicio ordinario (art. 249.2).

Una primera cuestión a tratar sobre la cuantía es su determi-

¹³ Digo “venía” puesto que, en virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que entró en vigor el 4 de mayo de 2010, por la que se aprueba la reforma procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, dicha cuantía ha pasado a ser seis mil euros.

nación en el proceso, para lo cual habrá que acudir a la ley procesal civil común que, como es sabido, dada la importancia que aquélla tiene, establece cómo y quién debe precisarla. En efecto, el actor, como afirma el artículo 253.1 de la LEC, expresará justificadamente en su escrito inicial la cuantía de la demanda. Ciertamente, si se trata de una pretensión declarativa de condena relativa a una concreta cantidad dineraria, no se presentará problema alguno, puesto que la cuantía de la demanda es dicha cantidad. Ni el Juez, ni el Secretario Judicial, ni el demandado podrán poner en cuestión la cuantía a efectos estrictamente procesales¹⁴. En los demás casos, para fijar la cuantía habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 251 de la LEC, que establece hasta doce reglas para fijar el valor objeto del pleito, y también al artículo 252, que contempla otras reglas para el caso de acumulación de pretensiones. Se trata de unas normas que han sido establecidas de modo objetivo, con lo que impiden la determinación subjetiva del actor y tienen un carácter imperativo, es decir, han de aplicarse en todo caso, lo que no impide que, con base en el artículo 422, puedan las partes acordar el valor de la cosa litigiosa, sin que ello signifique que quede meramente a su voluntad. Por lo demás, el demandado, tal como dispone el artículo 255.1 de la LEC, podrá impugnar la cuantía de la demanda cuando entienda que, de haberse determinado de forma correcta, el procedimiento a seguir sería otro, o resultaría procedente el recurso de casación.

Si ni aún con las reglas de esos artículos puede fijarse la cuantía, ya sea porque se trate de un asunto carente de interés económico, o porque no pueda aplicarse regla alguna de determinación, o porque, aun existiendo regla de cálculo aplicable,

¹⁴ En algún caso excepcional se ha considerado que si bien en el momento inicial de interponer la demanda la cuantía de la misma se desconocía, resultaba obvio que los parámetros para el cálculo de la indemnización solicitada, establecidos en dicha demanda, evidenciaban que la cuantía litigiosa superaba el umbral del límite mínimo previsto en el artículo 477.2.2º de la LEC (véase ATS 27 de noviembre de 2001, citado por MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., op.cit., p. 339).

no se pudiera aplicar en el momento de interponer la demanda, habrá que entender que se trata de un asunto de cuantía indeterminada, que se tramitará por las normas del juicio ordinario (artículos 249.2 y 253.3 LEC). Supuesto del que me ocuparé en el epígrafe siguiente.

Por otra parte, la determinación de la cuantía en la demanda lleva consigo: 1º) Que el actor no puede dejar de aludir a ella y sustituirla por una alusión a la clase de juicio a seguir, ni puede pretender que recaiga sobre el demandado la carga de su determinación (art. 253.2 de la LEC). 2º) La alteración del valor de los bienes objeto del litigio que sobrevenga después de interpuesta la demanda, no implicará la modificación de la cuantía ni la clase de juicio (art. 252.1.II de la LEC).

Una segunda cuestión, ya analizada anteriormente, es la referida a qué cuantía alude el artículo 1.1 de la Ley 4/2005, cuando afirma “la cuantía del asunto”, la que constituyó el objeto de la pretensión inicial del pleito o la que es objeto del recurso.

Como se recordará, en relación con el recurso de casación común, la doctrina mantenía posturas contrapuestas¹⁵. La Sala Primera del Tribunal Supremo, por su parte, para aclarar la cuestión, adoptó el Acuerdo de 4 de abril de 2006 en el que establecía que “la cuantía que permite el acceso a al casación es la cuantía litigiosa discutida en el recurso de apelación”. La pregunta surge inmediatamente, ¿Es susceptible de trasladarse esta interpretación del Tribunal Supremo al artículo 1.1 de la Ley 4/2005?

A primera vista parece que la respuesta debe ser afirmativa, habida cuenta, por una parte, de que se trata de la interpretación de un precepto de la regulación del recurso de casación realizada por el órgano competente. Por otra, que tal interpretación recae sobre el mismo tenor literal del precepto previsto en la Ley de casación foral aragonesa.

Sin embargo, para responder adecuadamente a la pregun-

¹⁵ Véanse notas 9 a 11.

ta planteada, debemos considerar, previamente, una cuestión de carácter más general, pero necesaria en este punto, ¿vinculan los Acuerdos de la Junta General de la Sala Primera del Tribunal Supremo a los Tribunales Superiores de Justicia, en nuestro caso al de Aragón? Ya con relación al Acuerdo de 12 de diciembre de 2000 diversas Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia comenzaron negando valor jurídico ha dicho Acuerdo. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón sostuvo que el citado Acuerdo “es una disposición *ad intra* de la referida Sala y no vinculante”¹⁶. Por su parte, la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra ha venido manteniendo de forma reiterada que “aun sin desconocer el valor de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en la interpretación de las normas sustantivas comunes y procesales, no puede dejar de afirmar la plenitud de su soberanía y competencia no sólo en la exégesis de las disposiciones del Derecho civil propio de su Comunidad, de que es último intérprete, sino también en la de las normas reguladoras del recurso de casación civil foral de que conoce con exclusión de cualquier instancia jurisdiccional superior o ulterior”¹⁷. Esa misma soberanía y competencia del Tribunal Superior de Justicia en la interpretación de las normas reguladoras de la casación interpuesta ante él la sostienen otros Tribunales de Justicia¹⁸. A la vista de lo expuesto hay que concluir que la interpretación dada por el Alto Tribunal sobre la cuantía

¹⁶ ATSJ de Aragón de 29 de septiembre de 2001. Así mismo, Auto de 12 de diciembre de 2003. No obstante, la misma Sala de lo Civil y Penal ha aceptado el criterio del Alto Tribunal en relación con el carácter diferenciado y excluyente de los supuestos de recurribilidad por razón de la cuantía y del interés casacional, en el Auto de 28 de septiembre de 2001.

¹⁷ STSJ de Navarra de 2 de marzo de 2004. En el mismo sentido, entre otras, las sentencias de este mismo Tribunal de 21 de enero de 2004, 26 de septiembre de 2003, 27 de diciembre de 2002, 2 de noviembre de 2002 y 23 de octubre de 2002.

¹⁸ Véase al respecto FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., “El recurso de casación civil foral en la doctrina del TSJ de Navarra”, en *Revista Jurídica de Navarra*, Julio-diciembre 2009, nº 48, p. 45, nota 57. Así mismo, MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *op.cit.*, pp. 400 y ss.

en el Acuerdo de 4 de abril de 2006 no tiene porqué aplicarse al artículo 1.1 de la Ley de Casación Foral Aragonesa.

Un ejemplo lo constituye el Auto de 5 de diciembre de 2006 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. A los efectos que aquí interesa baste con indicar, en relación con los hechos, que se trataba de un juicio ordinario seguido ante el Juzgado de Primera Instancia correspondiente sobre declaración de derechos hereditarios a favor de determinados parientes colaterales del causante, con exclusión del cónyuge, exclusión que se solicitaba por razón de la separación matrimonial, aunque ésta no hubiera sido formalizada. La base jurídica en la que se fundaba tal exclusión era, entre otras, la disposición del artículo 216 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero de las Cortes de Aragón, sobre sucesiones por causa de muerte. La cuantía del procedimiento era de 70.000 euros. El juzgado dictó sentencia, que estimó parcialmente la demanda, y efectuó declaración de derechos hereditarios por sucesión legal a favor de parientes colaterales, con exclusión de la mujer del finado, con fundamento en el precepto citado de la Ley de sucesiones aragonesa, al entender acreditado que entre los cónyuges —el ahora causante y su mujer— se había producido una situación de separación de hecho, mantenida durante largo tiempo y consentida por ambas partes.

Apelada la sentencia por la demandada, la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó otra por la que desestimó el recurso de apelación, con imposición de costas a la parte apelante. Ésta entonces presentó dos escritos, en la misma fecha, por la que anunciaba sendos recursos de casación e infracción procesal, ante dicha Audiencia, que fueron rechazados por Auto declarando no tenerlos por preparados. Las razones en que se fundaba la denegación eran que “habiéndose seguido el procedimiento por razón de la cuantía (art. 249 LEC) y siendo ésta inferior a la exigible para el acceso al recurso de casación, no procederá admitir ninguno de los dos recursos planteados. La doctrina del Tribunal Supremo exige que para la admisión a trámite del recurso de casación por “interés casacional”, si el procedimiento no

es “rationae materia”, habrá de superar el mínimo cuantitativo de la casación (25.000.000 ptas. o 150.000 euros). No lo supera en este caso, cuya cuantía es de 70.000 euros. Otro tanto cabe decir del recurso extraordinario por infracción procesal, pues la Disposición Final 16 de la LECiv exige que para que sea susceptible de este recurso, lo sea previamente el de Casación”.

Posteriormente la recurrente interpuso recurso de queja ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, quién resolvió que no era competente para su conocimiento declarando por auto que la competencia correspondía a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Esta, al conocer del recurso de queja contra la denegación de la preparación de los recursos extraordinarios, señaló que “no puede compartir los argumentos de la Audiencia Provincial. De entrada, el recurso se ha seguido por razón de la cuantía, que fue fijada en 70.000 euros, y la norma pertinente a la hora de determinar el acceso al recurso de casación es el artículo 2.1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, de las Cortes de Aragón, sobre la casación foral aragonesa, que la establece en una cantidad superior a tres mil euros”.

En definitiva, la cuantía del asunto fijada inicialmente en la demanda (superior a 3.000 euros) parece que será la que sirva de base, en principio, para sostener la recurribilidad en casación de una sentencia dictada en segunda instancia por las Audiencias Provinciales ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Ésta, además, resulta ser la interpretación más adecuada para responder a la finalidad que se persiguió con la instauración de la Ley de casación foral aragonesa: “hacer posible la utilización de un número mayor de litigios sobre Derecho civil aragonés” para así crear una jurisprudencia que “complemente el ordenamiento civil aragonés mediante la interpretación y aplicación de la ley, la costumbre y los principios generales en los que se inspira”¹⁹.

¹⁹ Exposición de motivos de la Ley 4/2005, de 14 de junio

3.2. Cuantía indeterminada

Señalaba en el epígrafe anterior que si con las reglas previstas en los artículos 251 y 252 de la LEC no puede fijarse la cuantía, ya sea porque se trate de un asunto carente de interés económico, o porque no pueda aplicarse regla alguna de determinación, o porque, aun existiendo regla de cálculo aplicable, no se pudiera aplicar en el momento de interponer la demanda, habrá que entender que se trata de un asunto de cuantía indeterminada, que se tramitará por las normas del juicio ordinario (arts. 249.2 y 253.3). Ahora bien, la sentencia dictada en segunda instancia en ese proceso por la Audiencia Provincial ¿será susceptible del recurso de casación?. Bajo la vigencia de la anterior ley procesal civil, tras la reforma introducida por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, el legislador previó este recurso extraordinario, entre otras, frente a “las sentencias definitivas pronunciadas por las Audiencias en los juicios declarativos ordinarios de mayor cuantía y en los de menor cuantía a que se refiere el número segundo del artículo 484 o en los que la cuantía exceda de tres millones de pesetas, sea inestimable o no haya podido determinarse ni aun en forma relativa por las reglas que se establecen en el art. 489” (artículo 1687.1). Más tarde, la reforma producida por la Ley 10/1992, de 30 de abril, modificó este precepto. En concreto, el apartado b) del artículo 1687.1 precisaba que serían susceptibles del recurso de casación, aquellos juicios declarativos de menor cuantía “en que la cuantía sea inestimable o no haya podido determinarse ni aun en forma relativa por las reglas que se establecen en el artículo 489. Se exceptúan los supuestos en que las sentencias de apelación y de primera instancia sean conformes de toda conformidad, teniendo este carácter aunque difieran en lo relativo a la imposición de costas”. Es decir, estaba previsto el recurso de casación ante esos procesos de cuantía indeterminada pero con limitaciones²⁰. Una razón común esgrimida para tener descon-

²⁰ Como señalaba la doctrina, a partir de la reforma 34/1984 puede advertirse una cierta desconfianza del legislador frente a las demandas de cuantía inestimada, acentuándose aquélla tras la reforma de la Ley 10/1992 (Cfr. FERNÁNDEZ

fianza a esa clase de demandas era que, las partes, sin agotar el sistema previsto en la ley procesal para fijar la cuantía del pleito, optaban, por comodidad, por litigar como si el asunto fuese de cuantía indeterminada, si bien, detrás de esa comodidad, también existían razones económicas: el pleito resultaba o podía resultar más barato.

Con la entrada en vigor de la nueva Ley procesal Civil de 2000, las sentencias de segunda instancia derivadas de asuntos de cuantía indeterminada no son susceptibles de ser recurridas en casación en ningún caso, ni por razón de la cuantía, ni por la vía del interés casacional. Así lo expresó el Tribunal Supremo en el Acuerdo del Pleno de la Sala Primera de 12 de diciembre de 2000: “El nº 2º del art. 477.2 LEC debe enlazarse con los arts. 249.2 y 250.2 LEC, por lo que serán recurribles las sentencias recaídas en juicio ordinario, en relación con demandas cuya cuantía exceda de veinticinco millones de pesetas, quedando excluidas las dictadas en juicio ordinario de cuantía inferior o indeterminada, así como en el verbal”.

Expuesta la doctrina general conviene, a continuación, precisar el significado de la expresión “indeterminación” de la cuantía ya que, como señala la doctrina²¹, pueden presentarse distintos supuestos: a) Inestimable, cuando el litigio no tiene naturaleza económica, por lo que no es posible acudir al criterio económico (ej. La declaración de nulidad de unas actuaciones procesales). b) Indeterminable o indeterminada, cuando no se puede valorar la cantidad a través de las reglas establecidas en la ley para ello (ej. La pretensión declarativa de dominio sobre una finca de la que no constaba en autos ningún dato para precisar su valor económico). c) Determinable pero no determinada, cuando sí se podría determinar la cuantía, con base en las normas legales o por la indicación de su valor por el actor.

LÓPEZ, M., en DE LA OLIVA SANTOS, A. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., op. cit., V.II, p. 525, nota 14).

²¹ Cfr. MONTERO AROCA, J., y FLORS MATÍES, J., op.cit., p. 348 y ss.

Esta distinción que acabamos de realizar no es inamovible. Al contrario, podemos encontrar muchas resoluciones judiciales donde tales significados son matizados e incluso confundidos. Además, a tenor de lo que dispone el artículo 253.2 LEC, la indeterminación puede ser relativa o absoluta, es decir, puede resultar imposible para el actor fijar la cuantía exacta de su pretensión, pero sí puede hacerlo dentro de ciertos límites, determinando así cuál es el procedimiento a seguir (juicio ordinario o juicio verbal). A la vista de lo expuesto, ¿qué consecuencias tiene la “indeterminación” para el recurso de casación?

A tenor del artículo 477.2.2º de la LEC, como ya se ha dicho, hay que concluir que los asuntos de cuantía inestimable o indeterminable quedan excluidos del recurso extraordinario de casación. No obstante, conviene precisar: a) Si se trata de asuntos en que la cuantía, efectivamente, es imposible de calcular —se tramitarán por las normas del juicio ordinario (arts. 249.2 y 253.3)— no tendrán acceso a la casación. Así, si el actor precisa en la demanda que la cuantía es indeterminada y a ello no se opone oportunamente el demandado, la sentencia derivada del recurso de apelación no es susceptible del recurso de casación, ni aun en el caso de que se hubiese hecho la indicación de que la misma supera el límite legal determinante del procedimiento²²; b) Sin embargo, si se trata de asuntos en que la cuantía puede determinarse de modo relativo, al existir en el proceso datos que permiten directamente conocer la cuantía del pleito, pueden tener acceso a la casación. Así, se produce esa indeterminación relativa, por ejemplo, en los casos en que se solicita en la demanda que el importe de los daños y perjuicios por el concepto de lucro cesante se precisarán dentro del mismo proceso, a tenor de la prueba que en el se practique. O, cuando, a pesar de la indeterminación, el

²² Son numerosas las resoluciones del Tribunal Supremo en las que se señala que no son susceptibles del recurso de casación los litigios cuya cuantía no se ha determinado (AATS, entre otros, de 27 de septiembre de 2007, 17 de enero de 2006, 31 de enero de 2006 y 7 de diciembre de 2004).

objeto del proceso supera notoriamente la cuantía económica con arreglo a los datos que objetivamente constan en él²³.

De lo expuesto hasta aquí se puede concluir que en el régimen del recurso de casación común, la tendencia, tanto legal como jurisprudencial, ha sido con el paso del tiempo la de dejar fuera del mismo los asuntos en que la cuantía no pueda determinarse. Sin embargo, cuando de la casación foral aragonesa se trata, la realidad es justamente la contraria. En efecto, el inciso segundo del número primero del artículo 2 de la Ley 4/2005, después de afirmar que serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, cuando la cuantía del asunto exceda de tres mil euros, añade “o sea imposible de calcular ni siquiera de modo relativo”.

El tenor literal de este inciso coincide exactamente con el inciso final del número 2 del artículo 249 de la LEC, por lo que le resultaría aplicable todo lo dicho anteriormente, pero, precisamente, en este caso, para concluir lo contrario²⁴. Es decir, son susceptibles del recurso de casación foral aragonés también aquellos asuntos cuya cuantía resulte imposible calcular ni siquiera de modo relativo. Pero, ¿cuál es la razón para que el ordenamiento jurídico aragonés establezca un precepto contrario al previsto en el régimen legal actual de la casación común?. La única respuesta

²³ ATS de 2 de diciembre de 2003, con los autos que cita. Véanse así mismo, AATS de 23 de marzo de 2004 y 4 de noviembre de 2008. La STS de 22 de diciembre de 2008, en relación con la cuantía, señala: “Constituye doctrina inveterada de esta Sala que, aun cuando la cuantía figure como indeterminada en el escrito de demanda, el recurso de casación es admisible si el objeto del proceso supera notoriamente la *summa gravaminis* [cuantía económica] con arreglo a los datos que objetivamente consten en el proceso, aunque no pueda precisarse con exactitud. En el caso examinado concurre esta última circunstancia, dado el elevado importe que alcanza el valor de la actividad objeto de la condena a la obligación de hacer que es objeto del proceso, según se desprende de los datos que obran en él, por lo que el recurso no puede ser considerado inadmisibile”.

²⁴ También podría afirmarse que el tenor literal de ese inciso viene a corresponderse con el previsto en el artículo 1687.1 de la LEC, introducido por la reforma de la Ley 34/1984.

posible es la de entender que las resoluciones judiciales dictadas por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, derivados de esos asuntos de cuantía indeterminada permitirán, como señala el preámbulo de la Ley de Casación Foral, crear la jurisprudencia que complemente el ordenamiento civil aragonés mediante la interpretación y aplicación de la ley, la costumbre y los principios generales del derecho en los que se inspira dicho ordenamiento.

4. EL INTERÉS CASACIONAL

Como venimos indicando, el artículo 477.2 de la LEC establece las resoluciones judiciales susceptibles de recurrirse en casación, que son las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, siempre que concurra alguno de los casos que en él se indican. En concreto, el subapartado tercero precisa: “Cuando la resolución del recurso presente interés casacional”²⁵.

Que sea el “interés casacional” es un concepto que la Ley lo define en el propio artículo 477. La exposición de motivos precisa en este punto (apartado XIV) que la objetivación del interés casacional, “que aporta más seguridad jurídica a los justiciables y a sus abogados, parece preferible al método consistente en atribuir al propio tribunal casacional la elección de los asuntos merecedores de su atención, como desde algunas instancias se ha propugnado. Entre otras cosas, la objetivación elimina los riesgos de desconfianza y desacuerdo con las decisiones del Tribunal”. Este “interés casacional” se corresponde con el sentido originario de la casación: contribuir a la unidad del ordenamiento jurídico. Por ello la propia exposición de motivos señala en ese mismo apartado, como primer elemento para determinar el ámbito de la casación, “el propósito de no excluir de ella ninguna materia

²⁵ Sobre el interés casacional puede verse la excelente monografía del mismo título, ya citada, del profesor LÓPEZ SÁNCHEZ, J. En especial, en este punto, los capítulos III a V.

civil o mercantil” y, también, “la relevancia de la función de crear autorizada doctrina jurisprudencial”.

4.1. Los supuestos de la LEC

A tenor de lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 477 de la Ley procesal civil, existirá “interés casacional”: 1º Cuando la sentencia que se recurre se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. 2º Cuando la sentencia que se recurre resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. 3º Cuando la sentencia que se recurra aplique normas que no llevan más de cinco años en vigor, siempre que no exista doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Además, este apartado tercero del artículo 477 contiene un párrafo segundo relativo al interés casacional cuando las normas aplicadas hayan sido del derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad Autónoma y, por consiguiente, el órgano jurisdiccional encargado de decidir el recurso, el Tribunal Superior de Justicia. En tal caso, existirá tal interés cuando la sentencia que se recurra se oponga a la doctrina jurisprudencial sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente o cuando no exista tal doctrina²⁶.

El Pleno de la Sala Primera de Tribunal Supremo en el Acuerdo de 12 de diciembre de 2000, ya citado, además de señalar —recuerdo— que los tres ordinales del artículo 477 constituyen supuestos distintos y excluyentes, por lo que sólo cabrá solicitar la preparación al amparo de uno de ellos y el tribunal no podrá reconducir a otro distinto del invocado por la parte, al referirse al interés casacional declara: “El nº 3º del art. 477.2 LEC ha de concordarse con los arts. 249.1 (excepto su nº 2º) y 250.1 LEC, de manera que las sentencias recaídas en juicio or-

²⁶ Vide LÓPEZ SÁNCHEZ, J., op. cit, pp. 292 y ss.

dinario, por razón de la materia, excepto los de tutela civil de los derechos fundamentales, y en juicio verbal, igualmente en atención a la materia, así como las sentencias dictadas en los procesos especiales regulados en el Libro IV LEC, en otros procedimientos especiales de la propia LEC y en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, al amparo de los Convenios de Bruselas y Lugano, habrán de ser recurridas por la vía de este ordinal tercero, lo que hace preciso que la resolución del recurso de casación presente ‘interés casacional’”. Y, añade, “el ‘interés casacional’ tipificado en el art. 477.3 LEC contempla en primer término la oposición de la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, lo que hace necesario citar dos o más sentencias de la Sala Primera, razonándose cómo, cuándo y en qué sentido ha sido vulnerada la doctrina de cada una de ellas; en cuanto a la ‘jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales’, por tal debe entenderse la relativa a un punto o cuestión jurídica, sobre el que exista un criterio dispar entre Audiencias Provinciales o Secciones orgánicas de la misma o diferentes Audiencias, exigiéndose dos sentencias firmes de uno de esos órganos jurisdiccionales, decidiendo en sentido contrario al contenido en el fallo de otras dos sentencias, también firmes, de diferente tribunal de apelación, por lo cual la diversidad de respuestas judiciales, en razón a fundamentos de derecho contrapuestos, debe producirse en controversias sustancialmente iguales, lo que requiere expresar la materia en que existe la contradicción y de qué modo se produce ésta, así como exponer la identidad entre cada punto resuelto en la sentencia que se pretende recurrir y aquel sobre el que existe la jurisprudencia contradictoria que se invoca; por lo que respecta a las normas con menos de cinco años de vigencia, el cómputo debe efectuarse tomando como ‘dies a quo’ la fecha de su entrada en vigor, mientras que el ‘dies ad quem’ será la fecha en que se dicte la sentencia recurrida”. Expuesta la regulación y el Acuerdo del Tribunal Supremo, veamos cuál es el significado actual del “interés casacional”.

El primer supuesto (art. 477.3, 1º) pone de manifiesto, básicamente, que los tribunales de instancia al dictar las sentencias deberán tener en cuenta no sólo las normas positivas sino también su jurisprudencia interpretadora. O, si se prefiere, el recurrente, al alegar este supuesto, deberá afirmar que la doctrina sentada en la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial sobre la materia.

El concepto fundamental de este primer supuesto de interés casacional es el de “doctrina jurisprudencial”. Como constantemente se ha recordado por tal deberá entenderse aquella que de modo reiterado establezca la Sala Civil del Tribunal Supremo, al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, formulada en dos o más sentencias que resuelvan casos iguales²⁷. Tal doctrina la integran las declaraciones que constituyen la *ratio decidendi* y no las realizadas *obiter dicta*, y la que se hubiese elaborado en la interpretación de una ley declarada inconstitucional quedará afectada por dicha declaración de inconstitucionalidad, de forma tal que la oposición a la misma no permitirá el acceso a al casación²⁸.

En relación con la cita de dos o más sentencias, además, el Tribunal Supremo viene exigiendo de forma reiterada que deben tener unidad y se debe razonar el cómo, cuándo y en qué sentido ha sido vulnerada la doctrina de cada una de ellas²⁹. Por otra parte, respecto a que las sentencias deben referirse a casos similares o iguales, conviene precisar que el tenor literal del supuesto analizado no lo establece, por lo que el propio Tribunal Supremo ha declarado, en relación con este supuesto de interés casacional, que se satisface con la exposición de cuál es la doctrina jurisprudencial que se considera vulnerada

²⁷ La exigencia de que la jurisprudencia la integra la doctrina establecida en dos o más sentencias es un criterio general existente, tanto bajo la Ley procesal anterior (vid. STS de 9 marzo de 1999), como bajo la vigente (vid. ATS de 17 de septiembre de 2002).

²⁸ Cfr. MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., op. cit., pp. 370 y ss.

²⁹ Vide ATS de 20 de marzo de 2007.

por la sentencia impugnada y de qué modo lo ha sido, sin necesidad de que las sentencias que contengan dicha doctrina contemplen un supuesto de hecho idéntico al analizado por la sentencia recurrida, sino que es suficiente con que la contradicción se produzca respecto de una misma cuestión jurídica, con independencia de cuál es la cuestión fáctica deducida³⁰, lo que no impide afirmar que existen supuestos en donde la doctrina jurisprudencial invocada no se puede separar del caso concreto³¹.

En el segundo supuesto el interés casacional deriva de la desigual interpretación de la norma aplicable al fondo del asunto por las Audiencias Provinciales, si bien no puede entenderse que tal interés derive de una pretendida vulneración del principio de igualdad procesal. La expresión “jurisprudencia” deberá entenderse en sentido amplio y, en consecuencia, habrá que interpretar que existe tal interés cuando concurren, al menos, dos sentencias firmes —jurisprudencia— de una Audiencia Provincial³² en las que se sostenga un criterio diferente al mantenido por otra u otras Audiencias acerca de la cuestión decidida en la sentencia recurrida, en relación, lógicamente, con la interpretación y aplicación de una norma material de derecho privado común. Es decir, habida cuenta de que la finalidad perseguida por el recurso es asegurar la igualdad en la interpretación y aplicación de las normas, la contradicción no puede consistir en una simple divergencia de matiz, sino en una diferencia fundamental que llevó a una decisión desigual a un mismo supuesto de hecho. Contradicción que se observará con la simple comparación del fallo de las sentencias. Dicho esto conviene añadir inmediatamente que con base en el Acuerdo del Tribunal Supremo, ya expuesto anteriormente, el concepto

³⁰ Vide ATS de 4 de octubre de 2005.

³¹ Vide ATS de 13 de marzo de 2007.

³² Pueden ser criterios mantenidos por la Audiencia o por Secciones orgánicas de la misma o diferentes Audiencias Provinciales (ATS de 9 de diciembre de 2003).

“jurisprudencia contradictoria” resulta ser en la práctica finalmente restrictivo y así ha sido asumido por las resoluciones del propio Tribunal, entendiéndose por tal la existencia en un mismo tribunal de dos o más sentencias y en otro tribunal también dos o más sentencias en un sentido jurídico contrario, respecto a asuntos sustancialmente iguales³³, entendiéndose que de lo que se trata es de la existencia de contraposición de criterios de tribunales, no de meras sentencias, en relación con una misma cuestión jurídica.

Por último, el artículo 487-3 de la ley procesal civil establece que, al resolver el recurso de casación por el interés casacional de la sentencia recurrida, si el tribunal considerase fundado el recurso, casará la resolución impugnada y resolverá sobre el caso, declarando lo que proceda según los términos en que se hubiese producido la oposición a la doctrina jurisprudencial o la contradicción o divergencia de la jurisprudencia³⁴.

El tercer supuesto que comprende el interés casacional consiste en que la sentencia que se recurra aplique normas que no llevan más de cinco años en vigor, siempre que no exista doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido. Constituye, como se ha dicho, una regla integradora del sistema dispuesto por el legislador en el orden de la creación jurisprudencial³⁵.

Una primera cuestión, ya resuelta en el Acuerdo del Tribunal Supremo, que se plantea en este supuesto es la de cómo se computa el plazo de los cinco años. A tenor de lo afirmado por el Alto Tribunal el dies a quo debe ser el de la entrada en vigor de la norma y el dies ad quem, el que se dicte la sentencia de apelación, computándose el plazo de fecha a fecha.

Una segunda cuestión es la relativa a cuándo se debe consi-

³³ Véanse, entre otros, AATS 13 de noviembre de 2001; 9 de junio de 2002; 9 de diciembre de 2003.

³⁴ Cfr. BONET NAVARRO, A., op. cit., pp. 223 y ss..

³⁵ Cfr. BONET NAVARRO, A., op. cit., p. 226.

derar que una norma es de igual o similar contenido. La respuesta lógica es que habrá que estar al caso concreto³⁶, pues sucederá en ocasiones que una sola palabra cambie el significado de la norma y otras en que simplemente se produzca un cambio de sistematización de los preceptos.

Decía al comienzo de este epígrafe que el apartado tercero del artículo 477 contiene un párrafo segundo donde se regula el interés casacional derivado de la aplicación de normas de derecho civil especial de la Comunidad Autónoma correspondiente. En concreto, contempla los siguientes supuestos: a) cuando se oponga a la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia en materia de derecho civil, foral o especial, de la Comunidad; b) cuando no exista doctrina jurisprudencial de dicha Sala sobre la norma de derecho civil, foral o especial, de la Comunidad cuya infracción se denuncie, cualquiera que sea el tiempo de vigencia.

Junto a estos dos supuestos, dado que en dicho párrafo se utiliza la palabra “también”, cabe entender que los del párrafo anterior resultan de aplicación en esta sede y, en consecuencia, que debe incluirse el caso de que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales del territorio en materia de derecho civil, foral o especial, de la Comunidad³⁷.

Además, el recurso también presentará interés casacional cuando la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se oponga a la doctrina jurisprudencial de Tribunal Supremo, en materia sujeta a derecho civil común, porque conviene recordar que, con base en el artículo 478.1 de la Ley procesal civil, el recurso de casación ante los Tribunales Superiores de Justicia se abre cuando se base no sólo exclusivamente en infracción de normas de derecho civil foral o especial, sino también cuando se funde “junto a otros motivos” en infracción de normas de derecho civil o mercantil común.

³⁶ Vide ATS de 13 marzo de 2007.

³⁷ Cfr. MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., op. cit., p. 392.

Para terminar este apartado sobre el interés casacional en la Ley procesal civil común conviene recordar que la acreditación de dicho interés, por cualquiera de los supuestos ya analizados, debe realizarse en el escrito de preparación del recurso y no en el de interposición, tal como manifiesta el Acuerdo ya citado del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo y que ha sido reiterado en numerosos recursos de queja por el Tribunal Supremo³⁸ y también por el Tribunal Constitucional³⁹. Así mismo, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha recordado recientemente que “la acreditación del interés casacional tiene sentido para declarar recurrible un recurso, pero no para fundarlo” (Auto de 22 abril de 2009 (RJ 2009\4006)).

4.2. Los supuestos de la Ley 4/2005, de 14 de junio

Al legislador aragonés no le pareció suficiente con hacer una remisión a la regulación procesal civil común sobre el interés casacional, sino que, después de indicar en el artículo 2.2 de la Ley 4/2005 que será susceptible del recurso de casación la resolución que “presente interés casacional”, dedica el artículo 3 a establecer los casos que lo conforman, distinguiendo tres supuestos⁴⁰.

Antes de analizarlos, sin embargo, conviene detenerse en el inciso segundo del artículo 2.2 de la Ley, que afirma: “El interés casacional podrá invocarse aunque la determinación del procedimiento se hubiese hecho en razón de la cuantía”. Dicho precepto resulta contrario al criterio establecido por el Tribunal Supremo en el Acuerdo, ya citado, de 12 de diciembre de 2000, según el cual, aparte la declaración de que los tres ordinales

³⁸ Vide, entre otros, AATS de 2 de junio de 2009, 22 de junio de 2009, 7 de julio de 2009 y 21 de julio de 2009.

³⁹ Vide, entre otros, AATC de 26 mayo 2004, 27 mayo 2004 y 2 junio 2004. SSTC 50/2004, de 20 de septiembre; 3/2005, de 17 de enero.

⁴⁰ Vide epígrafe 1, nota 3.

del artículo 477.2 constituyen supuestos distintos y excluyentes, son las sentencias recaídas en el juicio ordinario, por razón de la materia, excepto los de tutela civil de los derechos fundamentales, y en juicio verbal, también en razón a la materia, además de las dictadas en los procesos especiales regulados en el libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil y otras que especifica⁴¹, las que pueden ser recurridas en casación con base en el interés casacional.

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón, con anterioridad a la entrada en vigor de la ley de casación foral, ya se había pronunciado sobre la cuestión. Así, en el Auto de 12 de diciembre de 2003 (JUR 2004, 43903), resolviendo un recurso de queja contra la denegación de tener por preparado el recurso de casación, manifestaba que: el recurrente funda el recurso en que, aun habiéndose tramitado el procedimiento como un juicio ordinario por razón de la cuantía, existe interés casacional, y el recurso es admisible conforme al artículo 477.2.3º y 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y añade: “La Audiencia Provincial acepta el criterio, ya mantenido por esta Sala, de que en supuestos en que el procedimiento se sigue por razón de la cuantía, aunque ésta no alcance la suficiente para dar lugar al recurso de casación conforme a lo establecido en el art. 477.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puede ser admisible el recurso si existe interés casacional”. Criterio que es, precisamente, el recogido en la Ley 4/2005, y ha seguido aplicando la Sala. En efecto, en el Auto de 5 diciembre 2006 (JUR 2007\222940), ya citado anteriormente, que estimó un recurso de queja frente a la denegación de tener por preparado el recurso de casación e infracción procesal de la Audiencia Provincial de Zaragoza, el supuesto que se planteaba, recordemos, era el siguiente: Un Juzgado de Zaragoza estimó parcialmente una demanda y efectuó declaración de derechos hereditarios por sucesión legal a favor de parientes colaterales, con exclusión de la mujer del fi-

⁴¹ Vide subepígrafe 4.1.

nado, con fundamento en la Ley de sucesiones aragonesa, al entender acreditado que entre los cónyuges —el ahora causante y su mujer— se había producido una situación de separación de hecho, mantenida durante largo tiempo y consentida por ambas partes. Apelada la sentencia, se desestimó, por lo que fue recurrida en casación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia. Esta, en el fundamento quinto del auto de referencia, deja claro cuál sigue siendo el criterio de la Sala en el punto que estamos analizando: “En este caso la parte recurrente ha elegido la vía del interés casacional, citando al efecto varias sentencias, y expresando que la sentencia de la que disiente, y frente a la que pretende deducir los recursos extraordinarios, ha aplicado “de forma un tanto arbitraria” el artículo 216 de la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte. El criterio mantenido por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en el sentido de considerar “el carácter distinto y excluyente de los tres ordinales del citado art. 477.2 de la LECiv 2000 —por todos, Auto del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2005 y los que en éste se citan—, no ha sido seguido por esta Sala del Tribunal Superior de Justicia, como se expresaba, entre otros, en Auto de 12 de diciembre de 2003. No obstante, la cuestión ha sido ya resuelta por el legislador, al establecer el artículo 2.2 de la Ley aragonesa 4/2005, ya referenciada, que ‘El interés casacional podrá invocarse aunque la determinación del procedimiento se hubiese hecho en razón de la cuantía’”.

En nuestra opinión la Ley de casación foral aragonesa no hace sino trasladar a su texto la interpretación que se deriva de la lectura del artículo 477.2 de la Ley procesal civil común, así, como de la finalidad que el legislador quiso dar al interés casacional, y que se deduce de la exposición de motivos (apartado XIV), como recordábamos al comienzo de este epígrafe, cuando afirma que es elemento determinante del ámbito de la casación “el propósito de no excluir de ella ninguna materia civil o mercantil” y, también, “la relevancia de la función de crear autorizada doctrina jurisprudencial”.

Pasando ya al análisis del artículo 3 de la Ley la primera cuestión que se debe afrontar es si, los supuestos de interés casacional que comprende, son o no diferentes a los previstos en el artículo 477.3 de la Ley procesal civil común⁴².

El primer supuesto se refiere a la oposición que debe existir entre la sentencia recurrida y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Aragón o del Tribunal Supremo, dictada en aplicación de normas del Derecho civil de Aragón, o bien, que no exista dicha doctrina en relación con las normas aplicables. Se trata de un supuesto que viene a coincidir con lo dispuesto en el artículo 477.3,II, de la Ley procesal civil común, que es, recordémoslo, el que contempla los supuestos de interés casacional cuando del recurso de casación deben conocer los Tribunales Superiores de Justicia⁴³. En efecto, en ambos preceptos se recogen como supuestos de interés casacional la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial que exista sobre la norma sustantiva o que no exista dicha doctrina. La única diferencia, significativa, estriba en que en el

⁴² El Informe que el Consejo General del Poder Judicial elaboró sobre el Anteproyecto de Ley sobre la Casación Foral Aragonesa, de fecha 9 de marzo de 2005, señala que “el contenido del precepto proyectado coincide en lo esencial con el del artículo 477.3 LEC, al que nada sustancial añade o resta”. Y, precisa: “Así pues, en aplicación del ya expuesto criterio jurisprudencial establecido en la STC 47/2004, el artículo 3 del anteproyecto de Ley al que se refiere el presente informe ha de ser objetado, dado que no introduce especialidad alguna en el recurso de casación foral aragonés, limitándose, en lo esencial, a reproducir la regulación procesal que de la casación se contiene, en el punto ahora concernido (definición del ‘interés casacional’), en el artículo 477.3 LEC, sin que tal reiteración resulte imprescindible para dotar de sentido o inteligibilidad al texto normativo. Por ello, no parece que el precepto proyectado pueda encontrar respaldo competencial en la habilitación que el artículo 149.1.6.^a CE confiere al legislador autonómico para innovar el ordenamiento procesal con verdaderas especialidades o singularidades”.

⁴³ Su tenor literal es el siguiente: “Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente”.

artículo 3.1 al hacer referencia a la doctrina jurisprudencial se menciona, además del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, al Tribunal Supremo, mientras que en el artículo 477.3, II únicamente se cita a aquél.

El segundo supuesto trata de que la sentencia recurrida resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales y coincide literalmente con el segundo supuesto del artículo 477.3 de la Ley procesal Civil. Ciertamente, en el párrafo segundo de ese artículo 477.3 no aparece expresamente citado este supuesto, si bien se ha venido entendiendo, comúnmente, que está incluido⁴⁴.

El tercer supuesto, finalmente, comprende el caso de que la sentencia recurrida aplique normas del Derecho civil aragonés que no lleven más de cinco años en vigor y no exista doctrina jurisprudencial relativa a normas anteriores de igual o similar contenido. Coincide con el tercer supuesto del párrafo primero del artículo 477.3 de la ley procesal civil común, con la única diferencia de que en la ley foral no se precisa que la doctrina jurisprudencial deba proceder del Tribunal Supremo.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los diferentes supuestos que conforman el interés casacional.

En relación con el supuesto relativo a la oposición por parte de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial (artículo 3.1), en el Auto de 24 noviembre 2006 inadmite el recurso por su incorrecta formulación tanto en la fase de preparación como en la de interposición, sobre la base siguiente (FJ 3º): “Ya en el escrito de preparación se afirma que el recurso tiene interés casacional porque la sentencia recurrida se opone a doctrina jurisprudencial en materia de Derecho Foral Aragonés de las Salas de lo Civil de las Audiencias Provinciales de Zaragoza, Huesca y Teruel. En el escrito de interposición del

⁴⁴ Cfr. MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., op. cit., p. 392. Así mismo, FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., op.cit, p.. 53 con los autos que cita.

recurso, la parte transcribe algunos párrafos de las sentencias de las tres Audiencias Provinciales, pero ha de recordarse que, en relación con las sentencias de tales órganos jurisdiccionales, es necesario, para apreciar la concurrencia de interés casacional, que exista jurisprudencia contradictoria de aquéllas (art. 3.2 de la Ley 4/2005) extremo que ni siquiera se alega en el caso que nos ocupa. Por lo que hace a la sentencia de esta Sala a la que antes hemos hecho referencia, debe ponerse de relieve que, además de ser una única sentencia —cuando haría falta la presencia de, al menos dos sentencias que conformasen efectivamente la doctrina jurisprudencial el fragmento de la misma que el recurrente reproduce en su escrito, lo es en realidad de uno de los votos particulares que se formularon a aquélla. Pero es que, además, el recurrente omite cualquier consideración o alegación real y concreta que permita valorar la identidad o similitud fáctica entre lo planteado en las sentencias que aporta y la recurrida y tampoco precisa por qué entiende discrepante la solución jurídica de las sentencias cuya doctrina o jurisprudencia entiende contradicha y la sentencia recurrida. Este defecto, que infringe el artículo 3.1 y 2 de la Ley 4/2005 aragonesa, no puede considerarse mera infracción de carácter formal, subsanable por la parte, porque afecta a la propia esencia del recurso que se pretende presentar. Y no puede el Tribunal suplir la actividad deductiva de la parte para llegar a considerar que hay oposición a la jurisprudencia de este Tribunal o jurisprudencia contradictoria de las Audiencias, porque, caso de hacerlo así, el órgano judicial incumpliría el principio de congruencia y colocaría a la contraparte en situación evidente de indefensión por no conocer oportunamente, con posibilidad de contestar qué planteamientos son alegados en su contra”.

Como se puede observar, a pesar de que el recurrente basa su recurso en el apartado primero del artículo 3, la sentencia lo trata indistintamente con el apartado segundo del mismo precepto. Por lo demás, la Sala sigue los criterios del Tribunal Supremo en

relación con los requisitos que deben concurrir para acreditar los casos previstos en el artículo 3.1 y 2.

En relación con el supuesto relativo a la jurisprudencia contradictoria, la Sala, igualmente, exige los mismos requisitos establecidos por el Tribunal Supremo para su acreditación. Así, el Auto de 13 diciembre 2006 recuerda que, “fundándose el interés casacional en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, concurre la preparación defectuosa cuando se prescinde de mencionar las sentencias firmes de tales órganos jurisdiccionales, que deberán ser de órganos diferentes, siendo además necesario recoger la “ratio decidendi” de las resoluciones con expresión de la específica materia en que se suscita la contraposición jurisprudencial y en qué modo se produce, razonando entre la identidad de supuestos entre la sentencia recurrida y las que se invoquen como contradictorias y ello a fin de que la Audiencia efectúe el control de recurribilidad que le corresponde en fase probatoria. Y todo ello, además, debiendo presentarse el texto completo de las sentencias que se invoque como fundamento del interés casacional, mediante certificación íntegra de las mismas expedida por el Secretario judicial, con expresión de su firmeza”.

En relación con el supuesto previsto en el artículo 3.3, relativo a que no exista doctrina en relación con las normas aplicables, la sentencia de 18 septiembre 2008 del Tribunal Superior de Justicia afirma: “Debe señalarse que ‘cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando...no exista doctrina (jurisprudencial) del Tribunal Superior’ en relación con las normas de Derecho propio de la Comunidad Autónoma aplicables (art. 477.3, párrafo segundo, de la LEC.), y ello aunque se trate de normas que lleven más de cinco años de vigencia, pues en materia de Derecho Civil propio de las Comunidades Autónomas no se exige cortapisa alguna de orden temporal, bastando para acceder a la casación con el mero hecho de

que no exista doctrina jurisprudencial, al estar los ordenamientos civiles autonómicos más necesitados de pronunciamientos jurisdiccionales que armonicen y clarifiquen la interpretación de sus disposiciones”.

Nótese que en este caso, si bien trata la sentencia el supuesto del artículo 3.3 de la Ley, no hace alusión a ella, sino al supuesto correspondiente de la Ley procesal civil común, el artículo 477.3, II. Por otra parte, precisa que superar el plazo de cinco años de vigencia de la ley no impide el acceso a la casación, cuando no exista doctrina jurisprudencial en materia de Derecho Civil propio de las Comunidades Autónomas.

Por último, se puede observar como esa finalidad de crear jurisprudencia, que aparece en el preámbulo de la Ley, prima sobre cualquier otra en el recurso de casación. En efecto, en la sentencia de 1 de diciembre de 2008 el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en relación con un proceso sobre división judicial de la herencia, una vez agotada la doble instancia, señala: “Presentado recurso de casación por interés casacional, al amparo de la previsión contenida en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entiende la parte recurrida que existe motivo para la inadmisión del recurso, por no haberse citado en el escrito de recurso presentado la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales que pueda existir sobre la cuestión objeto del recurso, interesando, en consecuencia, la inadmisión del recurso sin pronunciamiento sobre el fondo. El escrito de interposición del recurso, que funda los tres motivos de casación no cita, efectivamente, doctrina contradictoria de Audiencias Provinciales. Ahora bien, el artículo 477.2.3ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el apartado 3 del mismo artículo 477, y para los casos de competencia de los Tribunales Superiores de Justicia, no refiere tan solo como razón la existencia de jurisprudencia contradictoria, sino que entiende también presente para la interposición del recurso cuando no existe sobre la cuestión litigiosa doctrina del Tribunal Superior de Justicia de que se trate. El recurrente no efectuó en concreto

la manifestación de inexistencia de tal doctrina, incurriendo así en una indebida omisión. Pero tal defecto meramente procedimental no se consideró al tiempo de la admisión del recurso, ni se considera ahora, que pueda entenderse de tal categoría que impida el acceso al recurso en el presente caso, en el que tanto por el propio contenido de los fundamentos del recurso que se presenta, como por revisión de la jurisprudencia de este Tribunal Superior de Justicia de Aragón consta la ausencia de doctrina consolidada sentada en resolución de cuestión como la que es planteada en el pleito. Por todo lo cual no cabe apreciar la causa de inadmisión del recurso alegada”.

5. CONCLUSIÓN

La Ley de Casación Foral Aragonesa, como hemos venido indicando, nació con la finalidad de dotar de verdadera eficacia práctica al recurso de casación foral, competencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en cuanto instrumento indispensable para “complementar” el ordenamiento jurídico civil Aragonés (art. 1.6 CC) a través de la creación de jurisprudencia sobre el mismo. De esta forma, se desarrolla y consolida la plena competencia de la Comunidad en materia de derecho civil foral reconocida en el artículo 35.1.4^a del Estatuto de Autonomía.

Por lo que se refiere a los motivos de apertura del recurso, después de todo lo expuesto, se pueden destacar como cuestiones más significativas las siguientes:

En primer lugar, se ha rebajado sustancialmente la cuantía que permite el acceso al recurso. Se trata de un límite cuantitativo que el legislador aragonés no ha explicado porqué es ese y no otro superior o inferior. Entendemos que dicha cuantía es la que permitirá cumplir con la función prevista en el preámbulo de la ley.

En segundo lugar, en relación con el interés casacional, se

puede afirmar que la regulación del artículo 3 es sustancialmente idéntica a la prevista en el artículo 477. 3 de la Ley procesal común por lo que, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia⁴⁵, no parece que aquella venga exigida por las particularidades del Derecho Civil Aragonés y, en consecuencia, no resulta procedente.

⁴⁵ Cfr. SSTC 135/ 2006, de 17 de abril y 47/2004, de 25 de mayo.

V. EL MOTIVO DE IMPUGNACIÓN EN EL RECURSO DE CASACIÓN FORAL ARAGONESA

Juan Francisco HERRERO PEREZAGUA

PROFESOR TITULAR DE DERECHO PROCESAL
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

SUMARIO: 1. EL PORQUÉ DEL MOTIVO.— 2. EL FUNDAMENTO DEL MOTIVO: LA INFRACCIÓN DE NORMA CIVIL ARAGONESA: 2.1. La infracción. 2.2. La naturaleza civil de la norma infringida. 2.3. La integración de la norma infringida en el Derecho Civil de Aragón: A) Derecho recibido y Derecho supletorio. B) La determinación final de la norma infringida.— 3. LA PLURALIDAD DE PRETENSIONES IMPUGNATORIAS: 3.1. La pluralidad de pretensiones impugnatorias en un mismo recurso. 3.2. Pluralidad de pretensiones impugnatorias formuladas en recursos distintos.— 4. LA TRASCENDENCIA DE LA FORMULACIÓN DEL MOTIVO: 4.1. En la determinación de la competencia. 4.2. El interés casacional en relación con el motivo de infracción de norma foral.

1. EL PORQUÉ DEL MOTIVO

La LEC de 2000 llevó a cabo una sustancial reforma de la casación española. Uno de los aspectos más destacados a este respecto fue, y continúa siendo, la reducción de los motivos, un camino ya trazado en las reformas parciales de la vieja Ley de 1881 y que culmina en la vigente sustrayendo del recurso los quebrantamientos de forma y reduciendo los motivos de la casación a uno solo: la infracción de ley cometida al resolver sobre el fondo del asunto. El art. 477.1 lo dice así: “El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”.

La reducción de los motivos es un modo de potenciar la función casacional¹. Podría pensarse, en un principio, que subyace a esta idea la de disminuir drásticamente el número de los asuntos que acceden a la casación, pues sólo de ese modo podrá encauzarse debidamente el esfuerzo de los tribunales competentes para ello hacia la meta perseguida: en palabras de la Exposición de Motivos, un trabajo jurídico de especial calidad y autoridad y una doctrina jurisprudencial especialmente autorizada. Cierto es que si el volumen de asuntos desborda la capacidad del tribunal, el resultado se resentirá y la experiencia así lo demuestra. Pero limitar el número de recursos no constituye un fin en sí mismo, sino que es, a su vez, instrumento al servicio del objetivo perse-

¹ CALAMANDREI, *La casación civil*, (trad. Sentís Melendo), Buenos Aires, 1945, t. II, pg. 428.

guido, esto es, garantizar que se actúa fielmente la finalidad de la casación.

A través del instituto de la casación se cumple con el propósito exigido por la nomofilaxis, es decir, se garantiza la correcta y uniforme aplicación de las normas por los tribunales. Hoy se ha abandonado la idea de que exista una *right answer* o interpretación única y verdadera de la ley que el tribunal de casación debe garantizar: no existe un significado exacto de la norma determinable *a priori* y, en consecuencia, la función de la casación no puede ir dirigida al descubrimiento y determinación de ese significado². La búsqueda de la solución justa se articula a través de los pronunciamientos jurisdiccionales en la resolución del caso concreto. Pero así se posibilita la multiplicidad en los criterios de solución y, con ella, la contradicción y la inseguridad en cuanto al modo de actuar y decidir en asuntos de perfiles iguales. Consiguientemente se torna necesario unificar los criterios que han de informar las resoluciones judiciales y que las hagan predecibles para los justiciables. Esto es cometido de la casación, de modo que el logro de una jurisprudencia uniforme surte el efecto de fijar la interpretación que ha de hacerse de la ley y con él, el de proporcionar seguridad jurídica³.

La reducción de los motivos de casación a la unidad —la infracción de ley— se acomoda a la primacía que la unificación de la jurisprudencia ha adquirido sobre la función nomofiláctica en la configuración de la casación. Examinado el asunto desde el punto de vista de la casación foral, se advierten algunos perfiles de indudable interés: si la finalidad primordial es la creación de una jurisprudencia uniforme, ésta sólo puede alcanzarse mediante el reconocimiento de esa condición a la emanada de un solo tribunal, al que ha de atribuirse la supremacía en su elaboración; por otro lado, la creación de criterios uniformes de inter-

² Vid., a este respecto, TARUFFO, *El vértice ambiguo*, Lima, Palestra, 2006, (trad.: MONROY PALACIOS y MONROY GÁLVEZ), pg. 226.

³ Sobre estos extremos, LÓPEZ SÁNCHEZ, *El interés casacional*, Madrid, Civitas, 2002, pgs. 33 y ss.

pretación ha de ir referida necesariamente a la interpretación de las normas de un ordenamiento jurídico, lo que adquiere tintes especiales cuando éste convive con otro y cuando las normas de ambos confluyen en la resolución de un determinado conflicto.

Reparemos en las dos observaciones apuntadas. La uniformidad jurisprudencial requiere que el carácter de doctrina autorizada se reconozca a la emanada de un tribunal situado en la cúspide; la pluralidad de cortes casacionales (el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia que tienen atribuida la competencia para conocer del recurso de casación) parece impedir la consecución del objetivo⁴. Para evitar este riesgo, esto es, para evitar la diversidad de fuentes creadoras de jurisprudencia, el legislador ha de realizar una doble opción: de un lado, delimitar el conocimiento que a uno y otros tribunales ha de corresponder para conocer del recurso evitando en lo posible las zonas de intersección; de otro, determinar en qué casos los pronunciamientos dictados por uno y otros tribunales gozarán del reconocimiento de doctrina autorizada. Lo primero se articula, fundamentalmente, a través de la definición del motivo de impugnación: dependiendo de qué ley sea la que funde el recurso afirmando su infracción, la competencia corresponderá a uno u otro órgano que será el que habrá de pronunciarse sobre la interpretación de la norma y crear con ello el criterio jurisprudencial. Lo segundo se proyecta, en lo que al aspecto normativo respecta, en el tratamiento que se dispensa a la jurisprudencia, no ya como motivo de casación, sino como motivo de apertura, pues si la contradicción con la jurisprudencia o la ausencia de ésta encarnan la esencia del interés casacional que abre el acceso al recurso, es preciso definir a qué jurisprudencia se refiere

⁴ En la consideración histórica del instituto de la casación que lleva a cabo TARUFFO, *El vértice ambiguo*, cit., pg. 59, refiriéndose a los proyectos de la unificación de la casación italiana en una sola corte para todo el reino (el primero de 1866), señala lo siguiente: "La *ratio* expresa de esta propuesta está en la misma lógica del sistema: evidentemente, la unificación de la jurisprudencia no es posible en presencia de varias Cortes de Casación y, por tanto, es necesario unificar ante todo al 'órgano unificador'".

la ley como elemento de contraste para entender que el recurso presenta interés casacional y que, por tanto, para lograr la uniformidad jurisprudencial —esto es, para crear la que no existe por ausencia de decisiones anteriores o por presencia de decisiones contradictorias— es preciso que el tribunal de casación se pronuncie y cree o señale cuál es la jurisprudencia correcta. En la denominada casación foral (aquella cuyo conocimiento se atribuye a un determinado Tribunal Superior de Justicia), la infracción de ley en que se funda el recurso —esto es, el motivo de casación— ha de estar referida a una norma del Derecho civil propio de la Comunidad Autónoma [art. 478.1.II LEC en concordancia con el art. 73.1.a) LOPJ; en igual sentido, art. 1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa]. Ésta es la opción del legislador en la que se adivina una clara orientación y propósito: corresponde al Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma pronunciarse sobre la interpretación de la norma civil autonómica, lo que es tanto como excluir el conocimiento no sólo de los demás Tribunales Superiores de Justicia de las restantes Comunidades Autónomas, sino muy especialmente del Tribunal Supremo⁵. Esa delimitación a la que he hecho referencia no es suficiente (la ley dice algo más) ni completa (habrá que integrar el silencio de la ley), pero basta para poner de relieve que se involucran dos aspectos bajo un designio común: la ley quiere evitar que existan dos fuentes de producción jurisprudencial y, para ello, ha de precisar cuál es el motivo de impugnación previamen-

⁵ Incide en esta apreciación NIEVA FENOLL, “El recurso de casación ante el TSJ de Galicia, tras la LEC 1/2000” (Primera Parte), en *Revista Xurídica Galega* núm. 33, pgs. 38 y 39. Participando de la premisa —que los Tribunales Superiores de Justicia se encarguen de elaborar una jurisprudencia uniforme con respecto al Derecho propio de la Comunidad Autónoma—, lamenta el resultado que califica de paradójico: “Estamos ante un recurso de casación que tiene naturaleza de tal, pero que no cumple realmente sus finalidades, sencillamente porque el legislador no ha tenido en cuenta que no puede conferirse la protección del ordenamiento jurídico a un Tribunal de un determinado territorio, si el derecho que trata de proteger no proviene a su vez de las instituciones legislativas de dicho territorio, y además, no es el único tribunal que lo interpreta en la cúspide de la organización jurisdiccional”.

te enunciado (la infracción de ley, sí, pero de qué ley) y delimitar el ámbito competencial de los órganos de casación.

Junto con la precisión del motivo de casación, la ley otorga carta de naturaleza a la jurisprudencia de los órganos casacionales según los casos, es decir, concede el carácter de motivo de apertura según cuál sea el cauce seguido (la casación foral o la que se residencia ante el Tribunal Supremo), de modo que concede el valor de doctrina jurisprudencial no a la conformada por todos los pronunciamientos del respectivo órgano, sino a la producida con ocasión de resolver los recursos fundados en las infracciones de ley que determinan la competencia de uno u otro. El interés casacional se configura como motivo de apertura conforme a lo preceptuado en el art. 477.2 y 3 LEC. Es la contradicción o la inexistencia de doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo lo que abre el recurso de casación ante él y es la contradicción o inexistencia de doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente lo que abre el recurso ante este último⁶. De la lectura del art. 477.3 LEC parece desprenderse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre normas civiles autonómicas no es invocable como motivo de apertura en un recurso de casación del que deba conocer el Tribunal Superior de Justicia correspondiente, como tampoco lo es la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia cuando el conocimiento del recurso corresponda al Tribunal Supremo. Tiempo habrá de volver sobre ello, pero conviene en este momento dejar constancia de que el artículo 3.1 de la Ley sobre la casación foral aragonesa determina que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina

⁶ Se advierte una diferencia en el art. 477.3 LEC respecto de uno y otro recurso: la inexistencia de doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo se vincula a la aplicación de normas que no lleven más de cinco años en vigor; este límite temporal, conforme a lo establecido en el precepto antes citado, no existe en el caso de que se trate de normas del Derecho civil autonómico. Me remito a lo que diré *infra* a este respecto.

jurisprudencial del Tribunal Supremo dictada en aplicación de normas del Derecho civil aragonés.

2. EL FUNDAMENTO DEL MOTIVO: LA INFRACCIÓN DE NORMA CIVIL ARAGONESA

2.1. La infracción

Es determinante de la competencia del TSJ de Aragón para conocer del recurso de casación que éste se funde en infracción de las normas del Derecho civil aragonés, exclusivamente o junto con otros motivos: así lo dice el art. 1 LCFA en sintonía con lo establecido en el art. 478.1.II LEC el cual, a su vez, reproduce lo dispuesto en el art. 73.1.a) LOPJ. Esta coincidencia del art. 1 de la Ley aragonesa con los preceptos estatales referidos fue objeto de censura por el Informe que el CGPJ emitió acerca del Anteproyecto de Ley sobre la casación foral aragonesa; el reproche se sustentaba en lo sostenido por la STC 47/2004 (sobre la casación gallega) que tachó de inconstitucional una norma similar por entender que se trata de una regla de competencia jurisdiccional cuya determinación corresponde en exclusiva al legislador estatal y eso cualquiera que sea su contenido, es decir, ya se limite a reiterar lo que establece la legislación estatal (como es el caso), ya introduzca alguna novedad; la conclusión, en ambas hipótesis, es que el legislador autonómico carece de competencia para promulgar una norma como ésta. La Ley sobre casación foral aragonesa no fue objeto de recurso de inconstitucionalidad.

El fundamento del recurso (la infracción de ley) se alza en piedra de toque de la casación foral, tanto por lo que respecta a la competencia, como en lo que atañe a la creación de jurisprudencia. Ciertamente concurren otros dos presupuestos normativos: la previsión estatutaria y que la resolución impugnada haya sido dictada por un órgano con sede en la Comunidad Autónoma en que tenga su sede el TSJ. El primero de ellos —aparentemente pacífico pues venía a reconocer lo que los Estatutos anteriores

a la LOPJ de los territorios con Derecho civil propio habían establecido— resultó controvertido, en el caso de Aragón, por la reforma estatutaria llevada a cabo en 1996 que suprimió, con desacierto, esa previsión normativa; la sucesión de resoluciones jurisdiccionales que vinieron a cuestionar la subsistencia de la competencia casacional del TSJ de Aragón —como también para conocer de las demandas de revisión— se zanjó, con más voluntad que técnica jurídica, con el ATS de 10 de febrero de 1998⁷; el Estatuto aragonés de 2007 ha corregido aquel defecto de técnica legislativa e incorporado en su art. 63.2 la previsión exigida por la LOPJ. El segundo presupuesto a que antes aludía —que el órgano que dictó la resolución impugnada tenga su sede en la misma Comunidad Autónoma que el TSJ— es hoy, y desde hace algún tiempo, cuestionado. En efecto: si la atribución de la casación foral al correspondiente TSJ obedece al designio de que ese órgano sea el creador de jurisprudencia sobre el Derecho civil propio de la Comunidad Autónoma, un presupuesto como el señalado propicia la existencia de otra fuente jurisprudencial sobre la materia, ya que cuando una Audiencia Provincial de otra Comunidad Autónoma dicte una sentencia aplicando normas de un ordenamiento civil de otro territorio, el recurso de casación que se interponga frente a ella basado en la infracción de esas normas será conocido por el Tribunal Supremo por corresponderle a él la competencia funcional. Para corregir esta disfunción es necesario reformar lo preceptuado en los arts. 73.1.a) LOPJ y 478.1.II LEC. Los Anteproyectos de julio de 2005 de modificación de la LOPJ y de la LEC iban por este camino: en particular, el primero de ellos, daba nueva redacción al art. 73.1.a) LOPJ atribuyendo a la Sala de lo Civil y Penal del TSJ, como Sala de

⁷ Sobre todo ello, vid. HERRERO PEREZAGUA, “La casación aragonesa tras la reforma del Estatuto de Autonomía (L.O. 5/1996, de 30 de diciembre)”, en *Revista Jurídica de Navarra* 1997, núm. 24, pgs. 219 y ss; “La competencia casacional del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Comentario al Auto del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1992”, en *Revista de Derecho Civil de Aragón*, 1997-III, núm. 2, pgs. 139 y ss; “La recuperación de la casación aragonesa”, en *Derecho Privado y Constitución*, 1998, núm. 12, pgs. 311 y ss.

lo Civil, el conocimiento “del recurso de casación que establezca la ley contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil, *aunque tengan su sede fuera del territorio de la Comunidad Autónoma*, siempre que el recurso se funde en infracción de normas del derecho civil, foral o especial, o derecho propio de la comunidad en la que tenga su sede el Tribunal Superior de Justicia, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución”. A este respecto, el Informe del CGPJ, emitido el 5 de octubre de 2005 sobre los Anteproyectos referidos, entendió que una modificación como la propuesta “parece oportuna por cuanto favorece la función unificadora de la casación en la interpretación y aplicación de las normas del derecho civil propio de la comunidad autónoma, evitando que las resoluciones que, por razones de vecindad civil de los litigantes o alguno de ellos, dicten órganos con sede fuera del territorio de la comunidad autónoma y en las que se aplique ese derecho civil, foral o especial, propio, queden excluidas del ámbito casacional atribuido a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente comunidad”. La razón expuesta conserva hoy toda su fuerza argumentativa.

Por lo dicho, el presupuesto referido al motivo de casación se erige en el de mayor relevancia, no sólo por su trascendencia (en la conformación de la jurisprudencia foral por el órgano competente para ello), sino por la complejidad de los elementos determinantes que en él concurren.

Las normas procesales reguladoras de la casación formulan el presupuesto del siguiente modo: que el recurso se funde, exclusivamente o junto con otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil aragonés (el Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad Autónoma). Del tenor literal de tales preceptos se deduce inequívocamente que lo determinante de la competencia del TSJ y de la procedibilidad y admisibilidad del recurso es el fundamento del propio recurso. Obsérvese que la ley no dice que el objeto del proceso versara sobre una cuestión respecto de la cual las partes hubieran alegado la aplicación de

normas aragonesas ni tampoco que el tribunal se hubiera servido de ellas para dictar la resolución que una de las partes decide impugnar. La ley se refiere no al fundamento de la pretensión actora (la norma invocada en la demanda) ni a la *ratio decidendi* de la sentencia (la norma aplicada) ni tampoco a la relación o institución jurídicas objeto de la controversia (regida, eventualmente, por normas civiles autonómicas), sino al motivo del recurso, identificado en la afirmación de que se ha incurrido por el tribunal de apelación en infracción de norma civil aragonesa, es decir, la fundamentación jurídica del recurso.

A este respecto, el TSJ de Aragón parte, por un lado, de que la admisibilidad del recurso se condiciona a que se halle fundado en norma aragonesa aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso (Auto de 25 de mayo 2010). La referencia a la aplicabilidad invita a entender que la norma conforme a la que ha de decidirse el recurso puede no haber sido invocada oportunamente o haberlo sido incorrectamente por la parte en sus escritos de alegaciones en las instancias. Si no hay variación de la *causa petendi*, el tribunal de casación —como el de instancia— puede acudir a fundamentos de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer y resolver conforme a las normas que resulten aplicables, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes, tal y como establece el art. 218.1.II LEC. Nos encontramos ante el arduo problema de los límites del principio *iura novit curia* o de la vinculación del tribunal a la fundamentación jurídica que las partes han aportado. Participo de la opinión de TAPIA FERNÁNDEZ de que el elemento jurídico de la *causa petendi* está constituido por la calificación jurídica —la consecuencia jurídica que la ley anuda a un determinado supuesto de hecho— y la norma afirmada por la parte y que ésta entiende que da cobertura a la calificación realizada⁸. Conforme a este planteamiento, el tribunal puede rectificar el elemento puramente normativo —el precepto— que la parte haya alegado (puede

⁸ TAPIA FERNÁNDEZ, *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*, Madrid, La Ley, 2000, pg. 120.

resolver, en términos del art. 218 LEC, *conforme a las normas que resulten aplicables, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes*), pero no la calificación jurídica, porque, en tal caso, estaría concediendo una tutela distinta de la solicitada, incurriendo en incongruencia (estaría *apartándose*, volviendo al art. 218 LEC, *de la causa de pedir*).

La aplicación de lo expuesto a la cuestión que nos ocupa significa que la mera circunstancia de que la norma civil aragonesa no fuera invocada en el escrito de demanda, ni aplicada por el juzgador de instancia, no comporta sin más que quede vedada su alegación como fundamento del recurso de casación o, dicho en otros términos, que hecha valer en el recurso, la consecuencia haya de ser necesariamente su inadmisión. Si no hay alteración del relato fáctico fijado por el resultado probatorio en las instancias ni alteración de la calificación o punto de vista jurídico, el fundamento del recurso en infracción de norma foral no invocada con anterioridad puede abrir la casación: lo que ocurre, en definitiva, es que se observa y corrige el yerro padecido en la referencia normativa, pero la consecuencia jurídica pretendida y anudada a los hechos reconocidos o probados no sufre modificación alguna. Es lo que acontece cuando el efecto jurídico cuya declaración se pretende para la satisfacción de la tutela se contiene, por ejemplo, tanto en el Código Civil como en la Compilación aragonesa; si conforme a lo preceptuado en el art. 218 LEC al tribunal puede aplicar los preceptos de ésta aunque hubieran sido invocados los de aquél, siempre que no altere la causa de pedir, igualmente habrá que convenir que su invocación es posible al formular el recurso de casación porque, en modo alguno, supone una alteración de la acción ejercitada⁹. La clave estriba

⁹ La intelección del art. 218.1.II LEC es explicada así por ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *Iura novit curia. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, pg. 104: “el legislador permite al juez calificar jurídicamente las pretensiones del actor con plena libertad mientras se mueva en el ámbito del concurso de normas, es decir, mientras el supuesto de hecho de la norma no invocada o incorrectamente invocada pueda ser llenado con los hechos en que el actor fundaba sus pretensiones. Por el contrario, el tribunal no

en que no se introduzca un fundamento jurídico distinto del hecho valer en las instancias que, por no formar parte del debate procesal, sitúe al demandado en posición de indefensión al no haber tenido oportunidad de contradecirlo. Pero si la alegación de la norma cuya infracción se aduce en el recurso es respetuosa con ese fundamento, nada habrá que objetar a la procedencia y admisibilidad de la impugnación.

El ATSJ de 25 de mayo de 2010, antes citado, merece algún comentario añadido. En él se deslizan algunos razonamientos dignos de atención. El auto inadmite el recurso que se fundaba en la infracción del art. 3 de la Compilación (principio *standum est chartae*) invocado por vez primera en el proceso. El recurrente cumple con la exigencia de que el recurso se funde en norma aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso, pero el tribunal no se detiene en el control formal o externo de su cumplimiento. El rechazo viene motivado porque la pretensión impugnatoria envuelve una alteración del objeto procesal¹⁰. En la resolución se contienen algunas afirmaciones de las que pudieran extraerse, si no son puestas en su contexto, criterios no acertados. Ciertamente dice el auto que es en casación cuando se invoca por primera vez el principio de la libertad de pactos, que el pleito se ha planteado en las dos instancias en términos de derecho común y que no cabe plantear en casación una infracción normativa substraída al análisis del juzgador y de la sala de la apelación. Pero la inadmisión encuentra su razón no en que no quepa fun-

podrá otorgar el efecto jurídico pretendido por el actor su para hacerlo precisa aplicar normas que éste no invocó y cuyo supuesto de hecho podía ser llenado con hechos narrados en la demanda pero que no fueron hechos valer en los fundamentos jurídicos de la misma para sustentarla conforme a Derecho”.

¹⁰ El recurso alega infracción del art. 3 por entender que las partes pueden pactar una duración indefinida del contrato y que su rescisión quede a expensas de la voluntad de una de ellas; el tribunal puntualiza que el recurrente partió desde el principio del hecho de que no se concertó un arrendamiento a perpetuidad y que la controversia versó sobre si la voluntad de las partes fue celebrar un contrato de larga duración, es decir, si se quiso o no pactar la sumisión de las partes a la prórroga forzosa.

dar el recurso en la infracción de una norma cuya alegación no se había hecho hasta la formulación del recurso¹¹, sino en que, como recoge el auto, se pretende una alteración del objeto del litigio y esa alteración significa, en palabras del tribunal, introducir una cuestión nueva en casación¹²; abunda en ello al señalar que sólo las cuestiones debatidas en las instancias pueden ser afectadas por infracciones normativas sobre las que fundamentar un recurso de casación; es decir, no cabe introducir un punto de vista o calificación jurídica distintos porque ello equivaldría a permitir aducir un título que no se hizo valer en su momento oportuno, lo cual queda vedado por la regla de preclusión recogida en el art. 400 LEC (razonamiento, este último, que también expresa el auto en sus fundamentos de derecho).

En algunas ocasiones, el TSJ de Aragón no ha dudado en acudir a la aplicación de norma distinta a la alegada por el recurrente. A este respecto cabe citar las SSTSJ de 21 de junio de 2005 (RJ 2005, 4952) y 1 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 649). En ambos casos —si bien más señaladamente en el primero—, el error en que a juicio de la sala incurre el recurrente deriva del incorrecto entendimiento de la vigencia de la norma invocada como infringida a tenor de lo establecido en el derecho transitorio. El tribunal no duda en afirmar que la ley que resulta de aplicación no es la citada por el recurrente (en uno y otro caso, la Ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad), sino la que corresponde en virtud de la recta intelección de la

¹¹ La STSJ de Aragón de 5 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8595) ya había abordado este tema. También allí la parte recurrida sostuvo que la cita del art. 3 CDCA se hacía por vez primera en el recurso formulado ante el TSJ y que ello suponía introducir una cuestión nueva en casación. La sala desechó esa calificación y adujo en apoyo de su decisión el principio *iura novit curia* señalando que al obrar de ese modo era respetuosa con los hechos alegados y probados en el proceso y la consecuencia jurídica fijada para tal concurrencia fáctica.

¹² Dice, literalmente, el tribunal: “Plantear ahora la licitud de un arrendamiento por tiempo indefinido con base en el citado artículo 3 no es ya sólo alegar como infringida norma no invocada con anterioridad, sino introducir una cuestión nueva en casación”.

disposición transitoria que ordena la materia (lo que conduce a la sala a entender que la infracción aducida se refiere a las normas de la Compilación). Sirvan estas resoluciones como apoyo de lo antes afirmado, pues siendo respetuoso el tribunal con el resultado fáctico de las instancias y con la calificación jurídica de la pretensión impugnatoria, nada hay que objetar a que resuelva conforme a las normas aplicables al caso, aunque el recurrente haya errado en su cita.

La amplitud con que la LEC formula el motivo de casación (infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso) conduce a entender, de una parte, que en el término infracción queda comprendida cualquier vulneración de la norma¹³ y, por otra, que puede referirse a cualquier infracción del ordenamiento jurídico (lo que incluye las normas legales¹⁴, la costumbre y los principios generales del derecho).

2.2. La naturaleza civil de la norma infringida

Podría parecer que la Ley de casación foral aragonesa opera una suerte de restricción respecto de lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la naturaleza de la norma cuya

¹³ Como señala BONET NAVARRO, A., *Los recursos en el proceso civil*, Madrid, La Ley, 2000, pg. 232, la vulneración puede consistir en una violación de la norma, una interpretación errónea o una aplicación indebida y puede ir referida “a la existencia, subsistencia o determinación del alcance de la norma para fijar su eficacia como reguladora de una determina situación de hecho, o al desconocimiento de la norma por el juzgador, o infracción clara y terminante por él; o a la equivocación o error en el contenido de la norma; o por no dar a la norma el verdadero sentido, cuando se lleva cabo la subsunción del hecho en el Derecho o aplicación del Derecho al hecho”.

¹⁴ Como señaló la STS de 20 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7338), con cita de otras, “la posibilidad de invocación de otras disposiciones de rango inferior a la ley se limita a los casos en que tales normas tengan una civil o mercantil como cobertura, o sean complementarias, o estén íntimamente relacionadas; asimismo, en ese sentido, se ha manifestado en esta sede la imposibilidad de la alegación de normas de carácter reglamentario, salvo que su fundamento se encuentre en el desarrollo de una Ley Sustantiva, en cuyo caso cabe citarlas con la disposición legal que le sirve de cobertura”.

infracción se denuncia en el recurso. Tal apariencia vendría fundada en que el art. 1 de aquélla refiere la infracción que ha de servir de fundamento al recurso a las normas del Derecho civil aragonés mientras que el art. 477.1 LEC alude a las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. No hay tal restricción pues la apariencia se desvanece al observar que el art. 1 LCFA está dirigido a la determinación de la competencia y que no dice algo distinto de lo preceptuado en el art. 478.1.II LEC cuando, a propósito de la determinación de la competencia funcional, exige que el recurso de funde en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad Autónoma. En todo caso, lo que conviene destacar es que será la naturaleza civil de la norma que se dice infringida lo que habrá de ser objeto de control al examinar su admisibilidad. Nada obsta a que la norma civil esté incorporada en una ley o disposición mercantil o administrativa (piénsese, a título de ejemplo, en la integración de una disposición mercantil por la norma que rige el régimen económico matrimonial del comerciante o en las limitaciones al poder de disposición y derechos de adquisición preferente por la ley que regula la vivienda protegida o en las disposiciones que pudiera contener una norma administrativa autonómica respecto del régimen de responsabilidad civil); si así sucede, la infracción de tal norma puede fundamentar la interposición del correspondiente recurso de casación.

No obstante, la cuestión no es pacífica¹⁵, especialmente por

¹⁵ FERNÁNDEZ URZAINQUI, "El recurso de casación civil foral en la doctrina del TSJ de Navarra", en *Revista Jurídica de Navarra*, julio-diciembre 2009, núm. 48, pgs. 30 y 31 da cuenta de la discrepancia observada entre los pronunciamientos de distintos Tribunales Superiores de Justicia en una materia en que la cuestión ha suscitado un mayor número de resoluciones, como es la regulación autonómica de las cooperativas. Los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia [Autos de 13 de noviembre de 2006 (JUR 2007, 245811) y 17 de octubre de 2006 (JUR 2007, 275236)] y País Vasco [Auto de 10 de diciembre de 2004 (RJ 2005, 216)] han entendido que no eran competentes por no ser estas leyes encuadrables en el Derecho civil foral o especial de sus respectivas Comunidades sino que se inscriben en el ámbito del Derecho mercantil. Por el contrario, los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña [Sentencia de 10 de marzo de 2008 (RJ 2009, 298)], Navarra

lo que respecta a aquellos casos en que el Derecho civil propio de la Comunidad Autónoma actúa como recibido por la legislación mercantil aplicable por efecto de la remisión llevada a cabo por alguno de sus preceptos. El Derecho Civil al que, en su caso, dirige la norma remisoria no tiene por qué ser necesariamente el denominado derecho común, sino que bien puede serlo el ordenamiento civil del territorio que tenga su propio ordenamiento.

Me serviré de un ejemplo. Conforme a lo dispuesto en la Ley Concursal, cuando se trate del concurso de persona física casada cuyo régimen económico matrimonial sea el de comunidad de bienes, será necesario determinar en la formación de la masa activa y pasiva el carácter de los bienes (privativos o comunes) y si los créditos incluidos en la lista de acreedores pueden hacerse efectivos sobre el patrimonio privativo del concursado o también sobre el común (arts. 77.2, 82.1, 86.3 y 94.2 LC). Tales circunstancias exigen tener en cuenta las normas del derecho civil que sea aplicable¹⁶; esto es: para determinar qué bienes responden de

[Sentencia de 13 de noviembre de 2007 (RJ 2008, 803)] y Comunidad Valenciana [Sentencia de 27 de julio de 2001 (JUR 2001, 292566) han aceptado su competencia funcional para conocer de recursos fundados en infracción de estas normas. El ATS de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 250) dejó dicho —en consonancia con los anteriores AATS de 13 de junio de 2006 (RJ 2006, 6048) y 31 de julio de 2007 (JUR 2007, 275755)— que “estamos ante una materia que (...) es regulada por una norma específica de ámbito territorial en la Comunidad Autónoma y su denuncia se produce en un proceso conocido por un órgano de la jurisdicción civil, lo que justifica que su tratamiento sea el que se halla en el espíritu que ha movido al legislador al establecer la norma competencial contenida en el párrafo segundo del apartado 1 del art. 478 de la LEC”, por lo que la competencia funcional en estos casos corresponde al Tribunal Superior de Justicia.

¹⁶ Como señala PARRA LUCÁN, “Concurso de acreedores y consorcio conyugal”, en *Actas de los XIX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 2010, pg. 108, la materia concursal requiere un sistema uniforme y podría admitirse que la regulación concursal o es Derecho mercantil o pertenece a las bases de las obligaciones contractuales; no obstante, “el Derecho concursal incide en ámbitos en los que existen normas de Derecho civil, autonómico, foral, que deben ser respetadas. Hay que advertir que la coordinación de estas normas con las de la Ley concursal en ningún caso trata de legitimar un “Derecho foral concursal”. De hecho se plantean problemas semejantes a los que suscita la conciliación de normas de “puro” Derecho civil del Código civil”.

qué deudas habrá que estar al régimen económico matrimonial que rija en el caso concreto. Si en el seno del concurso se suscita controversia respecto de alguno de los extremos señalados —determinante, por ejemplo de la impugnación del inventario o de la lista de acreedores o desencadenante del ejercicio de la acción de separación—, la resolución que se dicte¹⁷ deberá acudir a las normas que disciplinan el régimen económico matrimonial que corresponda; por ello, si fuera éste el aragonés, bien puede suceder que, de ser procedente el recurso de casación conforme a lo preceptuado en el art. 197.6 LC, de él deba conocer el Tribunal Superior de Justicia de Aragón¹⁸: el fundamento del recurso será la infracción de la norma civil aragonesa aplicable para resolver el objeto del proceso (en este caso, del incidente concursal).

Si de cuanto antecede la conclusión que se sigue es que, con independencia del cuerpo legal en que se inserte la norma que se reputa infringida o de su integración por el juego de la técnica remisoria, lo determinante para su calificación será la naturaleza que dicha norma tenga, habrá que afirmar la posibilidad de que la casación foral albergue el examen de una cuestión regida, en principio, por una ley de otra naturaleza distinta.

Pero de igual manera, habrá que extender esta consideración al reverso de la afirmación sostenida anteriormente. Una ley civil aragonesa puede contener entre sus normas alguna que no sea de naturaleza civil. Esto se advierte especialmente con las normas procesales¹⁹, lo que se explica, además, por la opción tomada en

¹⁷ Recuérdese que, conforme a lo preceptuado en el art. 192 LC las cuestiones que se susciten durante el concurso se sustanciarán por el cauce del incidente concursal y a tenor de lo establecido en el art. 196.1. y 4 LC el incidente se resolverá por sentencia que, una vez firme, producirá el efecto de cosa juzgada.

¹⁸ Adelantándose a una eventual objeción que a este respecto pudiera formularse, ya advirtió LÓPEZ SÁNCHEZ, en *Comentarios a la Ley Concursal*, (coord.: R. BERCOVITZ), Madrid, Tecnos, 2004, vol. II, pg. 2006, que “la mención que este precepto [el art. 478.1.II LEC] hace de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma no puede interpretarse de forma restrictiva, pues los Juzgados de lo Mercantil también pertenecen al orden jurisdiccional civil”.

¹⁹ Sirva éste como ejemplo: el art. 45 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre,

su día de preferir la inserción de las disposiciones procesales que se consideren necesarias, y para las que exista título habilitante, en el correspondiente cuerpo normativo sustantivo al que sirvan de instrumento, en lugar de elaborar una ley procesal aragonesa²⁰. En este sentido el ATSJ de Aragón de 2 de mayo de 2003 rechazó que el recurso pueda fundarse en el art. 55 de la Compilación por entender que el referido precepto no se refería a normas sustantivas, sino procesales. La disociación actualmente vigente entre los quebrantamientos de forma y la infracción de ley en el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación, respectivamente, conduce a sostener que este último no puede dar cobijo a la denuncia de infracciones que deben ser articuladas a través de aquél; es nuevamente la naturaleza de la norma que se afirma infringida lo que determina la procedencia del recurso, de modo que si ha de ser calificada como procesal, no será apta para fundamentar su impugnación en casación ya que no se trata de una norma aplicable para resolver la cuestión objeto del proceso, como exige el art. 477.1 LEC, sin que esa calificación pueda ser prejuzgada por la ubicación de la norma, sino que su carácter vendrá determinado por el ámbito en que produce sus efectos.

La formulación legal del motivo de casación como infracción de las normas aplicables al fondo del asunto deja extramuros la infracción de la jurisprudencia. La ley toma ésa en consideración no como causa de casación ni como motivo de impugnación, sino como condición de acceso, de modo que la existencia de

de derecho de la persona regula la legitimación para promover e instar la declaración legal de ausencia; envuelve lo que ha venido en denominarse la capacidad de conducción procesal, un presupuesto de naturaleza procesal que puede y debe ser examinado de oficio por el tribunal —sin perjuicio de su eventual denuncia por la parte—; la infracción de una norma como ésta debería ser denunciada, en su caso, a través del recurso extraordinario por infracción procesal y no por medio del recurso de casación.

²⁰ Así se expresó en la Ponencia general elaborada por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil bajo el título “Objetivos y método para una política legislativa en materia de Derecho Civil de Aragón”, fechada en octubre de 1996.

contradicción con la jurisprudencia es motivo de apertura, pero no de estimación²¹: el tribunal podrá reafirmar su línea jurisprudencial anterior o revisarla y sentar una de distinto signo. La contradicción con la jurisprudencia integra uno de los supuestos del interés casacional y éste se articula como presupuesto de admisibilidad del recurso, lo que comporta que será en trámite de admisión cuando deberá examinarse su concurrencia, pero ésta no determina en modo alguno la suerte favorable que haya de correr la impugnación.

2.3. La integración de la norma infringida en el Derecho civil de Aragón

A) Derecho recibido y Derecho supletorio

Para que la casación foral pueda ser adjetivada como tal, la competencia ha de corresponder al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma cuyas normas de derecho civil se afirmen infringidas [arts. 73.1.a) LOPJ, 478.1.II LEC y 1 LCFA]. Es preciso, por tanto, determinar qué normas integran el Derecho civil de ese territorio. A la postre, estamos ante un problema de fuentes. La determinación del sistema de fuentes corresponde a la Comunidad Autónoma que haya asumido la competencia sobre su propio Derecho civil: la cobertura que ofrecía el art. 35.1.4º del Estatuto de Autonomía aragonés de 1982 la proporciona hoy el art. 71.2ª del Estatuto de 2007 que menciona específicamente el respeto al sistema de fuentes. Las fuentes del Derecho aragonés son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho

²¹ A este respecto, y refiriéndose a la redacción definitiva de la LEC en comparación con la que presentaba el proyecto, LÓPEZ SÁNCHEZ, *El interés casacional*, cit., pg. 120, estima que la solución definitivamente adoptada por el texto legal es acertada: “La posibilidad de que el motivo del nuevo recurso de casación consistiese en la infracción de ley y, cumulativamente, la infracción de jurisprudencia del Tribunal Supremo resultaba muy perturbadora, en cuanto que podía comportar una fijación de la doctrina jurisprudencial —del Tribunal Supremo— sin introducir mecanismos procesales que permitiesen su variación diacrónica para acomodar el texto de la ley a las nuevas circunstancias sociales y económicas”.

en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico (art. 1 CDCA).

Las normas de naturaleza civil de las leyes aragonesas pueden ser invocadas como fundamento del recurso de casación foral. A este respecto cabe señalar el crecimiento que ha experimentado la producción normativa en el ámbito del Derecho civil aragonés (repárese, a título de ejemplo, en la Ley de sucesiones por causa de muerte, en la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad o, más recientemente, en la Ley de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres). Estas normas, como ya he señalado antes, pueden servir como fundamento del recurso tanto si su aplicación es directa como si lo es a consecuencia de la remisión efectuada en otra ley, aunque sea de naturaleza no civil o aunque se trate de una ley estatal. Respecto de esto último cabe señalar, a título de ejemplo, que el Tribunal Superior de Justicia de Aragón (sentencia de 14 de mayo de 2010) asumió su competencia funcional para conocer de un recurso que tenía por objeto la extinción de la relación arrendaticia y, en particular, si cabía entender subrogado al cónyuge de la arrendataria; inequívocamente, la relación debía ser examinada a la luz de los preceptos de la legislación arrendaticia —leyes estatales—, pero para ello resultaba determinante enjuiciar si había resultado infringido el art. 28.2.i) de la Ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad que define como bienes comunes los derechos del arrendatario por contratos celebrados durante el consorcio.

En ocasiones, las normas aragonesas remiten a normas contenidas en leyes estatales (por ejemplo art. 144.2 CDCA). Ciertamente esta técnica normativa remisoria ha ido perdiendo su importancia en la medida en que las normas que la utilizaban han venido siendo sustituidas por otras que, en lugar de reenviar a otro cuerpo legal, han optado por incorporar su contenido, total o parcialmente (obsérvese, a título de ejemplo, lo que disponía el art. 86 CDCA respecto de la extinción del usufructo viudal, con remisión a los arts. 513 y siguientes del Código ci-

vil, y lo que dispone en la actualidad el art. 119 de la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad sobre la misma materia que no precisa para su integración del complemento de lo establecido en el Código civil). Esta técnica normativa evita problemas como el que se apunta en estas páginas y, al tiempo, ofrece pautas de solución para los que todavía subsisten o los que puedan plantearse en el futuro. Podría estimarse, en un principio, que, atendiendo a la procedencia de la norma recibida (la ley estatal), si el fundamento del recurso se basa en su infracción, de él debería conocer el Tribunal Supremo y no el Tribunal Superior de Justicia en cuanto que, en puridad, se trata de la interpretación de una norma del derecho civil general y no del derecho civil autonómico²². Sin embargo, estimo que otra ha de ser la conclusión que ha de imperar. La norma recibida forma parte del Derecho civil de Aragón y, en consecuencia, la afirmación de su infracción determina la competencia funcional del Tribunal Superior de Justicia para conocer del recurso de casación. Abunda en esta consideración lo establecido en la disposición final de la Compilación al determinar que las remisiones que hace al Código civil se entenderán siempre en su redacción actual²³; a la postre, no se trata sino de una técnica normativa que opta por remitir el contenido de la norma a lo

²² A este respecto, el TSJ de Navarra ha estimado que las normas de procedencia estatal recibidas por remisión dinámica (esto es, conforme a la redacción que en cada momento tenga la ley a que se remite), comportan que de invocarse su infracción, el conocimiento del recurso ha de venir atribuido al Tribunal Supremo; en cambio, si se trata de infracciones de normas recibidas por remisión estática (esto es, remisión a la redacción vigente en el momento de ser promulgada la ley que efectúa la remisión), la competencia corresponderá al Tribunal Superior de Justicia por tratarse de una norma que merece ser calificada como norma civil foral; véase, a este respecto, FERNÁNDEZ URZAINQUI, "El recuso de casación...", cit., pgs. 26 y 27, y la jurisprudencia allí citada.

²³ Como indican los hermanos BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dir.: ALBALADEJO), t. XXXIII, vol. 1º, Madrid, Edersa, 1986, pg. 26, esta disposición significa que las posibles modificaciones a que se vea sometida la norma inserta en la ley estatal "no afectarán en absoluto al ordenamiento aragonés, el cual, y para el tema concreto de que se trate, se seguirá rigiendo por la norma antigua del Código; con ello, acertadamente, se ha tratado

dispuesto en otra ley, de modo que ésta viene a integrar aquélla pasando a formar parte de ella; la competencia para conocer del recurso no puede depender de la técnica seguida, sino de la calificación que merezca la norma y, en este caso, habrá que convenir que se trata no sólo de una norma aragonesa, sino que además ésta rige como fuente primaria.

Las normas contenidas en las leyes estatales pueden desempeñar un importante papel no sólo como Derecho recibido, sino también como Derecho supletorio, es decir, para colmar el vacío de que adolece la ley aragonesa. Conforme a lo establecido en el apartado segundo del art. 1 CDCA, “el Derecho civil general del Estado se aplicará como supletorio sólo en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que las informan”. Como ya señaló DELGADO ECHEVERRÍA²⁴, deben distinguirse dos supuestos: por un lado, aquellos en que el Derecho estatal se aplica en materias respecto de las que la Comunidad carece de competencia legislativa y, por otro, aquellos otros en que el Derecho estatal se aplica en materias que pertenecen al ámbito de la competencia legislativa autonómica pero sobre las cuales la Comunidad aún no ha promulgado reglas propias. En el primer caso, no estamos ante el mecanismo de la supletoriedad, porque las normas estatales no juegan en defecto de las autonómicas, sino directamente, ya que pertenecen al ordenamiento rector de la relación jurídica de que se trate, sin que puedan ser desplazadas por lo que disponga el ordenamiento autonómico; en el segundo, sí, las normas estatales son supletorias del Derecho civil autonómico porque permiten cerrar las lagunas que éste presente y lo serán mientras el legislador autonómico, en el ejercicio de su competencia, no promulgue en esa materia las que tenga a bien disponer.

de evitar que por la modificación del Código, por el legislador estatal, se pueda modificar indirecta e involuntariamente el Derecho de Aragón”.

²⁴ Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, (dir.: LACRUZ BERDEJO), Zaragoza, Diputación General de Aragón, 1988, pgs. 191 y 192.

Desde el punto de vista de la casación, parece claro e inequívoco que en aquellos casos en que las normas del Derecho civil estatal que se invocan como infringidas, hayan sido aplicadas directamente, no podrá fundarse en ellas la competencia funcional del Tribunal Superior de Justicia, aunque la relación litigiosa esté regida por las normas forales. Esta misma conclusión ha de extenderse, a mi parecer, a los casos en que las normas estatales despliegan su eficacia como Derecho supletorio²⁵ pues son normas del Derecho estatal y respecto de ellas, como tales, el legislador quiere que la interpretación uniformadora que se lleva a cabo por la jurisprudencia se desempeñe por el tribunal de casación al que corresponde la competencia cuando el recurso se funda en la infracción de dichas normas; lo contrario supondría permitir que ese Derecho —que ni siquiera es Derecho recibido— pudiera ser objeto de una interpretación divergente por el tribunal que no está llamado a realizar respecto de él la función casacional.

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el auto de 28 de octubre de 2005, inadmitió el recurso por falta de competencia señalando que, si bien se había invocado por el recurrente la infracción del art. 3 CDCA, nadie discutía la fuerza obligatoria de lo pactado, y puesto que la discrepancia radicaba en el sentido de lo acordado, era necesario, en aquel caso, acudir, a falta de regulación específica en el ordenamiento aragonés, a las normas del Código civil, en virtud de lo establecido en el art. 1.2 CDCA, es decir, por su carácter supletorio, lo que condujo a afirmar que la competencia para casar la sentencia correspondería a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

El mismo Tribunal ofrece un criterio en el mismo sentido a través del auto de 9 de septiembre de 2009. El recurrente había

²⁵ De parecer contrario se muestra BAYOD LÓPEZ, "La aplicación indebida del Código Civil como fundamento del recurso de casación en Aragón: infracción de las normas del Derecho civil aragonés y aplicación del Derecho supletorio para la solución del conflicto. (Reflexiones sobre las sentencias del TSJ de Aragón de 15 de marzo de 2007 y 27 de febrero de 2006)", en *Revista de Derecho Civil de Aragón*, 2008-XIV, pgs. 190 y 191.

aducido la infracción del sistema de fuentes del ordenamiento aragonés previsto en la Compilación y con ella la aplicación indebida de los arts. 396 y 572.2 CC relativos a la comunidad de bienes y presunción de servidumbre de medianería, ante la ausencia de norma foral que regule esta materia. El Tribunal estima correcto este razonamiento en su formulación general para concluir que por no existir norma foral aplicable, deben serlo los preceptos del Código civil en virtud de su carácter supletorio. Todo ello le conduce a afirmar que el objeto de denuncia no es la infracción del sistema aragonés de fuentes, sino la infracción de las normas del Código civil “para cuya revisión no es competente esta Sala por no tratarse de normas del Derecho civil propio aragonés”.

B) La determinación final de la norma infringida

Cuando el legislador determina en qué casos ha de conocer del recurso de casación el Tribunal Superior de Justicia, está guiado por una idea que conviene no olvidar: con la casación foral se persigue que sea dicho órgano el que cree la jurisprudencia en materia de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad Autónoma. De las consideraciones anteriores, a propósito del Derecho recibido y del Derecho supletorio, se columbra el límite de la competencia del Tribunal Superior de Justicia cuando ha de examinarse la infracción de una norma de procedencia estatal para concluir que si, con independencia del origen de la norma, ésta integra el ordenamiento aragonés, la competencia para conocer de su infracción a través del recurso corresponderá al Tribunal Superior de Justicia y si, por el contrario, su aplicación al caso lo ha sido en virtud de su calificación como norma del Derecho civil general, el Tribunal Superior de Justicia debería declinar su conocimiento siempre que el recurso no se fundara conjuntamente en la infracción de una norma civil aragonesa. Más aún: si como consecuencia de fundarse el recurso conjuntamente en la infracción de norma aragonesa y de norma estatal la competencia correspondiera al

Tribunal Superior de Justicia, los pronunciamientos de la sentencia que dictase sólo tendrían el valor de jurisprudencia respecto de la primera y no de la segunda.

Vistas así las cosas, para que el examen sea completo es preciso detenerse en una consideración que complementa las anteriores. Puede ocurrir —y ha ocurrido— que la invocación de una infracción de norma estatal, determinante de la competencia del Tribunal Supremo, oculte el fundamento real del recurso, es decir, la infracción de una norma civil aragonesa no alegada por el recurrente²⁶. Ya ha habido ocasión de señalar que, a causa de la técnica remisoria de la que se sirva una norma estatal, puede resultar de aplicación una norma autonómica. Pues bien, también puede suceder que, sin existencia de remisión expresa, la infracción denunciada de la norma estatal precise examinar si se ha aplicado correctamente una norma

²⁶ El supuesto lo expone con claridad BONET NAVARRO, A., “La casación foral. Dificultades para una jurisprudencia uniformadora de la interpretación del Derecho Civil de Aragón”, en *Actas de los Séptimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 1997, pg. 86: “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, 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”.

civil autonómica al llevar a cabo el juicio subsuntivo²⁷. Esta operación —una operación técnica que en nada altera la causa de pedir— puede descubrir que la norma infringida es de procedencia distinta a la citada como tal y que, en consecuencia, al ser el fundamento del recurso el hecho determinante de la competencia, puede deparar que la competencia funcional no haya sido correctamente determinada. A ello se añade una consideración ulterior y apuntada anteriormente: como consecuencia de esa determinación competencial, se estará sustrayendo, eventualmente, al Tribunal Superior de Justicia la tarea que justifica su existencia, esto es, la de crear jurisprudencia en materia de Derecho civil propio de su Comunidad Autónoma. Por tanto, cuando esto acaezca —es decir, cuando en virtud de la formulación del recurso se halle conociendo Tribunal Supremo y al realizar el juicio subsuntivo se desvele que hay infracción de norma aragonesa— debería seguirse la inhibición del órgano que indebidamente está conociendo la casación, por quedar afectado un presupuesto procesal cuya inobservancia es determinante de la nulidad de actuaciones. Como señala el art. 62 LEC, la falta de competencia funcional conduce a la inadmisión del recurso, pero si éste hubiera sido admitido, el tribunal al que se haya dirigido debe dictar auto absteniéndose de conocer. Es cierto que esta consecuencia parece pensada para ser actuada en el trámite de admisión por el órgano *ad quem*, pero si el defecto se advierte con posterioridad, no puede derivarse una suerte de sanación del vicio. El carácter de orden público de la competencia funcional comporta que pueda ser apreciada de oficio en cualquier momento (art. 227.2 LEC) “sin que un auto de admisión del recurso tenga efecto vinculante para el Tribunal que, conociendo en sede de plenario, ha de resolver

²⁷ Sobre todos estos extremos, aquí expuestos en apretada síntesis, resulta imprescindible acudir al trabajo de BONET NAVARRO, A., “Facultades del TS para enjuiciar y controlar la aplicación del Derecho civil foral. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 1 de julio de 1996”, en *RevDerPriv* 1998, pgs. 226-255.

definitivamente el asunto planteado”, como señala el ATS de 4 de diciembre de 2009 (JUR 2009, 2176).

3. LA PLURALIDAD DE PRETENSIONES IMPUGNATORIAS

3.1. La pluralidad de pretensiones impugnatorias en un mismo recurso

Las normas procesales reguladoras de la casación foral han abordado esta cuestión desde el estricto plano de la competencia funcional: los arts. 478.1.II LEC y 1 LCFA determinan²⁸, coincidentemente, que si el recurso se funda en más de un motivo —es decir, si articula más de una pretensión impugnatoria— bastará que uno de ellos tenga como fundamento la infracción de las normas del Derecho civil propio de la Comunidad Autónoma para que la competencia funcional venga atribuida al Tribunal Superior de Justicia correspondiente.

Ahora bien, el examen del tribunal no debe detenerse en el cumplimiento formal del presupuesto señalado. La norma que el recurrente afirma haber sido infringida ha de ser de aplicación a la cuestión objeto de recurso y, si se alegara la existencia de interés casacional, ha de guardar conexión con la doctrina jurisprudencial con la que colisiona²⁹ o con la se dice inexistente. Si el

²⁸ Esta previsión legal se debe a la Ley de Demarcación y Planta de 1988 que vino a dar respuesta a la duda suscitada por la redacción de la LOPJ que silencia este aspecto. De allí pasó a la LEC de 1881 (art. 1730) y de ésta a la vigente LEC de 2000.

²⁹ El ATSJ de Aragón de 28 de octubre de 2005 hace suya la doctrina del TS conforme a la que la carga de explicar y acreditar el interés casacional pesa sobre el recurrente, quien debe “facilitar los datos precisos para que el Tribunal pueda constatar la efectiva presencia del interés casacional, que ha de resultar real y no meramente artificial o instrumental, pues de no ser ello así equivaldría a admitir el recurso de casación por la simple y unilateral afirmación de existencia de interés casacional, algo que no resulta conciliable con su naturaleza de recurso extraordinario”. En repetidas ocasiones el TSJ de Aragón ha procedido a inadmitir el recurso no obstante el cumplimiento formal de las exigencias legales para su

recurso aduce la infracción de una norma civil aragonesa con la sola intención de provocar la competencia funcional del Tribunal Superior de Justicia, la Sala así lo advertirá razonadamente para declararse incompetente para conocer del recurso. Este tipo de competencia es cuestión de orden público excluida del poder de disposición de las partes, por lo que no puede venir determinada —tanto en lo que se refiere a la elección como a la exclusión del conocimiento de un determinado órgano— por la mera invocación de la norma que se considera infringida, lo que comporta que debe procederse al examen de ésta a la luz de la pretensión impugnatoria y de la resolución recurrida.

La atribución a los Tribunales Superiores de Justicia de los recursos de casación fundados conjuntamente en infracción de norma estatal y norma autonómica potencia la labor creadora de jurisprudencia foral encomendada a aquellos, evitando que por la acumulación de pretensiones impugnatorias pudiera abrirse una importante espita en contra de la deseada uniformidad. Ésta no se encuentra cerrada del todo por lo que a este extremo respecta. El art. 5.4 LOPJ dispone que cuando el recurso se fundamenta en infracción de precepto constitucional, la competencia para decidirlo corresponderá *siempre* al Tribunal Supremo.

Conviene precisar que el art. 5.4 LOPJ no añade supuesto alguno de recurribilidad en casación a lo establecido por el art. 477 LEC, es decir, la casación no queda abierta a todos aquellos casos en que se alegue la vulneración de un precepto constitucional, sino sólo cuando proceda el recurso conforme a lo establecido por la Ley de Enjuiciamiento Civil³⁰ —recuérdese, además, que

formulación, desvelando que no se pretendía tanto la adecuada aplicación de la norma como la modificación de los elementos probatorios tenidos en cuenta por la sentencia recurrida (autos de 5 de junio de 2002, 2 de diciembre de 2005, 24 de octubre de 2007).

³⁰ En este sentido, BELLIDO PENADÉS, “La protección de los derechos fundamentales en el recurso de casación civil”, en *El recurso de casación civil* (dir.: BONET NAVARRO, J.; coord.: MARTÍN PASTOR), Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2010, pg. 356.

las vulneraciones del art. 24 CE deben denunciarse a través del recurso extraordinario por infracción procesal—. Por la vía del art. 477.2.1º LEC sólo son recurribles las sentencias dictadas en procesos que tengan por objeto la tutela de derechos fundamentales³¹, lo que lleva a excluir del acceso a la casación por este cauce todo recurso que invoque la infracción de un precepto constitucional que no goce de la protección dispensada por el recurso de amparo³². La consecuencia que ha de extraerse de lo previsto en el art. 5.4 LOPJ es que éste sólo contiene una regla de competencia, no de procedibilidad del recurso.

De lo expuesto, se desprende que pueden darse dos tipos de situaciones distintas con trascendencia para el tema que nos ocupa: a) de un lado, el recurso puede fundarse conjuntamente en infracción de precepto constitucional y en infracción de norma foral y traer causa de un proceso que haya tenido como objeto la tutela de los derechos fundamentales; b) de otro, el recurso puede fundarse conjuntamente en infracción de precepto constitucional y en infracción de norma foral y traer causa de un proceso que no haya tenido como objeto la tutela de los derechos fundamentales. Entran en conflicto dos consideraciones de índole distinta: a) por una parte, el acceso a la casación lo tiene despejado la primera de las situaciones expuestas por el cauce del art. 477.2.1º LEC ya que el proceso ha tenido por objeto la tutela de los derechos fundamentales que es lo exigido por el Tribunal Supremo en su interpretación de este artículo; la combinación de la norma referida con lo dispuesto en el art. 5.4 LOPJ conduce a concluir que la competencia corresponde al Tribunal Supremo; b) por otra parte,

³¹ BELLIDO PENADÉS, *op. cit.*, propugna una interpretación extensiva del supuesto de recurribilidad que recoge el art. 477.2.1º LEC “mediante la que se permita el acceso a esta vía de acceso al recurso de casación a las sentencias dictadas en procesos en los que, aunque el objeto del proceso no fuera *ab initio* la protección de derechos fundamentales sustantivos, la tutela de derechos de dicha naturaleza constituya o forme parte del proceso con posterioridad”.

³² Este criterio es el mantenido por el Tribunal Supremo; sirvan como ejemplo los AATS de 24 de enero de 2006 (JUR 2006, 170442), 21 de marzo de 2006, JUR 2006, 170442), 28 de marzo de 2006 (JUR 2006, 145596).

el acceso a la casación de la segunda de las situaciones quedaría expedito si la cuantía excediera de la indicada en el art. 2 LCFA o si concurriera el interés casacional en los términos descritos por el art. 3 LCFA: si el recurso se dirigiera ante el Tribunal Superior de Justicia por alguna de estas vías, no obstante ser procedente el recurso, la competencia debe corresponder al Tribunal Supremo, en virtud de lo establecido en el art. 5.4 LOPJ³³. La admisibilidad del recurso por haberse invocado infracción de precepto constitucional —conjuntamente con la infracción de otra norma legal— no está condicionada a la procedencia del recurso por la vía del ordinal primero del art. 477.2 LEC, sino a los requisitos exigidos por el cauce que se siga (la cuantía o el interés casacional); lo que se colige del art. 5.4 LOPJ es que también en estos casos el llamado a conocer del recurso es el Tribunal Supremo.

Aún cabría apuntar una tercera situación: se trata de aquellos supuestos en que se aduce la aplicabilidad del precepto constitucional como canon interpretativo de la norma foral. En tales casos, la competencia corresponde al Tribunal Superior de Justicia. Éste es el parecer del Tribunal Supremo expresado en su sentencia de 15 de junio de 2001 (RJ 2001, 4340) que, con apoyo en autos anteriores de la misma Sala y citados en aquélla, niega que de un hipotético desajuste de la aplicación de la norma foral

³³ De parecer diverso se mostraban MONTERO AROCA y FLORS MATÍES, *Los recursos en el proceso civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pg. 570: partiendo de que la Constitución es norma suprema de todo el Estado e inspiradora en igual medida del ordenamiento estatal y de los autonómicos, sostenían que “no parece aceptable constituir una reserva para la interpretación de todo precepto constitucional a favor del Tribunal Supremo a pesar de que el objeto del proceso estuviera constituido por una cuestión de Derecho foral o especial, disgregando de este modo la resolución de un recurso cuyo objeto esencial fuera de Derecho civil propio de una Comunidad y sustrayendo su decisión al órgano en el que culmina, dentro de ella, la organización judicial, mucho más cuando el Tribunal Supremo no es el órgano encargado del control constitucional”. De este impecable argumento debería tomar nota el legislador en la futura reforma que acometa a este respecto; pero el modo en que hoy están dispuestas las cosas, aunque merecedor de crítica, difícilmente puede ser sometido a una interpretación que se acomode al sentido de esa crítica.

por los tribunales de instancia pueda derivarse automáticamente la competencia hacia el Tribunal Supremo “porque en tal caso el órgano de casación autonómico quedaría marginado de una labor tan trascendental y propia como es la de decidir cuál es la interpretación de la norma civil foral más ajustada a la Constitución”.

La vieja LEC de 1881 incorporó en 1992 una norma de indudable interés a este respecto: el art. 1732 establecía que si el Tribunal Supremo, en la decisión del recurso, estimase que no concurría la infracción del precepto constitucional invocado, debía remitir las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia correspondiente cuando le recurso se hubiera fundado, además, en infracción de norma del Derecho civil propio del a Comunidad Autónoma. Nada parecido recoge la vigente LEC. El silencio en su articulado se explica porque el Proyecto de reforma de la LOPJ que acompañaba al de la nueva LEC preveía la derogación del art. 5.4 LOPJ, con lo que el problema competencial desaparecía; frustrada esa modificación, la LEC hubo de establecer un régimen provisional en materia de recursos extraordinarios que es el que recoge la disposición final decimosexta. Nada se dice en ella del tenor de lo que disponía el citado art. 1732 de la LEC de 1881.

La constitucionalidad del art. 5.4 LOPJ fue cuestionada en su momento: la STC 56/1990, de 29 de marzo, declaró que dicha norma es acorde a la Constitución. Quedaba en al aire el tratamiento procesal que debía darse a un recurso que invocara conjuntamente infracciones de precepto constitucional y de norma foral, es decir, si la competencia del Tribunal Supremo debe atraer para sí el conocimiento de la pretensión impugnatoria basada en la infracción de norma civil foral como consecuencia de la inescindibilidad del recurso. Tras alguna vacilación inicial³⁴, el Tribunal Supremo ha entendido que una vez resuelto el motivo

³⁴ El ATS de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 250) sostuvo que, dada la imposibilidad de dividir la continencia del recurso, la Sala debía examinar en su integridad el recurso viendo también el derecho propio de la Comunidad Autónoma.

fundado en infracción de precepto constitucional, y según lo que resulte de ello, procede la remisión de los autos al Tribunal Superior de Justicia para que conozca de los restantes motivos [ATS de 4 de diciembre de 2008 (JUR 2009, 2176)]³⁵.

3.2. Pluralidad de pretensiones impugnatorias formuladas en recursos distintos

La vigente LEC de 2000 —igual que hacía la anterior tras la reforma de 1992— guarda silencio respecto de cómo ha de procederse cuando una parte recurra con fundamento en la infracción de una norma estatal y otra lo haga alegando infracción de una norma foral. Del art. 486.2 se infiere la debida acumulación de recursos, puesto que ordena el trámite bajo la premisa de una sustanciación única en el caso de que fueran varias las partes recurrentes³⁶. Éste ha sido también el criterio del Tribunal Supremo expresado en su auto de 1 de abril de 2003 (RJ 2003, 3664) que aduce como razón la integridad objetiva del proceso y la necesidad de decidirlo en una sola sentencia.

El silencio normativo ha de resolverse conforme a lo establecido para el caso de que en un solo recurso se acumulen dos o

³⁵ Respecto del examen de esta cuestión en el trámite de admisión, entiende LÓPEZ SÁNCHEZ, *El interés casacional*, cit., pg. 296, que para conocer del recurso, sería necesario apreciar la existencia de interés casacional en ambos motivos: “deberá afirmarse, respecto de la infracción de precepto constitucional, bien la oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, bien la existencia de contradicción en su aplicación por las Audiencias Provinciales. Si el motivo fuese inadmitido, en tal caso el Tribunal Supremo debería declararse incompetente y remitir el conocimiento del motivo por infracción de Derecho civil, foral o especial al correspondiente TSJ, si concurriesen el resto de presupuestos que funda su competencia”.

³⁶ Con mayor claridad lo decía el art. 1725 de la LEC derogada: “Cuando se interpongan dos o más recursos contra una misma sentencia o resolución, se sustanciarán y decidirán acumulados en una sola pieza”. La disposición final decimosexta de la LEC establece, en la regla cuarta de su apartado primero, con referencia al recurso extraordinario y al recurso de casación, que éstos han de tramitarse acumuladamente.

más pretensiones impugnatorias con fundamentos diversos determinantes, de ser examinadas por separado, de su atribución a distinto órgano. En tal supuesto la ley ha querido otorgar *vis attractiva* a la impugnación basada en infracción de norma foral; de igual modo y por la misma razón —la formación de una jurisprudencia foral que emane del correspondiente órgano que culmina la organización judicial en la Comunidad Autónoma— ha de concluirse que bastará para determinar la competencia del Tribunal Superior de Justicia que uno de las partes funde su recurso en la infracción de norma foral, aunque la otra formule el suyo invocando infracción de norma estatal. Esta regla sólo cederá cuando uno de los recursos tenga por fundamento la infracción de un precepto constitucional en los términos antes señalados.

4. LA TRASCENDENCIA PROCESAL DE LA FORMULACIÓN DEL MOTIVO

4.1. En la determinación de la competencia

Repetidamente ha habido ocasión de señalar que el motivo es determinante de la competencia, pues de no fundarse en infracción de norma del Derecho civil propio de la Comunidad Autónoma deberá conocer de él el Tribunal Supremo. El motivo de impugnación del recurso que hace competente al Tribunal Superior de Justicia goza de una especial fuerza atractiva, pues determina que éste lo sea también para conocer de la pretensión acumulada por el mismo recurrente fundada en infracción de norma estatal, así como del recurso planteado por la otra parte cuando ésa sea también la naturaleza de la infracción alegada.

Asimismo, y conforme a lo establecido en el art. 478.2 si el mismo recurrente preparara dos recursos, uno ante el Tribunal Supremo y otro ante el Tribunal Superior de Justicia, se tendrá por no preparado el primero de ellos, en cuanto se acredite esta

circunstancia, lo que significa que el segundo seguirá su curso: el legislador ha dispuesto una sanción para quien no acumula las pretensiones impugnatorias en un mismo recurso, pero tal sanción gravita sólo sobre una de ellas, no sobre la otra, precisamente la que provoca la competencia del Tribunal Superior de Justicia. No hay, en este caso, trámite alguno de subsanación ni previsión de que el recurso que se tiene por no preparado quede en suspenso o pueda prepararse de nuevo si el otro se inadmite. El recurso de casación foral se sustanciará conforme a lo alegado exclusivamente en él, con independencia de cualquier otra circunstancia que pudiera haberse planteado en el que ha quedado rechazado de plano.

Es una regla que se reitera en todo el proceso —en la primera instancia y en los recursos, en los procesos ordinarios y en los especiales— que el examen de la competencia se lleve a cabo por el tribunal —y, hoy, previamente por el secretario— al comienzo de las actuaciones, de modo que lo que haya de advertirse a este respecto por el órgano jurisdiccional o discutirse por las partes quede resuelto en un momento temprano del grado jurisdiccional de que se trate y no en un estado avanzado que haga inútil, en su caso, el esfuerzo y el tiempo invertidos. A la par, dado el carácter de orden público que tiene la competencia funcional, la ley dispone la sanción de nulidad cuando lo actuado se haya llevado a cabo con falta de ese presupuesto. Ambas cuestiones se proyectan sobre la materia que nos ocupa.

El primer examen corresponde a la Audiencia Provincial ante la que se prepara el recurso de casación. Si ésta entiende que el recurso va dirigido a un tribunal que carece de competencia funcional para conocer de él, dictará auto de inadmisión; el recurrente dispondrá de un plazo de cinco días para prepararlo ante el tribunal que corresponda y si no lo hace, la sentencia devendrá firme (art. 62 LEC). No obstante, si el recurrente discrepa del criterio de la Audiencia, podrá interponer recurso de queja. Adviértase que el control de la competencia funcional que se lleva a cabo por la Audiencia o por

el órgano superior al resolver la queja se realiza a la vista de lo expresado en el escrito de preparación (art. 480 LEC), lo que significa, en lo que atañe a la infracción de la norma que funda la impugnación, que el recurrente sólo tiene la carga de expresar cuál es la que considera cometida, lo que de ordinario se entiende cumplido con la cita del precepto y del cuerpo legal correspondiente.

Si el recurso se ha tenido por preparado, la competencia puede ser examinada en segundo término por el tribunal al que se haya dirigido el recurso. Conforme a lo preceptuado por el art. 484 LEC, el examen de la competencia por el tribunal de casación ha de ser realizado en el trámite de admisión con carácter previo al de los demás extremos cuya concurrencia ha de verificarse para superar el control de admisibilidad. El examen se lleva a cabo de oficio, como corresponde a la naturaleza del presupuesto que es objeto de fiscalización. Si no se considera competente, debe dar trámite de audiencia a las partes por plazo de diez días; cumplido el trámite, si la Sala sigue manteniendo su falta de competencia, lo declarará así por auto y ordenará que se remitan las actuaciones al tribunal competente y que se emplace a las partes para que comparezcan ante él en el plazo de diez días. Si es el Tribunal Supremo el que ha declinado el conocimiento del recurso, el Tribunal Superior de Justicia no podrá inhibirse (art. 484.2 LEC); *a sensu contrario*, si es el Tribunal Superior de Justicia el que ha dictado el auto de inadmisión y remitido las actuaciones, nada impide que el Tribunal Supremo examine nuevamente su competencia y decida definitivamente abstenerse de conocer, en cuyo caso será el Tribunal Superior de Justicia el que deberá hacerlo.

Repárese en que el examen de la competencia que lleva a cabo el tribunal *ad quem* tiene lugar cuando ya se ha presentado el escrito de interposición, esto es, cuando el recurrente ha expuesto, con la necesaria extensión, sus fundamentos (art. 481.1 LEC), lo que permite pronunciarse sobre la competencia funcional con una base mayor que la que proporciona el escrito de preparación,

de modo que a la posibilidad de error padecido por el órgano *a quo*, se suman otras consideraciones para que la decisión vaya en un sentido diferente a la pronunciada al resolver la preparación del recurso o, eventualmente, la queja.

El examen de la competencia precede, en todo caso y particularmente en esta fase residenciada ante el tribunal *ad quem*, al de la recurribilidad de la sentencia y de los demás requisitos de admisibilidad. Puede ocurrir que, superado con éxito el primero, el segundo depare que la pretensión impugnatoria basada en la infracción de norma foral —esto es, la que determina que el recurso venga atribuido al Tribunal Superior de Justicia— se inadmita; si a aquélla se ha acumulado alguna otra fundada en infracción de norma civil estatal surge la pregunta de qué suerte ha de correr esta segunda.

Parece difícilmente justificable que el Tribunal Superior de Justicia deba conocer de ella: no es él el que tiene encomendada la función de formar jurisprudencia sobre el derecho estatal, no le corresponde confirmarla, matizarla ni corregirla —en caso de que se haya alegado contradicción— ni unificarla —si la contradicción se advierte entre sentencias de las Audiencias— ni tampoco establecerla por vez primera —si es que sobre esa materia no hubiera jurisprudencia—³⁷. Si el Tribunal Superior de Justicia no puede cumplir la función casacional decidiendo el recurso, lo procedente es que no conozca de él; si la razón habilitante de su competencia funcional no existe, debe declinar el conocimiento del asunto, pues en otro caso estaría actuando sobre la base de un presupuesto del que carece y, al tiempo, propiciando que uno de los litigantes pudiera provocar que conociera el órgano al que no le corresponde hacerlo. Ahora bien, la duda que surge en tal caso es si el recurso debe ser inadmitido en su conjunto o si debe remitirse al órgano competente para que conozca de la pretensión impugnatoria fundada en la infracción de norma es-

³⁷ Véase, a este respecto, FERNÁNDEZ URZAINQUI, "El recurso de casación civil foral...", cit., pgs. 41 y 42.

tatal. Esta segunda posibilidad favorece el ejercicio del derecho al recurso y permite que el órgano competente forme la jurisprudencia en la materia en que está llamado a hacerlo³⁸; además, constituye una solución similar a la que ha adoptado el Tribunal Supremo cuando, formulado un recurso con invocación de precepto constitucional y de norma foral, se inadmite el primero de los fundamentos y se ordena que siga por el segundo remitiendo las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia.

Sin embargo, es la otra tesis la que ha prosperado. El ATS de 20 de mayo de 2008 (RJ 2008, 4140) proporciona las claves de su acogida que podemos resumirlas así: a) la falta de cobertura legal para proceder de otro modo: “no se ha previsto la posibilidad de que, asumida la competencia para el conocimiento de un recurso, el órgano que esté conociendo del mismo resuelva parcialmente y revise su propia competencia”; b) la inconveniencia de dividir la continencia del recurso: “las cuestiones que plantean las partes no son, como norma, compartimentos estancos que permitan dividir la continencia del recurso”; c) la dificultad que entraña para el curso procedimental de la impugnación: “las evidentes disfunciones que ello acarrearía en la tramitación del recurso”; d) la falta de paralelismo con el modo de proceder cuando se observa que la infracción de precepto constitucional alegada es infundada: “se trata de supuestos extraordinariamente puntuales en los que, sin necesidad de un examen de la cuestión de fondo —y ello es importante— se advierte que la cita del precepto es puramente circunstancial, por entender que con ello se contradice el claro designio del legislador de que la infracción de Derecho Foral o especial sea examinada por el Tribunal Superior de Justicia que corresponda, intención que se sitúa en una voluntad evidente de reforzar la labor de los Tribunales Superiores de Justicia dentro de la evolución del desarrollo autonómico”. Cabe formular algunas objeciones a este respecto: la falta de previsión legal no aboca

³⁸ Propugnaba que se siguiera esta solución MUÑOZ JIMÉNEZ, *en Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, (coord.: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, RIFÁ SOLER y VALLS GOMBAU), t. II, Barcelona, Iurgium, 2000, pg. 2298.

necesariamente en la adopción de la solución anotada; como ha quedado dicho, en el caso de la infracción de precepto constitucional y de norma foral, también se observa la carencia de una regla que expresamente disponga la remisión al Tribunal Superior de Justicia si el Tribunal Supremo concluye que la primera es infundada; tan “puntuales” pueden ser unos como otros supuestos, no es la frecuencia de los casos lo que justifica una solución u otra, sino la razón que se descubra para ellos; si bien es cierto que el designio de que el conocimiento del recurso fundado en infracción de norma foral no debe escapar del conocimiento del Tribunal Superior de Justicia, no se adivina cuál puede ser el que conduce a concluir que si no se aprecia tal infracción, quede excluida la posibilidad de que el Tribunal Supremo forme jurisprudencia sobre la norma estatal que se afirma infringida por el recurrente en tales casos; la existencia de disfunciones en la tramitación no deriva necesariamente de la remisión del recurso por la apreciación de la falta de competencia funcional.

Aún hay que señalar un último supuesto que atañe a la falta de competencia como consecuencia del motivo de impugnación. Cabe que el recurso haya superado los filtros ya vistos en la fase de admisión, y que sea al realizar el enjuiciamiento de la infracción cuando se ponga de relieve que la norma infringida no es la invocada por el recurrente, sino otra, que es la que resulta aplicable sin alterar la causa de pedir, o que para determinar si se ha producido la infracción aducida, sea preciso integrar la norma con lo dispuesto en un precepto distinto. En tales casos lo que puede suceder es que la norma sobre la que debe realizarse el juicio por el órgano de casación —cuya infracción no ha sido denunciada— pertenezca al ordenamiento foral, mientras que la invocada sea una norma del Derecho civil general, esto es, de procedencia estatal. Conviene recordar que la mera cita del precepto que el recurrente estima infringido no es por sí sola determinante de la competencia, pues si lo fuera, supondría dejar en manos de uno de los litigantes la fijación de un presupuesto procesal que escapa a su poder de disposición. El criterio que debe prevalecer

es el que resulta de la fuente normativa aplicable³⁹ y así, aunque el recurrente haya invocado como infringido un precepto del Código civil, bien puede resultar que lo sea el de una ley aragonesa por ser el que ordena la materia de que se trate en el caso concreto. El problema se torna más complejo porque lo dicho se aprecia una vez superado el trámite de admisión, esto es, una vez que ya se ha realizado por el tribunal *ad quem* el juicio sobre la competencia funcional en el momento en que lo ordena la ley. La falta de competencia funcional no se comporta como una causa más de las que determinan la inadmisión del recurso; ya ha habido ocasión de señalar que lo procedente es remitir las actuaciones al órgano correspondiente. Por ello, no sería ajustado al mandato legal resolver diciendo que puesto que toda causa de inadmisión se convierte en causa de desestimación, apreciado en el momento de la decisión que el tribunal que debe resolver no es el que lo está haciendo, procede desestimar el recurso. El Tribunal Supremo, en casos como el planteado, ha decidido el recurso aplicando normas civiles aragonesas⁴⁰. Esto significa que no obstante haberse determinado la competencia por la concreta formulación del motivo, el Tribunal ha extendido su ámbito de conocimiento a una materia que hubiera conducido a una determinación de la competencia distinta. Suceden, entonces, dos cosas dignas de atención: de un lado, se produce una suerte de sanación de un vicio insubsanable, pues si la falta de competencia es causa de nulidad (art. 225.1º LEC), parece que lo procedente sería dictar una resolución declarándolo así y permitir la correcta sustanciación del recurso; de otro lado, el tribunal de casación que conoce del recurso por una infracción que le haría declinar su competencia, ofrecerá —si casa la sentencia— una interpretación de la norma foral, lo que propicia que forme jurisprudencia sobre el Derecho aragonés. Estas dos observaciones deparan un resultado técni-

³⁹ Así lo señala BONET NAVARRO, A., “La casación foral”, cit., pg. 83.

⁴⁰ Así lo hizo en la STS de 1 de julio de 1996 (RJ 1996, 5549), comentada por BONET NAVARRO, A., en “Facultades del TS para enjuiciar y controlar la aplicación del Derecho civil foral...”, cit.

camente insatisfactorio y políticamente confuso: el tratamiento procesal de la competencia funcional no queda bien definido y el propósito de contar con una jurisprudencia uniforme presenta una fisura que lo debilita⁴¹.

4.2. El interés casacional en relación con el motivo de infracción de norma foral

La concurrencia del interés casacional en la casación foral aragonesa presenta un relieve menor que en la casación general puesto que, por virtud de lo establecido en el art. 2 LCFA, cuando la cuantía del asunto exceda de tres mil euros, o sea imposible de calcular, el recurso tiene abiertas las puertas de acceso de manera incondicionada. Sólo en los demás casos, la sentencia precisa, para ser recurrible en casación, presentar interés casacional.

El legislador aragonés ha dispuesto criterios especiales de definición del interés casacional respecto de cómo viene éste configurado por el legislador estatal (arts. 3 LCFA y 477.3 LEC). Por su relación con el motivo de impugnación —la infracción de ley— y con la finalidad de la casación —la creación de jurisprudencia uniforme— parece oportuno efectuar alguna consideración sobre ello.

El primer criterio determinante del interés casacional en la ley aragonesa se refiere a la contradicción con la doctrina jurisprudencial. Viene entendiéndose, de ordinario, que ésta es la creada por el órgano de casación al resolver los recursos de este tipo. Ahora bien, si el fin perseguido es la uniformidad de la jurisprudencia, habrá que convenir que ésta se dificulta —cuando

⁴¹ A este respecto, observaba BONET NAVARRO. A., “La casación foral”, cit., pg. 89: “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”.

no se imposibilita— si se admite más de una fuente de creación de jurisprudencia. Corregir esa falla del sistema puede hacerse por una doble vía: mediante la modificación de las normas de competencia funcional y mediante la limitación del ámbito en que el tribunal de casación puede uniformar la jurisprudencia. Lo primero exigiría que siempre que se invoque la infracción de norma del Derecho civil propio de una Comunidad Autónoma, el competente para conocer del recurso fuera el Tribunal Superior de Justicia correspondiente, esto es: con independencia de que el órgano que haya dictado la resolución impugnada esté sito o no en esa Comunidad Autónoma y con independencia de que en el recurso se acumule una pretensión impugnatoria que tenga por objeto la infracción de un precepto constitucional. Lo segundo requiere hacer coincidir el ámbito determinante de la competencia del tribunal de casación con el marco en que puede crear jurisprudencia, esto es: si lo que provoca la competencia funcional del Tribunal Superior de Justicia es la infracción de una norma del Derecho civil de su Comunidad Autónoma, su facultad creadora de jurisprudencia sólo puede ir referida a ese ordenamiento y, de igual modo, la facultad creadora de jurisprudencia del Tribunal Supremo sólo podrá proyectarse sobre el Derecho estatal. Para ello, sería deseable —desde una consideración de técnica legislativa y también de oportunidad política— que los preceptos procesales reguladores de la casación lo expresaran con claridad, especialmente si persiste una regulación como la actual en materia de competencia funcional puesto que posibilita que el Tribunal Supremo pueda conocer de recursos fundados en infracción del Derecho civil aragonés. Una solución como la sugerida podría defenderse sin forzar el tenor literal del art. 477.3 LEC. Sin embargo, el art. 3.1 LCFA parece excluirla porque, al definir el interés casacional, ha admitido expresamente la posible existencia de doctrina jurisprudencial aragonesa creada por el Tribunal Supremo; más aún: cuando ésta exista y no la haya del Tribunal Superior de Justicia, la redacción del precepto invita a considerar que el recurrente no podrá aducir con éxito que no existe doctrina jurisprudencial en relación con las normas

aplicables, lo que supone angostar las posibilidades de creación de jurisprudencia por el Tribunal Superior de Justicia, algo que resulta contrario al propósito de la Ley aragonesa conforme a lo proclamado en su preámbulo⁴².

De todos modos, conviene dejar anotado un dato extraído del proceder del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Podría parecer, conforme a lo antes señalado, que la dualidad de fuentes de doctrina jurisprudencial opera en una suerte de compartimentos estancos, de modo que la creada por cada tribunal sólo podría ser corregida o cambiada por el que la creó. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha mantenido un criterio distinto y no ha dudado en matizar —éste es el verbo empleado— la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre una norma civil aragonesa —concretamente, se trataba del art. 144 CDCA, que establece el régimen normal de luces y vistas— aduciendo para ello la competencia casacional que le otorga el art. 73 LOPJ [SSTSJA de 13 de noviembre de 2002 (RJ 2010, 2426), 23 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1698) y 4 de febrero de 2009 (RJ 2009, 3268)]⁴³.

⁴² El preámbulo, tras destacar la extraordinaria importancia de la jurisprudencia en la tarea de revitalizar el Derecho aragonés, subraya que el recurso de casación debe permitir al Tribunal Superior de Justicia de Aragón (y sólo se refiere a él) crear la jurisprudencia que complementa el ordenamiento civil aragonés y para ello entiende aconsejable que los requisitos procesales de acceso a la casación hagan posible la utilización de este recurso en un número mayor de litigios sobre Derecho civil aragonés.

⁴³ A este respecto, comparto el parecer expresado por FERNÁNDEZ URZAINQUI, "El recurso de casación civil foral...", cit., pgs. 62 y 63 (en el caso navarro, no son pocas las resoluciones del TSJ de esa Comunidad las que brindan apoyo a las opiniones mantenidas por el autor). De lo dicho por él, me permito destacar algunas ideas: a) la oposición a la doctrina jurisprudencial invocable como interés casacional en un recurso de casación foral ante el correspondiente TSJ ha de referirse a la sentada por ese Tribunal sobre normas del Derecho civil propio; b) la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del TS constituye una alegación inidónea para justificar el interés casacional en un recurso de casación foral ante un TSJ que, en ningún caso, podría reconsiderar, revisar, mantener, corregir o enmendar la doctrina del Tribunal Supremo cuya contradicción se denuncia; c) la inidoneidad de tal alegación alcanza incluso a

Nada tiene de especial el segundo supuesto de interés casacional definido por la Ley aragonesa (art. 3.2 LCFA) —que hace referencia a la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales— con respecto al formulado en el mismo sentido por el art. 477.3 LEC.

En cambio, con el tercero (art. 3.3 LCFA) vuelve a evidenciarse alguna diferencia. El art. 477.3 LEC dice que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida “aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido”. Este requisito del tiempo de vigencia de la norma no lo exige cuando se trata del recurso de casación foral. En tal caso —conforme a lo establecido en el párrafo segundo del citado precepto— basta la inexistencia de doctrina jurisprudencial del respectivo Tribunal Superior de Justicia. En cambio, el art. 3.3 LCFA ha incorporado el requisito del tiempo de vigencia —cifrado también en cinco años— para los casos en que la sentencia recurrida aplique normas del Derecho civil aragonés. La STSJ de Aragón de 18 de septiembre de 2008 (RJ 2009, 1728) se refiere a esta cuestión, bien es verdad que un pronunciamiento que cabría calificar de *obiter dicta* pues, por un lado, entiende que la admisión del recurso es ajustada a derecho por tratarse de un supuesto en que no existe doctrina jurisprudencial sobre la cuestión litigiosa suscitada (art. 3.1 LCFA) y, por otro, al referirse a la norma con menos de cinco años de vigor, señala que no ha habido denuncia de infracción de dicha norma y que la alusión a ella es irrelevante a los efectos de admisión del recurso; es en ese momento cuando añade que “en materia de Derecho Civil propio de las Comunidades Autónomas no se exige cortapisa alguna de orden temporal, bastando para acceder a la casación con el mero hecho de

la exégesis e interpretación de la norma foral realizada por el TS cuando éste era el órgano único de casación; d) si no hubiera jurisprudencia del TSJ sobre una materia foral ya tratada por el TS será la inexistencia de jurisprudencia de aquél el interés casacional habilitante del recurso.

que no exista doctrina jurisprudencial, al estar los ordenamientos civil autonómicos más necesitados de pronunciamientos jurisdiccionales que armonicen y clarifiquen la interpretación de sus disposiciones". El razonamiento se ajusta a la perfección con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero tropieza con la literalidad del art. 3.3 LCFA que, lamentablemente, propicia una interpretación más restrictiva de los requisitos de acceso que la Ley de Enjuiciamiento Civil, justo lo contrario de lo que pretende. Contrasta este precepto con el tenor del art. 4.2.b) del Anteproyecto de la Ley reguladora del recurso de casación en materia de Derecho civil de Cataluña cuyo segundo párrafo dice: "El tiempo de vigencia de la norma en relación con la cual se alega la falta de jurisprudencia no impide el acceso a la casación en ningún caso". Significativamente, el informe del CGPJ, de 21 de junio de 2010, dice que esta previsión "no supone novación alguna respecto de la normativa prevista en la propia LEC"⁴⁴, lo que le conduce a aconsejar su supresión. Bien es cierto, también, que el mismo órgano —en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley sobre la casación foral aragonesa, de 9 de marzo de 2005— estimó, respeto del texto del artículo que ha acabado siendo el de la ley vigente, que, su coincidencia en lo esencial con el art. 477.3 LEC "al que nada sustancial añade o resta". Pero lo que es de señalar, en este momento, es que el precepto de la ley aragonesa estrecha la apertura del recurso.

⁴⁴ Y añade que lo dicho se corrobora, a su vez, por lo establecido en el art. 483.2.3º LEC "que a diferencia de lo previsto en el párrafo primero, no efectúa mención alguna a la antigüedad de la norma infringida, habida cuenta que se limita a contemplar, como motivo de inadmisión del recurso de casación del que debe de conocer el Tribunal Superior de Justicia, el hecho de que el citado Tribunal haya sentado doctrina sobre la norma discutida o sobre otra anterior de contenido igual o similar".

VI. LA JURISPRUDENCIA FORAL

María Ángeles PARRA LUCÁN

CATEDRÁTICA DE DERECHO CIVIL
UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

SUMARIO: 1. LA FUNCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA: 1.1. La jurisprudencia. 1.2. La jurisprudencia foral.– 2. LA JURISPRUDENCIA EN EL RECURSO DE CASACIÓN: 2.1. De motivo de casación a motivo de apertura del recurso. 2.2. La jurisprudencia relevante para la apertura del recurso. Especial referencia a la doctrina del Tribunal Supremo.– 3. LA FINALIDAD DE LA CASACIÓN EN RELACIÓN CON LA JURISPRUDENCIA.– 4. LOS TEMAS DE LA JURISPRUDENCIA FORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA: 4.1. Qué es jurisprudencia. 4.2. Jurisprudencia foral y aplicabilidad del Derecho aragonés. 4.3. Jurisprudencia interpretativa y jurisprudencia creadora en la labor del Tribunal Superior de Justicia de Aragón: A) Jurisprudencia interpretativa. B) Jurisprudencia «creadora».– 5. EFICIENCIA DE LA JURISPRUDENCIA FORAL: 5.1. La eficiencia de la jurisprudencia. 5.2. La jurisprudencia foral en la experiencia legislativa posterior de la Comunidad Autónoma. 5.3. «La eficacia ejemplar de la doctrina con autoridad jurídica» en las resoluciones de las instancias aragonesas posteriores.

1. LA FUNCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

1.1. La jurisprudencia

Al abordar el tema de la jurisprudencia es habitual resaltar su valor en relación con las fuentes del derecho. Con un criterio “realista” se utilizan argumentos que tienen que ver, de una parte, con la insuficiencia de la ley y el papel que corresponde a la jurisprudencia como remedio frente a tal insuficiencia; de otra, con la labor creadora de la jurisprudencia que, paulatinamente, con su doctrina, iría enriqueciendo y aun enmendando la obra legislativa¹. La jurisprudencia tiene un extraordinario valor desde el punto de vista de la realidad, pues los abogados y los prácticos la emplean habitualmente como elemento de argumentación, los Tribunales la acogen para fundar en ella sus propias sentencias y los académicos la estudiamos y comentamos, dando por supuesto que constituye una guía o directriz para resolver los conflictos; se habla, por ello, del Derecho efectivamente realizado frente al Derecho cristalizado en los textos legales, del poder fáctico de la jurisprudencia². Resulta preciso, por tanto, indagar sobre el va-

¹ Especial mención debe hacerse, por la fuerza con que defiende la función verdaderamente creadora de quienes tienen la función de interpretar y aplicar la ley, PUIG BRUTAU, J., *La jurisprudencia como fuente del Derecho, Interpretación creadora y arbitrio judicial*, Bosch, Casa Editorial, sin fecha, ¿1952?, en su totalidad.

² Por todos, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Manual de Derecho civil*, 2ª ed., Barcelona, José María Bosch Editor, S. A., 1984, p. 74; DÍEZ-PICAZO, L., “Artículo 1.6”, *Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo título preliminar del Código y la Ley de 2*

lor y significado de la jurisprudencia que, en última instancia, dependerá de la función encomendada a los órganos de donde procede al dictar sus resoluciones.

Es muy llamativo que afirmaciones del estilo de las referidas sobre el sentido y significado de la jurisprudencia se repiten por los autores con independencia de la concreta regulación de la casación y prescindiendo también de la existencia o no de un precepto que se refiera al valor de la jurisprudencia³. La consideración de este dato ha podido llevar a pensar que las declaraciones sobre el valor de la jurisprudencia sólo tienen una fuerza dialéctica frente al legalismo, con el fin de destacar la necesidad de interpretar la ley y la trascendencia de la labor judicial⁴.

En la actualidad, nadie discute la insuficiencia de la ley ni tampoco la labor creadora propia de toda actividad judicial al interpretar y aplicar las normas, pues esta labor nunca se limita a una mecánica aplicación de la ley. Por ello, en un paso más, procediendo de un modo más cuidadoso, conviene distinguir aspectos que se sitúan en planos diferentes: de una parte, el “valor jurídico” de la jurisprudencia como doctrina jurisprudencial⁵

de mayo de 1975, vol. I, Madrid, Tecnos, 1977, p. 132; DÍEZ-PICAZO, L., “La jurisprudencia”, *El poder judicial*, Vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pp. 263-284.

³ Vid. LALAGUNA, E., *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1969, en su totalidad.

⁴ Sigo en este planteamiento a DE LA OLIVA SANTOS, A., “La jurisprudencia en el nuevo título preliminar del Código civil”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1975, XXVIII (2), pp. 437-439.

⁵ En la actualidad, y en un sistema normativista como el nuestro, se habla de jurisprudencia para hacer referencia a las reglas de Derecho o proposiciones jurídicas que se desprenden de las sentencias de determinado Tribunal al ejercer la potestad que tiene atribuida en el ordenamiento: al interpretar y aplicar las normas —las fuentes del Derecho— a los concretos casos litigiosos enjuiciados.

Desde la reforma del título preliminar de 1974, el art. 1.6 del Código civil menciona la jurisprudencia, a la que atribuye el valor de complemento del ordenamiento jurídico, y que identifica con la *doctrina* que, de modo reiterado, establece el Tribunal Supremo (órgano jurisdiccional superior) al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. En este sentido, juris-

—que, después de la Ley de enjuiciamiento civil del año 2000, habría quedado devaluado, al dejar de ser la infracción de jurisprudencia motivo del recurso de casación para convertirse en un presupuesto para admitir el recurso—; y, de otra parte, su “efectividad”, el influjo social de la jurisprudencia, vinculado a su “carácter ejemplar”, que se concretaría, en primer lugar, en la influencia de la jurisprudencia en el legislador a la hora de abordar las sucesivas reformas legislativas, así como, en segundo lugar, en la tendencia de los Tribunales inferiores a seguir los criterios interpretativos del Tribunal de casación: no porque estén vinculados por esa doctrina, no porque estén obligados a seguirla, sino por la fuerza y el poder de convicción de los argumentos que la sustentan⁶.

prudencia no es el conjunto de las concretas decisiones singulares e irrepetibles, sino el resultado de una abstracción intelectual a partir de ellas, que comprende el estereotipo del problema y su resolución. Este significado de jurisprudencia queda mejor expresado con los términos *doctrina jurisprudencial* del art. 477.3 LEC, que reserva la expresión “jurisprudencia” (como simple conjunto de sentencias) a la procedente de las Audiencias Provinciales. En este sentido, DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal. Introducción*, 3ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, p. 135; ORTELLS RAMOS, M., “La casación en España: selección de recursos y carga de trabajo del Tribunal Supremo”, en *El recurso de casación civil*, J. BONET NAVARRO (Dir.), Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 59.

Con todo, la opción terminológica del legislador ha sido criticada por apartarse de la tradicional: vid. MUÑOZ JIMÉNEZ, F. J., “Artículo 477”, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M., VALLS GOMBAU, J. F. (coords.), vol. 2, Iurgium Editores, Atelier, Barcelona, 2000, p. 2264. Lo cierto es que los autores suelen seguir refiriéndose a la jurisprudencia como la doctrina emanada de los Tribunales de casación. La paradoja se refleja en la Ley aragonesa, que en el preámbulo se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y en el art. 3, por coherencia con la Ley de Enjuiciamiento Civil, refiere el término jurisprudencia a la procedente de las Audiencias Provinciales.

⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, Editorial Civitas S. A., reimpresión en un solo volumen de los dos publicados en 1949 y 1952, Madrid, 1984, p. 500 y ss.

1.2. La jurisprudencia foral

El art. 1 de la Compilación, que debe su redacción actual a la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, no menciona la jurisprudencia, y los juristas aragoneses suelen partir del implícito de que el valor de la jurisprudencia foral es el que resulta del art. 1.6 del Código civil⁷. Este asunto, que pudiera parecer evidente, merece una cierta atención, reflexionando no sólo sobre si realmente es así sino, incluso, acerca de si pudiera ser de otra manera, es decir, si el legislador aragonés podría atribuir a la jurisprudencia foral un valor específico y diferente respecto del Derecho civil propio.

Cuando se publica en 1974 el nuevo Título Preliminar del Código civil ya estaban aprobadas todas las Compilaciones de Derecho foral⁸ y ninguna, ni siquiera las que contenían una determinación de las fuentes (Aragón y Navarra), ni tampoco las que disponían de normas específicas sobre interpretación de sus preceptos (Cataluña, Baleares, Galicia, Navarra)⁹, mencionaba la jurisprudencia, como no lo hacía, por lo demás, con anterioridad a 1974, el propio Código civil.

⁷ Por su autoridad, vid. DELGADO ECHEVERRÍA, J., quien señala cómo en Derecho aragonés, la jurisprudencia tiene una función en principio idéntica en todo el Derecho civil español, estatal o autonómico (en *Manual de Derecho civil aragonés*, El Justicia de Aragón, 2ª ed., Zaragoza, 2006, p. 102).

⁸ El art. 2 del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuera de ley el texto articulado del Título preliminar establece que: "El presente texto articulado del título preliminar del Código civil no altera lo regulado en las compilaciones de los derechos especiales o forales".

⁹ Por lo que digo a continuación en el texto, tiene interés señalar que las Compilaciones de Cataluña en 1960 (art. 1 pár. 2), Baleares en 1961 (art. 2 pár. 2) y Galicia en 1963 (art. 2 pár. 2) ordenaban, para la interpretación de sus preceptos, tomar en consideración la tradición jurídica "encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrina" de que, se entendía, derivaban los propios preceptos. De interpretar *e integrar* (por tanto, para colmar lagunas: de integrar no hablará el texto catalán hasta la reforma después de la Constitución, en 1984 y el balear en 1990) las leyes navarras conforme a los cuerpos históricos y el Derecho romano recibido hablaba ya la ley 1 del fuero Nuevo desde 1973.

Tras la reforma del título preliminar en 1974, se consideró que el art. 1.6 del Código civil era de aplicación general y directa en toda España en virtud de lo dispuesto en el art. 13 del Código civil¹⁰. En realidad, un adecuado enfoque del problema debe atender más bien, cuando se trata de la jurisprudencia, a la razón del valor que se atribuye a las decisiones de los Tribunales, que no es otra que la potestad jurisdiccional que ejercen. Siendo única la jurisdicción, el valor de las resoluciones judiciales debe ser idéntico, con independencia del Derecho civil que apliquen. En consecuencia, el Tribunal Supremo, único órgano al que en ese momento se atribuía poder directivo en la interpretación de las normas, también hacía jurisprudencia cuando interpretaba y aplicaba el Derecho aragonés.

Cuando en 1982 el Estatuto de Autonomía de Aragón atribuyó al Tribunal Superior de Justicia la competencia para conocer del recurso de casación “en las materias de Derecho civil foral aragonés” [art. 20.1.a)], sin duda le estaba reconociendo la posibilidad de crear jurisprudencia al interpretar y aplicar las normas del Derecho civil aragonés¹¹. En 1985, el art. 73.1.a)

¹⁰ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., “Artículo 13”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO, M. Y DÍAZ-ALABART, S. (Dir.), T. I, vol. 2, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1995, p. 1105. Un análisis del problema de la aplicabilidad del Título Preliminar en el ámbito de los Derechos forales y, en concreto, en el Derecho aragonés, puede verse en LLORENTE SANZ, J., “La modificación del título preliminar del Código civil”, en *Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza*, 55, de 1 de octubre de 1974, especialmente p. 47.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., “Artículo 1.6”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO, M. Y DÍAZ-ALABART, S. (Dir.), T. I, vol. 1, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1992, p. 366.

¹¹ Aragón, de forma incomprensible, mediante la reforma de su Estatuto de Autonomía por la L.O. 5/1996, de 30 de diciembre, suprimió la competencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para conocer de los recursos de casación por infracción de normas civiles aragonesas que estaba prevista en su artículo 29. Sobre todo ello, vid. HERRERO PEREZAGUA, “La casación aragonesa tras la reforma del Estatuto de Autonomía (L.O. 5/1996, de 30 de diciembre)”, en *Revista Jurídica de Navarra* 1997, núm. 24, pp. 219 y ss.; “La competencia casacional del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Comentario al Auto del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1992”, en *Revista de Derecho Civil de Aragón*, 1997-III, 2, pp. 139 y

LOPJ, atribuyó a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, como Sala de lo Civil, la competencia para conocer “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”. A partir de este momento la doctrina, con carácter general, se cuida de afirmar que la jurisprudencia a que se refiere el art. 1.6 del Código civil debe comprender también la de las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia al conocer del recurso de casación¹².

La Ley Orgánica del Poder Judicial, al atribuir a las Sala de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para

ss.; “La recuperación de la casación aragonesa”, en *Derecho Privado y Constitución*, 1998, núm. 12, pp. 311 y ss.

En la actualidad, se atribuye al Tribunal Superior de Justicia de Aragón competencia para conocer del recurso de casación fundado en la infracción del Derecho propio de Aragón (en expresión del art. 63.2 del Estatuto 2007).

¹² DÍEZ-PICAZO, L., “Artículo 1”, *Comentario del Código civil*, T. I, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1991, p. 12; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., “Artículo 1.6”, op. cit., p. 368; RAMS ALBESA, J., “Capítulo Primero del Título Preliminar”, en *Comentarios al Código civil* (RAMS ALBESA, J. coord.), I, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 80; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Artículo 1”, en *Comentarios al Código civil*, (coord. R. BERCOVITZ), 3ª ed., Cizur Menor, 2009, p. 43.

Se ha llegado a decir que “es al menos curioso que, con la gran cantidad de reformas introducidas en el texto del Código civil tras la promulgación de la Constitución de 1978 y la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, el legislador no se haya decidido a actualizar este precepto, reconociendo la función jurisdiccional de los Tribunal Superior de Justicia” (en este sentido, ZUBIRI DE SALINAS, F., “Diez años de jurisprudencia sobre la ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte”, en *Actas del Foro de Derecho Aragonés, Decimonovenos Encuentros*, Zaragoza-Teruel 2009, p. 57).

Negó, en cambio, que fuera jurisprudencia a efectos del art. 1.6 del Código civil la procedente de los Tribunales Superiores de Justicia GONZÁLEZ POVEDA, P., “Los Tribunales Superiores de Justicia y los recursos de casación y revisión”, en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 6, 1990, p. 25.

conocer del recurso de casación sólo mencionaba “la infracción de normas”, y no se hacía referencia a la posibilidad de que el recurso de casación se fundara en la infracción de la jurisprudencia elaborada por el propio Tribunal Superior de Justicia. Aunque ello hubiera podido sembrar la duda de si la jurisprudencia foral emanada del Tribunal Supremo al interpretar y aplicar las normas aragonesas permitía fundar un recurso de casación, nadie dudó de que eso fuera así, posiblemente por el hecho de que en ese momento el art. 1692 LEC, que contenía la única regulación del recurso de casación, permitía fundarlo tanto en infracción de las normas del ordenamiento jurídico como en infracción de jurisprudencia (tras la reforma de 1984: con anterioridad, infracción de “doctrina legal”)¹³.

Después de la Constitución, que expresamente reconoce a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio la fijación de su sistema de fuentes para el ámbito de este Derecho civil (art. 149.1.8ª), algunas Comunidades han introducido, con distintos matices, referencias a la jurisprudencia (por sí sola o como elemento que encarna la tradición jurídica; jurisprudencia en general o jurisprudencia de determinado Tribunal) como elemento que sirve para interpretar e integrar (o para interpretar y aplicar) el Derecho civil propio¹⁴; o bien, reproduciendo lo dispuesto en el

¹³ Sobre la consideración como verdadera jurisprudencia de la doctrina elaborada por los Tribunales Superiores de Justicia al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho foral cuando conocen del recurso de casación, DE ELIZALDE Y AYMERICH, P., “La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia: posibilidades y límites”, en *El poder judicial*, II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, p. 1071 y ss.; CORDÓN MORENO, F., “El recurso de casación por infracción de ley foral”, en *Revista Jurídica de Navarra*, nº 6, vol. I, 1988, p. 53; BONET NAVARRO, Á., “La reforma de la casación. Efectos en la función casacional de los Tribunales Superiores de Justicia”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 3, 1993, pp. 52-53; DE PABLO CONTRERAS, P., “Problemas actuales de la casación foral en Aragón”, en *Revista de Derecho civil Aragonés*, año nº 3, nº 2, 1997 (texto completo en http://www.unizar.es/derecho/standum_est_chartae/weblog/rdca/rdcaiii2/estud03.htm, acceso el 3 de noviembre de 2010).

¹⁴ Fue en primer lugar la redacción dada al art. 1 párrafo 2 de la Compilación

art. 1.6 del Código civil, se ha incluido en el ordenamiento autonómico norma semejante referida a la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Superior de Justicia¹⁵.

Es indudable que la competencia sobre las fuentes se extiende a las normas sobre interpretación y aplicación del Derecho civil propio¹⁶. Ningún reparo debe formularse entonces a una

del Derecho Civil de Cataluña por el Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio: *“Para interpretar e integrar esta Compilación y las restantes normas se tomarán en consideración las leyes, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina que constituyen la tradición jurídica catalana, de acuerdo con los principios generales que inspiran el ordenamiento jurídico de Cataluña”*. La disp. final 2ª del citado Decreto Legislativo señalaba que *“la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Casación de Cataluña [el que actuó durante la Segunda República], en materia de Derecho civil catalán, no modificada por la presente Compilación o por otras leyes, forma parte de la tradición jurídica catalana, y podrá ser invocada como doctrina legal a efectos del recurso de casación”*.

En la actualidad, el art 1-2 (Interpretación e integración) de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código civil de Cataluña establece que: *“1. En su aplicación, el derecho civil de Cataluña debe interpretarse y debe integrarse de acuerdo con los principios generales que lo informan, tomando en consideración la tradición jurídica catalana. 2. En especial, al interpretar y aplicar el derecho civil de Cataluña deben tenerse en cuenta la jurisprudencia civil del Tribunal de Casación de Cataluña y la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no modificadas por el presente Código u otras leyes. Una y otra pueden ser invocadas como doctrina jurisprudencial a los efectos del recurso de casación”*.

Norma semejante a la introducida en 1984 en Cataluña recoge el art. 1 pár. 2 de la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares, redactado por la Ley 8/1990, de 28 de junio: *“El Derecho Civil de Baleares se interpretará e integrará tomando en consideración los principios generales que le informan, así como las leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina que encarnan la tradición jurídica de las islas”*.

También, el art. 2.2 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia: *“El derecho gallego se interpretará e integrará desde los principios generales que lo informan, así como con las leyes, los usos, las costumbres, la jurisprudencia emanada del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y la doctrina que encarna la tradición jurídica gallega”*.

¹⁵ Art. 2 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco: *“La jurisprudencia complementará el Derecho Civil Foral con la doctrina reiterada que establezca la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco al interpretar y aplicar aquél”*.

¹⁶ Por todos, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, I-1º, 4ª ed., revi-

norma autonómica que señale como criterio interpretativo la jurisprudencia, siempre que no se entienda, claro está, como atribución de un carácter vinculante a la misma¹⁷. A ello se opondría, además del dogma de la independencia judicial consagrado en la Constitución española¹⁸, la limitada competencia autonómica para la regulación de la casación, en cuyo ámbito se genera la jurisprudencia¹⁹. La jurisprudencia posee todo el valor, pero no más valor, que el que le otorga el órgano que la crea. Ello significa que la función de la doctrina jurisprudencial debe enlazarse con las funciones que dicho órgano realiza en el ordenamiento

sada y puesta al día por J. DELGADO ECHEVERRÍA, Madrid, Dykinson, 2006, p. 93.

¹⁷ Las expresiones de los Derechos forales que ordenan “tener en cuenta la jurisprudencia” para interpretar los preceptos legales no puede equivaler, por lo dicho en el texto, a una obligatoriedad en sentido técnico jurídico, ni para los ciudadanos ni para los jueces, ni para los propios Tribunal Superior de Justicia, que pueden cambiar, motivadamente, su jurisprudencia.

¹⁸ Lo que ha permitido formular numerosas críticas al proyecto de ley presentado en las Cortes en el año 2006 y que pretendía añadir a la vinculación de los jueces y Tribunales a la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en el art. 5.1 LOPJ, que “los jueces y Tribunales aplicarán las leyes y reglamentos de acuerdo con la interpretación uniforme y reiterada que de los mismos haya realizado el Tribunal Supremo”. Vid. ORTELLS RAMOS, M., “Una nueva reforma de la casación española”, en *Revista General de Derecho Procesal*, 11, 2007.

¹⁹ En palabras de la STC 47/2004, de 25 de marzo (resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra la Ley de Galicia 11/1993, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial): “La sola existencia del recurso de casación civil foral gallego, del que ha de conocer la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, no habilita sin más a esta Comunidad Autónoma para emanar una normación procesal que regule por completo y en su totalidad los presupuestos procesales y el procedimiento de tal recurso extraordinario, constituyendo por esta vía una regulación independiente y diversa de la legislación procesal del Estado, es decir, de la contenida en la Ley de enjuiciamiento civil, sino tan sólo, en los términos antes indicados, tendrá legitimidad constitucional aquella normativa autonómica que se halle justificada por la directa conexión entre lo que tiene de particular o peculiar el Derecho civil foral de Galicia y la especialidad procesal incorporada, que surge así como “necesaria” y encaminada, precisamente, a preservar y proteger, con el adecuado grado de intensidad y eficacia, el mencionado Derecho sustantivo y las particularidades que lo informan”.

jurídico, y la competencia para su determinación corresponde en exclusiva al Estado.

El legislador aragonés no ha introducido norma alguna en el art. 1 de la Compilación acerca del valor de la jurisprudencia en relación con las fuentes aragonesas. La mención a la jurisprudencia se contiene en la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, cuyo preámbulo conecta con naturalidad la regulación del recurso de casación con la creación de jurisprudencia. En el preámbulo, además, por lo que importa ahora, se atribuye a esa jurisprudencia aragonesa la función de “complementar” el ordenamiento civil aragonés mediante la interpretación de las fuentes del Derecho civil aragonés, en un claro trasunto del art. 1.6 del Código civil²⁰.

La introducción en 1974 de la jurisprudencia en el art. 1.6 del Código civil y la atribución de la función de “complemento” del ordenamiento, trató de definir el valor de la jurisprudencia en la doctrina de las fuentes²¹. Desde su aprobación, ha sido opinión dominante la de que la dicción del art. 1.6 del Código civil en nada cambia el sistema de fuentes²² y que, incluso, el precepto, más que un mandato, era una constatación: su presencia, afirma

²⁰ Literalmente, afirma el preámbulo de la citada Ley: “La jurisprudencia tiene también extraordinaria importancia en la tarea de revitalizar nuestro Derecho. El recurso de casación debe permitir al Tribunal Superior de Justicia de Aragón *crear la jurisprudencia que complemente el ordenamiento civil aragonés mediante la interpretación y aplicación de la ley, la costumbre y los principios generales en los que se inspira nuestro ordenamiento*. Sin embargo, dadas las peculiaridades de nuestro Derecho, en la actualidad sólo un escaso número de asuntos están accediendo a la casación foral aragonesa, lo que hace aconsejable que el legislador aragonés fije, en ejercicio de sus competencias, los requisitos procesales de acceso a la casación para hacer posible la utilización de este recurso en un número mayor de litigios sobre Derecho civil aragonés. Esta innovación procesal encuentra adecuada justificación constitucional y estatutaria en la competencia reconocida a la Comunidad Autónoma de Aragón”.

²¹ Por todos, LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., “Artículo 1.6”, op. cit., p. 357.

²² LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., “Artículo 1.6”, op. cit., p. 359.

Lacruz, no añade nada al concepto en que, desde antes, se venía teniendo a la jurisprudencia²³.

A la vista de todo lo expuesto, puede concluirse que la cita del art. 1.6 del Código civil por parte del legislador aragonés debe ser entendida como una simple reivindicación de que la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón valdrá lo que valga la jurisprudencia, lo que tenga que valer, sin prejuzgar qué valor es ese. Cuando se introdujo la expresión “complementa el ordenamiento” sólo podía interpretarse en el sentido de que, sin ser fuente, tenía un papel importante en relación con las fuentes (“cierta trascendencia normativa”, en palabras del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo), y en razón de ello su infracción constituía motivo del recurso de casación; en la actualidad, esa importancia está legalmente devaluada: se ha podido decir que la expresión “complementa el ordenamiento”, ha quedado convertida en simple retórica, puesto que la jurisprudencia, en la regulación de la casación contenida en la Ley de Enjuiciamiento civil del año 2000, deja de ser motivo en el que fundar el recurso de casación²⁴.

²³ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, I-1º, Barcelona, Librería Bosch, 1988, p. 218.

Complementar, se ha advertido de forma repetida, no es completar: el ordenamiento está completo sin la jurisprudencia e, incluso, cuando “se cubre una laguna” lo que hace la jurisprudencia es declarar en el caso cuál es la regulación que procede a tenor de la ley, de la costumbre o de los principios generales del derecho. Por todos, ALBALADEJO, *Derecho civil I*, 17ª ed., Madrid, 2006, p. 131.

²⁴ En este sentido, DE PABLO CONTRERAS, P., en *Curso de Derecho civil I*, 3ª ed., Colex, 2008, p. 174.

En el preámbulo de la ley de la casación aragonesa aparece sobreentendido el papel de la jurisprudencia. El valor de la jurisprudencia resultaría un *prius*, independiente de cualquier regulación legal sobre la tarea que le corresponde al órgano del que emana. En el fondo ello sucede porque entre nosotros son exactas las palabras de Taruffo cuando advierte que hay ambigüedades en los discursos de quien describe o teoriza sobre la casación civil porque entran en juego modelos conceptuales e institucionales muy diversos pero no siempre racionalizados, premisas culturales e ideológicas a menudo no explicitadas y a veces, probablemente no conocidas, y reconstrucciones no raramente aproximativas y demasiado simplificadas de lo que la casación efectivamente hace (TARUFFO, M., *El vértice*

Hay otro aspecto que llama la atención en la lectura del preámbulo de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa: tras exponer la renovación y actualización del Derecho civil aragonés llevadas a cabo por las leyes aprobadas por las Cortes de Aragón, se añade que “la jurisprudencia tiene también extraordinaria importancia en la tarea de *revitalizar* nuestro Derecho”.

En nuestro sistema, donde la jurisprudencia no es fuente del Derecho, la revitalización del ordenamiento por obra de la jurisprudencia sólo puede producirse mediante el cumplimiento de la función que corresponde a los Tribunales, es decir, mediante la interpretación y aplicación de las normas²⁵. En particular, cabe entender que la revitalización del Derecho se puede conseguir: a través de la evolución de los criterios hermenéuticos de las normas, alumbrando una nueva doctrina jurisprudencial razonable y no arbitraria mediante la interpretación con arreglo a la evolución social²⁶, mediante la aplicación analógica de las normas, o, incluso, indirectamente, a través de la influencia posterior de la jurisprudencia en el legislador, que puede transformar en normas los criterios jurisprudenciales. De una manera aparentemente más modesta, mediante el establecimiento y la fijación de criterios seguros de interpretación de las normas, la jurisprudencia puede dotar de certeza a la aplicación del Derecho y favorecer su efectiva vigencia, mediante la exigencia por parte de los particulares del reconocimiento de sus derechos confor-

ambiguo. Ensayos sobre la casación civil, traducción de J. J. Monroy Palacios y J. F. Monroy Gálvez, Palestra Editores, Lima, 2006, p. 31).

²⁵ Entre nosotros, introduciendo planteamientos novedosos para la doctrina española, se refiere a las sentencias como creación jurídica renovada y a la misión de la jurisprudencia de hacer progresar el Derecho, PUIG BRUTAU, J., *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, op. cit., p. 221.

²⁶ SALVADOR CODERCH, P., “Artículo 3”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO, M. Y DÍAZ-ALABART, S. (Dir.), T. I, vol. 1, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1992, pp. 530-531.

me a las normas aragonesas y la disposición de los jueces y Tribunales a aplicarlas²⁷.

2. LA JURISPRUDENCIA EN EL RECURSO DE CASACIÓN

2.1. De motivo de casación a motivo de apertura del recurso

La vigente Ley de enjuiciamiento civil (Ley 1/2000, de 7 de enero) introdujo cambios en los motivos y los presupuestos del recurso de casación. Si hasta entonces era identificable un valor jurídico propio a la jurisprudencia era, precisamente, por la idoneidad de la doctrina emanada de las sentencias del Tribunal de casación como causa o fundamento para la interposición del recurso de casación (la infracción de la jurisprudencia era motivo de casación)²⁸. En la actualidad, el único motivo que puede fundar el recurso de casación es la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477.1 LEC). Si en la regulación del recurso de casación la jurisprudencia

²⁷ En este sentido, BONET NAVARRO, Á., "La reforma de la casación", op. cit., pp. 57-58.

²⁸ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., "Artículo 1.6", op. cit., p. 359.

La aplicación del Derecho siempre implica una creación jurídica, también en los casos más sencillos y elementales, pero ello no implica que la jurisprudencia sea fuente del Derecho objetivo: con diferentes expresiones, la idea es hoy común entre nosotros: LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, op. cit., p. 183; DÍEZ-PICAZO, L., "La doctrina de las fuentes", en *Anuario de Derecho Civil*, 1984, p. 949; DÍEZ-PICAZO, L., "La justicia y el sistema de fuentes del Derecho", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1 (1997), p. 216-218; DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal. Introducción*, op. cit., p. 134. Excluida la posibilidad de la creación judicial de Derecho, que la infracción de la doctrina del Tribunal Supremo, por sí sola, fuera fundamento del recurso de casación, se basaba en la idea de que su interpretación podía considerarse como una suerte de interpretación auténtica; interpretación a la que, sin embargo, debía negarse un alcance abstracto o general pues, al mismo tiempo, la independencia del poder judicial impedía afirmar la vinculación, tanto de los Tribunales inferiores como del propio Tribunal Supremo a la interpretación mantenida con anterioridad (en este sentido, DE PABLO CONTRERAS, P., en *Curso de Derecho civil I*, 3ª ed., op. cit., p. 5).

cia conserva alguna relevancia es a través del concepto de interés casacional, al convertirse en un simple presupuesto para que, en ciertos casos, el Tribunal pueda admitir el recurso (art. 477.2 y 3 y 483 LEC).

La ley favorece que el Tribunal de casación puede pronunciarse acerca de aquellas cuestiones sobre las que no exista un criterio interpretativo (no exista doctrina jurisprudencial) o sobre las que existan criterios interpretativos contradictorios (de la sentencia recurrida con el criterio del Tribunal Supremo o del Tribunal Superior de Justicia, o de las Audiencias Provinciales entre sí). La identificación del interés casacional para determinar la posibilidad de recurrir en casación una sentencia con la oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal de casación o con la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, está ligada a la aspiración de obtener una interpretación uniforme (principio de igualdad, certeza o seguridad). En cambio, cuando el interés casacional se conecta con la inexistencia de doctrina jurisprudencial por tratarse de una nueva ley sustantiva (que no lleve más de cinco años en vigor), la función de una interpretación uniforme aparece diluida, pues más que el deseo de evitar situaciones de riesgo de desigualdad en la interpretación y aplicación de la norma, atiende a la función nomofiláctica, es decir, a una finalidad de una óptima interpretación y aplicación de una norma nueva²⁹.

Se trata, en todo caso, con el concepto del interés casacional, de fijar uno de los posibles presupuestos para que el Tribunal de casación pueda entrar a conocer del recurso³⁰. El desconocimiento por el Tribunal de instancia de la doctrina mantenida con anterioridad por el Tribunal de casación no prejuzga el resultado, es decir, no es suficiente para que prospere el recurso de casa-

²⁹ En este sentido, ORTELLS RAMOS, M., "La casación en España: selección de recursos y carga de trabajo del Tribunal Supremo", op. cit., p. 66.

³⁰ BONET NAVARRO, Á., *Los recursos en el proceso civil*, Editorial La Ley, Madrid, 2000, nota 292, p. 247.

ción. Se permite que el Tribunal de casación establezca criterios uniformes de interpretación y, al mismo tiempo, se favorece que la jurisprudencia no quede petrificada, permitiendo que, por el contrario, pueda evolucionar³¹.

Cuestión distinta es que en la práctica, el criterio razonado en una sentencia del Tribunal Superior de Justicia acerca de la interpretación y aplicación de una norma, esté llamado a desplegar un efecto superior al que deriva de la posibilidad de servir, en su caso, de simple presupuesto de recurribilidad. La revisión por el Tribunal de casación a efectos de determinar si el Tribunal inferior ha infringido la norma aplicable para resolver las cuestiones objeto del pleito (art. 477 LEC) bien requerirá que el Tribunal de casación analice la interpretación otorgada a la norma por el Tribunal inferior, el ámbito de aplicación conferido a la misma; en esta labor, lo lógico es que el Tribunal de casación se sienta inclinado a seguir el mismo criterio que hubiera seguido con anterioridad. Esta tendencia natural a la propia coherencia se ve reforzada por la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la exigencia de una fundamentación suficiente y razonable cuando un mismo órgano judicial pretenda modificar el sentido de sus resoluciones³². No se trata de colar por la ventana lo que el legislador ha excluido por la puerta,

³¹ En este sentido, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (junto a DE LA OLIVA SANTOS, A.), *Derecho procesal civil, El proceso de declaración*, 3ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 521y 522. Por ello se ha podido afirmar que la regulación de la casación contenida en la LEC 2000 potencia la identificación de la jurisprudencia con una simple función interpretativa, si bien la exclusión de la jurisprudencia como motivo del recurso tiene el sentido de evitar su inmodificabilidad (al respecto, por todos, LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El interés casacional*, Civitas, Madrid, 2002, p. 209).

Con todo, cabe advertir que, ya con anterioridad, el propio Tribunal Supremo siempre se ha reservado la facultad de decidir el valor de la jurisprudencia anterior. Como puso de relieve Puig Brutau, el Tribunal Supremo atribuye a la función judicial una misión creadora del Derecho que no puede sufrir trabas por el hecho de que existan varias sentencias anteriores de sentido contrario (PUIG BRUTAU, J., *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, p. 234).

³² Sobre este aspecto, vid., más adelante, el apartado 3.

porque no se defiende que la infracción de la jurisprudencia sea un motivo separado, lo que claramente está excluido en la ley, pero sí de reconocer que la infracción de la norma en que se base el motivo del recurso bien fácilmente se entenderá producida precisamente porque la sentencia recurrida mantenga un criterio diferente al sostenido con anterioridad por el Tribunal de casación.

El art. 487.3 LEC se refiere expresamente a las sentencias que resuelvan recursos de casación en los que concurra interés casacional: si se considera fundado el recurso, la sentencia casa la resolución y resuelve sobre el caso, declarando lo que corresponda según los términos en que se hubiese producido la oposición a la doctrina jurisprudencial o la contradicción o divergencia de jurisprudencia. En estos supuestos, el propio Tribunal Superior de Justicia de Aragón identifica la jurisprudencia y la saca a la luz³³. Cabe pensar que, cuando la resolución del recurso presenta interés casacional, pero la sentencia no considera fundado el recurso, el Tribunal igualmente pondrá de manifiesto las razones por las que no hay oposición a la doctrina jurisprudencial, si la hay, identificando cuál es esa doctrina. Estas declaraciones de la sentencia tienen interés a efectos de identificar el interés casacional, pero no son los únicos contenidos que permitirán identificar los criterios interpretativos de las normas mantenidos por el Tribunal de casación³⁴.

En las demás sentencias, en particular cuando la resolución recurrida en casación no presente interés casacional, el Tribunal,

³³ Como dice MUERZA ESPARZA, J., el Tribunal debe pronunciarse sobre lo que constituye objeto del interés casacional, la interpretación jurisprudencial correcta (“Artículo 487”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. F. Cordón, T. Armenta, I. Tapia y J. Muerza, Pamplona, 2001, p. 1658).

³⁴ ALBALADEJO utiliza la expresión “jurisprudencia interpretativa” en un sentido diferente al que se ha hecho hasta ahora en el texto (frente a la “jurisprudencia creadora”), para referirse a las opiniones del Tribunal Supremo que no reúnen los requisitos de la doctrina clásica del Tribunal Supremo acerca de lo que es jurisprudencia, pero que sin embargo, afirma, creo que con razón, tienen un valor práctico indudable (*Derecho civil I*, op. cit., p. 135).

confirma o casa, en todo o en parte la sentencia recurrida (art. 487.2 LEC), pero no se pronuncia sobre la conformidad o la oposición a la doctrina jurisprudencial. Ahora bien, el hecho de que el motivo único del recurso de casación consista en la infracción de norma aplicable conduce necesariamente a que el Tribunal deba pronunciarse acerca de si la resolución recurrida ha infringido o no la norma. La desaparición de la infracción de la jurisprudencia como motivo de la casación ha devaluado la función de la jurisprudencia pero, sin embargo, al mismo tiempo, debería hacer más fácil la identificación de la interpretación de la norma cuya infracción se denuncia, siquiera como futuro criterio orientador.

2.2. La jurisprudencia relevante para la apertura del recurso. Especial referencia a la doctrina del Tribunal Supremo

El art. 3 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, considera que hay interés casacional no sólo cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma sino, también, cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, dictada en aplicación de normas del Derecho civil aragonés, o no exista dicha doctrina en relación con las normas aplicables. Al referirse a los recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, el art. 477.3.II LEC no menciona de forma explícita la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, y puede defenderse fundadamente que sólo será doctrina jurisprudencial foral, a efectos del recurso de casación ante el Tribunal Superior, la elaborada por este órgano. Sin embargo, me parece preferible la interpretación de que la oposición a la jurisprudencia que pueda seguir produciendo el Tribunal Supremo abra la vía de la casación ante el Tribunal Superior³⁵: se trata de un cauce para que éste tenga ocasión de

³⁵ En este sentido, BONET NAVARRO, Á., *Los recursos en el proceso civil*, op. cit.,

pronunciarse sobre tal doctrina que, naturalmente, no le vincula. Puesto que existen dos órganos con competencia para conocer del recurso de casación, parece deseable propiciar la posibilidad de comunicación entre sus interpretaciones: no estando ninguno de ellos vinculado por el criterio del otro, la interpretación motivada y coherente de uno debería sin embargo ser aceptada razonablemente por el otro en atención a la fuerza de sus argumentos³⁶.

La doctrina del Tribunal Supremo anterior a la existencia del Tribunal Superior está llamada a jugar un papel cada vez menos decisivo, incluso en el ámbito del propio Tribunal Supremo, puesto que el desarrollo legislativo del Derecho aragonés producido en los últimos años le irá privando de utilidad. En todo caso, y con independencia de algunos errores que permiten apreciar que el conocimiento del Derecho aragonés no es pleno³⁷, no pa-

p. 227. Para el Derecho aragonés. DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Manual de Derecho civil aragonés*, op. cit., p. 103.

³⁶ Mención especial puede hacerse de la posibilidad de entender formada doctrina jurisprudencial por acumulación de la doctrina del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Superior de Justicia. En el caso resuelto por la STSJA 27.9.2007, el recurrente denunciaba oposición a la S. del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 4.2.2004 y a la STS 11.12.1985, pero esta última resultó ser no del Tribunal Supremo sino de la ATZ. Dice el Tribunal Superior de Justicia que no hay doctrina jurisprudencial. Quizás hubiese entendido lo mismo si la cita del recurrente hubiera sido correcta y se tratara de sentencia del Supremo; pero, en realidad, si sólo hubiera una sentencia del Tribunal Superior, el recurso de casación quedaría abierto por inexistencia de doctrina jurisprudencial y, en todo caso, por lo que digo en el apartado 4.1, no hay que descartar el valor de una única sentencia y, en el caso, la sentencia del Superior de Justicia del año 2004 que se cita por el recurrente, dice el propio Tribunal, nada tiene que ver con la cuestión que se ventila.

³⁷ Alguna sentencia mantiene una postura equivocada, como la STS 26.6.1989, que afirmó que la disposición del marido sin la renuncia al expectante de su mujer era ineficaz; por el contrario, y de manera correcta, pueden verse las STS 22.12.1970, STS 24.2.1995; la STS 23.11.1992 parece dar por supuesto que se trata de bienes comunes porque la esposa firmó en la escritura de venta, cuando parece que firmó para renunciar al expectante; al referirse a quién ostenta la cualidad de parte procesal en una demanda de protección al honor de una menor de quince años, la STS 30.1.2008, con apoyo en el Derecho

rece que pueda generalizarse una crítica en los pronunciamientos del Tribunal Supremo en materia de Derecho aragonés en el sentido de que, cuando se les ha planteado, no haya mostrado sensibilidad hacia la necesidad de su aplicabilidad si ha creído que era aplicable³⁸.

Con la inseguridad derivada del déficit de publicidad de las sentencias, en los últimos veinte años, salvo error, de la treintena de sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo que se ocupan, a veces de forma marginal, del Derecho aragonés, en tan solo dos ocasiones la sentencia impugnada fue dictada por Audiencia Provincial no aragonesa³⁹. El conocimiento por parte del Tribunal Supremo de otros recursos podría encontrar explicación bien en la irrelevancia de la mención a la norma aragonesa⁴⁰, bien en la mención por primera vez en casación de

aragonés, resuelve correctamente, pero se refiere continuamente a la madre como “representante legal”, cuando en Aragón la representación cesa a los catorce años.

³⁸ Denunciada infracción de los arts. 9.8 y 813 y 849 del Código civil, la STS 4.7.1995 confirma la sentencia que consideró aplicable el Derecho aragonés a una sucesión hereditaria.

³⁹ La STS 20 de febrero de 1998 resolvió el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en el que se denunciaba la infracción del artículo 74 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón. La STS 2 de abril de 2003 resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Logroño, denunciando la infracción de los artículos 110 y 113 de la Compilación.

⁴⁰ La STS 14.11.2008, en un recurso en el que aparecen otras cuestiones, analiza la nulidad de una escritura de asignación legitimaria: el Tribunal Supremo resume el motivo del recurso que denunciaba infracción del art. 1278 del Código civil “en relación con la Compilación en materia sucesoria”, y advierte que la cita de los preceptos aragoneses es indiscriminada.

En algunas ocasiones, se menciona un precepto de la Compilación porque el dato es clave para la explicación de los hechos, pero el Tribunal Supremo no sienta ninguna doctrina al respecto: STS 29.6.2006 (ejecución de sentencia, distribución de bienes que corresponden a viuda usufructuaria y al hijo como heredero); STS 12.5.1999 (tercería de mejor derecho: el esposo firmó en la escritura del préstamo hipotecario a efectos del art. 51 de la Compilación, por ser vivienda habitual).

En el caso que da pie a la STS 20.7.2004, el actor quería recuperar una finca

norma aragonesa con la intención de cambiar el objeto del pleito⁴¹, bien en la conexión de la materia con los derechos funda-

que perteneció a la familia, y como no se dan sus presupuestos no ejercita el retracto de abolorio, sino uno de colindantes del art. 1523 del Código civil (cuyos presupuestos, según parece, tampoco se dan), pero en sus escritos afirma que su acción es en la línea del abolorio.

En ocasiones se ha denunciado infracción del *standum* en relación con la interpretación o subsistencia de relaciones jurídicas obligacionales, pero el Tribunal Supremo ha descartado su aplicabilidad. Las sentencias no razonan porqué, pero, sobre todo, es la cita del recurso la que no justifica la infracción del *standum*: en un pleito referido a un asunto de contrato de compraventa de un edificio, en el que el actor actuó como mandatario de una comunidad de bienes, y quería que se declarara que había un poder irrevocable, denuncia en casación inaplicación del art. 3 de la Compilación, lo que es rechazado por la STS 16.3.2000, por entender que el precepto no es aplicable, con el argumento de que el mandato se extingue al hacerlo la relación jurídica que le sirve de base (en el caso un contrato de arrendamientos de servicios que se extinguió); en la STS 31.12.1999, denunciada infracción del art. 1091 del Código civil en relación con el art. 3 de la Compilación, en un asunto referido a la liquidación de un contrato de ejecución de obra con suministro de materiales, el Tribunal Supremo señala que no puede invocarse el principio aragonés para combatir la valoración de la prueba. La STS 27.10.1998, en un caso de demanda de nulidad de testamento y donación por falta de capacidad, denunciada en casación infracción, entre otros motivos, del art. 653 del Código civil en relación con el *standum*, el Tribunal Supremo desestima el motivo porque fue un tema que quedó sin abordar en primera instancia y la parte se aquietó. En la STS 16.4.1998, el motivo que denunciaba infracción del *standum* fue renunciado (en un caso de aprovechamiento de aguas entre Tarazona y Tudela).

En alguna ocasión, la cita del Derecho aragonés en la sentencia del Tribunal Supremo se hace cuando, tras estimar el recurso basado en exclusiva en infracción de preceptos del Código civil, resuelve el caso: en la STS 4.5.1995, al ordenar elevar a público un documento privado, se refiere a la necesidad de que preste consentimiento el cónyuge a efectos del expectante.

⁴¹ La invocación del derecho aragonés se produce de manera forzada intentando cambiar el objeto del pleito en el caso a que se refiere la STS 19.4.2000: la esposa, para oponerse al embargo de bienes, en una tercería de dominio, saca por primera vez a relucir en casación que estaban separados de hecho y habían pactado separación de bienes antes de que se dictara la sentencia de instancia impugnada. En la STS 19.5.1992, en un caso de venta en documento privado de un inmueble por los dos cónyuges y demanda de condena a elevación a público, en casación los demandados plantean que no hubo renuncia al derecho expectante de viudedad.

mentales (art. 5.4 LOPJ)⁴², bien en la naturaleza “mercantil” del pleito⁴³, bien en que los recurrentes han denunciado infracción de norma del Código civil, pero en la resolución del asunto era fundamental la aplicación de la norma aragonesa⁴⁴. Todo ello significa que, en ocasiones, la competencia del Tribunal Supremo era cuando menos discutible y no se encuentra fácil explicación de porqué el recurso es resuelto por este órgano⁴⁵.

⁴² La STS 30.1.2008 está relacionada con la capacidad para ser parte de una menor de quince años en un pleito sobre derecho al honor, pero lo cierto es que se trata sencillamente de la capacidad de la menor y de la asistencia de la madre. La STS 25.2.2004 se ocupa de un recurso en el que se denuncia infracción de los arts. 14 y 24 de la Constitución y de los arts. 29 y 83 de la Compilación: en realidad, como no podía ser de otra manera, la sentencia se centra en la interpretación y aplicación de las normas aragonesas, lo que permite dudar de la conveniencia de que conozca el Tribunal Supremo de un asunto por la mera invocación de preceptos constitucionales cuando su invocación se ha hecho para determinar su competencia o cuando la infracción de los preceptos constitucionales pueda resultar de la interpretación de una norma aragonesa.

⁴³ La STS 13.7.2001 versa sobre un concurso voluntario de una sociedad conyugal continuada, pero ninguno de los motivos del recurso denuncia infracción de norma aragonesa. La STS 8.3.2010 se ocupa de la nulidad de los actos posteriores a la fecha de retroacción de la quiebra: uno de los motivos del recurso denunciaba infracción de los arts. 4 a 6 de la Compilación, por entender la esposa que se había prescindido de su capacidad, al hacer responder de las deudas a los bienes comunes aportados por el esposo a una sociedad; en realidad, como dice el Tribunal Supremo, los preceptos citados no fueron infringidos, pues la cuestión no tenía nada que ver con lo dispuesto en ellos, sino con la responsabilidad de los bienes comunes por las consecuencias de la explotación de los negocios. Ahora bien, con independencia de que la quiebra pudiera considerarse cuestión mercantil, si se denuncia infracción de norma aragonesa, aunque sea junto a otros motivos, la competencia corresponde al Tribunal Superior de Justicia.

⁴⁴ Un caso especialmente significativo es el de la S. 1.7.1996, en la que los motivos del recurso de casación eran sólo de Derecho común, pero el Tribunal Supremo analiza e interpreta las normas aragonesas para determinar quién era propietario de los bienes reivindicados: el Ministerio Fiscal emitió Dictamen expresando su opinión acerca de la competencia del Tribunal Superior de Justicia, pero el Tribunal Supremo se declaró competente. Vid. el comentario de BONET NAVARRO, Á., “Facultades del Tribunal Supremo para enjuiciar y controlar la aplicación del Derecho civil foral”, en *Revista de Derecho Privado*, marzo de 1998, pp. 239 ss.

⁴⁵ Por ejemplo, la STS 18.2.1995, sobre infracción de los arts. 1.2 y 51 de la

Con todo, debe advertirse una circunstancia que se conecta con el desarrollo normativo del Derecho aragonés, de forma que, en la actualidad, algunos de los asuntos de que se ha ocupado el Tribunal Supremo en el pasado, deberían recurrirse en casación ante el Tribunal Superior de Justicia, pues ahora sí existe norma aragonesa que no estaba promulgada cuando sucedieron los hechos del pleito⁴⁶.

Con independencia del valor de la doctrina del Tribunal Supremo como “jurisprudencia foral” a efectos de la apertura del recurso de casación, me parece interesante poner de relieve que el Tribunal Superior de Justicia de Aragón hace un uso continuo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo para los temas más diversos, tratando de reforzar sus argumentos con una cita de autoridad, a veces incluso dando por buena una interpretación con el respaldo casi exclusivo de la doctrina del Tribunal Supremo que, cuando está elaborada en torno a los preceptos del Código civil, indudablemente no es doctrina jurisprudencial⁴⁷. En alguna ocasión ha desautorizado la afir-

Compilación y embargo de vivienda habitual de los cónyuges, adquirida cuando estaban solteros; STS 18.4.1992, embargo de bienes por deudas comunes (infracción de los arts. 26, 42, 56.2 de la Compilación y del art. 1401 del Código civil); STS 18.3.1992, afianzamiento para negociación de letras de cambio (art. 56.2 de la Compilación).

⁴⁶ Sobre interpretación de testamento mancomunado, y aplicando la normas del Código civil sobre interpretación de los testamentos, la STS 24 de octubre de 2002 (la vigente Ley de sucesiones aragonesa tiene normas al respecto: por lo demás, no hubiera sido extraño que, dado el carácter de Derecho supletorio que podría atribuirse con anterioridad a los preceptos del Código, y la interpretación que está haciendo el Tribunal Superior de Justicia en este asunto, hubiera podido asumir su competencia si se hubiera interpuesto ante él recurso de casación: vid. el apartado 4 de este trabajo)

Denunciada infracción del art. 210 del Código civil, al fijar incorrectamente la extensión de la incapacidad, la STS 16.9.1999 estima el recurso que, en la actualidad, bien podría fundarse en la vigente Ley aragonesa de Derecho de la persona, que regula la incapacidad y la graduación de las instituciones de protección.

⁴⁷ La cita resulta lógica cuando la doctrina del Tribunal Supremo es sobre precepto del Código civil en un caso de un recurso mixto o, también, cuando la aplicación del Código civil lo es como Derecho supletorio, lo que no siempre

es fácil de distinguir: STSJA 31.3.2004, denunciada infracción del art. 144 de la Compilación y aplicación indebida del art. 7 del Código civil, que es estimada por el Tribunal Superior de Justicia; STSJA 10.3.2006, infracción de los arts. 28 y 30 de la Ley de sucesiones por causa de muerte y la doctrina de los actos propios; STSJA 30.1.2008, infracción de los arts. 7 y 113 de la Ley de sucesiones por causa de muerte y 7 del Código civil; STSJA 10.5.2007, que cita la doctrina del Tribunal Supremo sobre renuncia de derechos en relación con la renuncia de un legado, en un caso al que no era aplicable, por razones temporales, la Ley de sucesiones por causa de muerte; la STSJA 8.3.2005 tiene en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el art. 394 del Código civil y concordantes en un caso de usufructo de la viuda sólo sobre cuota de piso; STSJA 10.6.2008 y aplicación retroactiva de las normas, art. 2 del Código civil; STSJA 26.11.2007, en un caso en el que por razones de Derecho transitorio no era aplicable la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad, sino el régimen del Código civil, se tiene en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el art. 1380 del Código civil. La STSJA 20.12.2004, desestimando el motivo que denunciaba infracción del art. 48 de la Compilación, considera que, disuelta la comunidad, son aplicables las reglas del Código civil sobre comunidad (art. 397 del Código civil) y, con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo, afirma que para la disposición de bienes es necesario el consentimiento de los dos titulares (venta por el esposo de acciones que formaban parte del activo y que estaban a su nombre).

Pero incluso, la cita de la doctrina del Tribunal Supremo se hace cuando se descarta la aplicación supletoria del Código civil, por existir norma propia en el Derecho aragonés (art. 108 de la Ley de sucesiones por causa de muerte), que adopta un criterio más flexible que el Derecho común (art. 695 del Código civil), señalando que la norma aragonesa está en la línea de una jurisprudencia del Tribunal Supremo que adopta una interpretación menos formalista (STSJA 5.10.2009).

Es corriente la cita de autoridad de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la revisión de la interpretación de los contratos por el Tribunal de casación (resaltando la función jurídica de la casación) cuando se plantea la interpretación de documentos y actos jurídicos regulados por el Derecho aragonés, con independencia de que existan o no normas propias sobre interpretación (Ss. TSJA 10.5.2007, 9.11.2005, entre otras).

También como argumento de autoridad para defender una interpretación de una norma aragonesa sobre la que no existe antecedentes propios (STSJA 2.9.2009, en el caso de alimentos a hijos mayores de edad, art. 66 de la Ley de Derecho de la persona), o de una norma que es semejante en el Derecho común (STSJA 13.9.2010, sobre el derecho de información de los socios de una cooperativa); como argumento para mantener la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial, que se considera acertada (STSJA 9.11.2005, que considera aplicable al caso "la doctrina consolidada" del Tribunal Supremo acerca de la titularidad indistinta de las cuentas bancarias).

mación de la Audiencia en el sentido de que la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Aragón fuera contraria en un punto a la del Tribunal Supremo⁴⁸. Incluso, planteadas dudas

Incluso, en alguna ocasión, aun existiendo un precedente del propio Tribunal Superior de Justicia, como “refuerzo” para respaldar la doctrina, se cita jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el del Código civil. Así sucede en la STSJA 6.10.1999: *“La concreta actuación por la que se genera la deuda no es preciso que haya producido un efectivo beneficio para la comunidad, sino que solamente es exigible constatar en autos la utilidad para ella de la actividad que desarrollaba el cónyuge, en cuyo ámbito se generó la deuda; y dicha utilidad resulta en este caso de la prueba practicada y especialmente de la confesión de la actora. En el mismo sentido tuvo ocasión de pronunciarse esta Sala en Sentencia de 20 de diciembre de 1996 ante un supuesto fáctico similar al que aquí se enjuicia, y dicho criterio es mantenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, dictada en aplicación de las normas del Código Civil respecto a la constitución de fianzas o avales”*.

A veces, la cita de las sentencias del Tribunal Supremo se utiliza por el Tribunal Superior de Justicia como un argumento de autoridad que no es imprescindible para el análisis del motivo del recurso: así, citando la doctrina del Tribunal Supremo sobre la interpretación estricta de las servidumbres, entendidas como gravamen, cuando lo que se denunciaba era la aplicación indebida del art. 147 de la Compilación, adquisición de servidumbre por usucapión, STSJA 8.3.2006.

Es llamativo el caso de la STSJA 7.11.2001 que, para pronunciarse sobre la aplicabilidad al caso de la doctrina jurisprudencial consolidada desde hace años de la “accesión invertida” cita, junto a doctrina del Tribunal Supremo, y para introducir el tema, una sentencia del Tribunal Superior de Justicia Cataluña.

⁴⁸ Se trata de la STSJA 18.11.2009, que declara que el Tribunal Superior de Justicia “no desconoce” la jurisprudencia del Tribunal Supremo, frente a la afirmación de la Audiencia Provincial de que el Tribunal Superior ha elaborado una doctrina diferente a la del Tribunal Supremo en el aspecto referido al contenido del usufructo que recae sobre una cosa sobre la que se ejercita acción de división. El problema es más complejo, porque lo cierto es que el Tribunal Supremo, en las sentencias citadas por la Audiencia, no siempre se ocupa del mismo problema, ni es el mismo caso que el resuelto por el Superior de Justicia (acción de división y venta en pública subasta: el usufructo del viudo, ¿recae sobre el dinero obtenido o se mantiene sobre el inmueble?): en la STS 28.2.1991 se lleva a cabo una división material, de forma que el usufructo recae sobre la parte adjudicada al condómino cuya cuota grava el usufructo; en la STS 12.5.1997 no queda acreditado el usufructo, por lo que todas las afirmaciones sobre el tema son *obiter dicta*; en la STS 27.12.1999, uno de los condóminos tiene atribuido el uso exclusivo (separación de cónyuges), y la sentencia declara que la acción de división debe respetar el uso exclusivo.

acerca de la interpretación de una norma aragonesa novedosa, da la impresión de que la actitud del Tribunal Superior de Justicia de Aragón es la de no querer apartarse de la mantenida recientemente, al aplicar el Derecho general del Estado sobre el mismo tipo de asunto⁴⁹.

Destaca, por su excepcionalidad, el matiz que en varias ocasiones ha declarado el Tribunal Superior de Justicia de Aragón que procede respecto de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el art. 144 de la Compilación, en el sentido de que las relaciones de vecindad más que actos de tolerancia, como afirmara el Tribunal Supremo, son verdaderos derechos a abrir huecos para luces y vistas en paredes propias o medianeras⁵⁰.

⁴⁹ Se trata de la STSJA 14.5.2010 y de la interpretación del art. 28 de la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad (que atribuye el carácter de bien común a los derechos arrendaticios) y su relación con las exigencias de notificación al arrendador de la subrogación del sobreviviente en caso de fallecimiento del cónyuge que suscribió el contrato de arrendamiento de vivienda): confirma la sentencia de la Audiencia Provincial, que basaba su resolución en la cita de la STS 3 abril 2009, para unificar doctrina; el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que no cita expresamente en sus razonamientos la sentencia del Tribunal Supremo, utiliza en esencia el mismo argumento, la eficacia relativa de los contratos y la distinción entre la posición contractual que nace de la celebración de un contrato y el régimen de bienes derivado del régimen económico del arrendador.

⁵⁰ Se trata de las sentencias TSJA 13.11.2002 (transcrita en esta parte por la de 23.2.2005) y 4.2.2009: "La jurisprudencia del Tribunal Supremo, al aplicar el precepto contenido en el artículo 144 de la Compilación aragonesa ha venido manteniendo reiteradamente que "la permisión de abrir huecos o ventanas contenidas en los párrafos 1º y 2º de dicho precepto... no es más que un acto meramente tolerado y potestativo, como simple relación de vecindad, que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación alguna en quien lo soporta": STS de 3 de febrero de 1989 (RJ 1989, 665), con cita de las de 30 de octubre (RJ 1983, 5847) y 23 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 6496) y 12 de diciembre de 1986 (RJ 1986, 7433), de la misma Sala Primera. *Doctrina jurisprudencial que, hemos de matizar, desde la competencia casacional que a esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón confiere el artículo 73 LOPJ en sentido de que el precepto de constante referencia atribuye al titular de la pared propia o medianera un auténtico derecho, como facultad dimanante del dominio o de otro derecho real de goce, si bien dicha facultad jurídica no constituirá signo aparente de servidumbre ni impedirá, por ende, el ejercicio de los derechos del propietario del fundo vecino reconocidos en el párrafo tercero del texto legal*".

3. LA FINALIDAD DE LA CASACIÓN EN RELACIÓN CON LA JURISPRUDENCIA

El recurso de casación nace como un mecanismo para asegurar la vinculación de los jueces a la ley y a las demás fuentes del Derecho pero, casi inmediatamente, asume la función de asegurar una interpretación y aplicación uniforme de aquellas⁵¹. En la función de garantizar la certidumbre y la igualdad de los ciudadanos ante la ley con la unidad de las decisiones judiciales, al igual que en la pura tutela de la ley (nomofilaquia) está implicado el interés público, el *ius constitutionis*⁵².

En el Derecho español actualmente vigente, puesto que el único motivo de casación es la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, puede afirmarse que se prima la función nomofiláctica sobre la tutela del *ius litigatoris*, ya que no se trata de permitir la casación frente a cualquier resolución desfavorable del litigante [si bien, cuando se considere fundado el recurso, el Tribunal resolverá el caso (art. 487.3 LEC)]⁵³. Pero, al mismo tiempo, en la ley, resulta clave el concepto de interés casacional como criterio relevante en la selección de asuntos que pueden acceder a la casación.

La Exposición de Motivos de la Ley de enjuiciamiento civil del año 2000 entronca la finalidad de la casación y sus efectos con la elaboración de doctrina jurisprudencial especialmente autorizada⁵⁴. De forma coherente con este planteamiento, desde el

⁵¹ Un resumen sobre los orígenes de la casación y el sentido y la evolución de la función nomofiláctica a la prioridad de la función unificadora, con cita de diversas opiniones doctrinales, LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El interés casacional*, op. cit., pp. 19-41.

⁵² BONET NAVARRO, Á., "La reforma de la casación", op. cit., p. 53.

⁵³ BONET NAVARRO, Á., *Los recursos*, op. cit., pp. 212 y 213.

⁵⁴ En particular, puede leerse en el apartado XIV de la Exposición de Motivos de la LEC: "Así, pues, ha de mantenerse en sustancia la casación, con la finalidad y efectos que le son propios, pero con un ámbito objetivo coherente con la necesidad, antes referida, de doctrina jurisprudencial especialmente autorizada". Y más adelante, en el mismo apartado: "La presente Ley ha operado con tres elementos

primer momento, la doctrina procesalista ha venido destacando cómo la vigente ley procesal trata de establecer una casación que permita al Tribunal Supremo centrarse en la labor de creación de jurisprudencia, estableciendo criterios uniformes de interpretación del Derecho⁵⁵.

La relevancia del recurso de casación para la unificación de los criterios jurisprudenciales en la interpretación de las normas fue apuntada ya, con anterioridad a la vigente ley procesal, por la STC 56/1990, de 29 de marzo, que resolvió los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley Orgánica del Poder Judicial por parte del Parlamento de la Generalidad de Cataluña, del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y de la Junta de Galicia⁵⁶. Pero es en la STC 47/2004, de 25 de marzo donde con más fuerza se destaca la finalidad de la casación en relación con la jurisprudencia.

para determinar el ámbito de la casación. En primer lugar, el propósito de no excluir de ella ninguna materia civil o mercantil; en segundo término, la decisión, en absoluto gratuita, como se dirá, de dejar fuera de la casación las infracciones de leyes procesales; finalmente, *la relevancia de la función de crear autorizada doctrina jurisprudencial. Porque ésta es, si se quiere, una función indirecta de la casación, pero está ligada al interés público inherente a ese instituto desde sus orígenes y que ha persistido hasta hoy*".

⁵⁵ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. (junto a DE LA OLIVA SANTOS, A.), *Derecho procesal civil, El proceso de declaración*, 3ª ed., op. cit., p. 519; también, pp. 502, 503 y 521.

⁵⁶ Frente a la impugnación por los recurrentes de que los términos en que la Ley Orgánica atribuye competencia al Tribunal Supremo para conocer de recursos extraordinarios en materia civil, podría resultar atribuido a la correspondiente Sala del Tribunal Supremo un recurso extraordinario, distinto de los de casación y revisión, en asunto regulado por el Derecho Civil propio de la Comunidad, explica el Tribunal Constitucional (fundamento 33) que el fundamento de la atribución del conocimiento de los recursos extraordinarios no es en todos los casos el mismo. En particular, para el recurso de casación afirma: "Puede sostenerse que la "casación regional" atiende de manera equilibrada a los principios de unidad y diversidad del Derecho privado y que la supremacía del Tribunal Supremo o sujeción a su jurisdicción en todos los órdenes, con independencia de lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, queda salvaguardada por los recursos previstos en las materias que le son propias; es decir, aquéllas en las que resulta imprescindible unificar la jurisprudencia, circunstancia que no se da cuando se trata exclusivamente de Derecho civil autonómico".

Para dilucidar si la eliminación del requisito de la cuantía litigiosa o *summa gravaminis* para acceder a la casación civil foral de Galicia encuentra acomodo competencial en el Estatuto de Autonomía, en relación con la salvedad o excepción que configura el inciso final del considerado art. 149.1.6 de la Constitución, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 47/2004, considera relevante, además de indagar cuáles son las particularidades del ordenamiento jurídico-civil propio de Galicia, por lo que importa ahora aquí, “traer a colación la *función y finalidad que persigue el recurso extraordinario de casación, enderezado en este caso a formar jurisprudencia* acerca de las instituciones del Derecho civil foral o especial de Galicia”.

Expresamente, por lo que se refiere a la función asignada al recurso de casación, afirma el Tribunal Constitucional que:

“... este medio impugnatorio extraordinario, del que conoce el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, se encamina no solo a tutelar los derechos en juego (*ius litigatoris*), sino también y esencialmente a *la protección de la norma aplicada e interpretada por los Tribunales inferiores, permitiendo así la formación de jurisprudencia y la uniformidad en la aplicación del Derecho civil sustantivo (ius constitutionis)*,...”⁵⁷.

⁵⁷ Continúa la sentencia: “si la casación foral, decimos, persigue o se halla orientada a estas finalidades, la aplicación de la exigencia de una cuantía litigiosa mínima, como requisito para abrir la vía de la casación foral impediría, de facto, la uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho civil de Galicia, con el riesgo consiguiente de criterios dispares de las diversas Audiencias Provinciales del territorio gallego en torno a una misma institución jurídico-privada integrante de su Derecho civil propio, y sin posibilidad efectiva de su unificación por vía de la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, a través de las Sentencias dictadas en casación”.

Sorprende la conclusión del Tribunal Constitucional porque la finalidad que le asigna a la casación se puede obtener en la regulación vigente de la casación sin necesidad de admitir el recurso de forma alternativa cualquiera que sea la cuantía del asunto: cuando existan sentencias contradictorias de las Audiencias Provinciales, el concepto de interés casacional del art. 477.2.3º LEC permitiría el acceso a la casación, resultando entonces absolutamente indiferente la cuantía del asunto.

Frente a la desconfianza hacia los Tribunales, que está en el origen de la casación, hoy se asume con normalidad la insuficiencia de la ley y la necesidad de interpretarla, integrarla, y adaptarla a las necesidades sociales que se van planteando. También, con normalidad, por los Tribunales, todos los Tribunales, el de casación y los inferiores. La jurisprudencia adquiere relevancia, entonces, como una tarea de mediación entre tesis encontradas: en este sentido, vid. XIOL RÍOS, J. A., “Notas sobre la jurisprudencia”, op. cit., pp. 100 y 101.

Por ello, la concepción de un recurso de casación como un recurso extraordinario encaminado a facilitar la unificación de criterios no sólo es conveniente desde el punto de vista del principio de igualdad y de seguridad jurídica, sino que además es la que mejor se aviene con las exigencias de legitimidad de las resoluciones judiciales y de evitación de una excesiva duración del proceso cuando, en general, se considera que el derecho de los ciudadanos a una respuesta razonablemente motivada en Derecho queda garantizada suficientemente con la doble instancia. Sobre todo ello, vid., XIOL RÍOS, J. A. “Reflexiones sobre la interacción entre justicia y economía. La jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Justicia y Economía*, M. AYUSO GUTIÉRREZ, Dir., Manuales de formación Continuada, 49, 2009, Madrid, 2010, p. 27 y ss.

El criterio que pone en pie de igualdad, como presupuestos alternativos de recurribilidad, que la cuantía del asunto exceda de tres mil euros (o que sea imposible de calcular) o que la resolución del recurso presente interés casacional, no sólo se aleja de la LEC, como pretendía, sino que, quizás sin pretenderlo, conduce en la práctica a convertir en irrelevante el interés casacional, concepto clave en la LEC para concretar la función de la casación como generadora de jurisprudencia sobre los asuntos en los que se considera precisa su elaboración. En mi opinión, la argumentación del Tribunal Constitucional en la S. 47/2004, y los razonamientos producidos en el debate de la ley aragonesa [Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes de Aragón*, n. 46 de Plenos, de 2005, Legislatura VI, en http://www.cortesaragon.es/Iniciativas_parlamentarias.56.0.html?&L= (consulta el 3 de noviembre de 2010)] respondían a la situación del acceso a la casación durante la vigencia de la LEC 1881, que establecía una cuantía de acceso a la casación —seis millones de pesetas—. En la realidad, con independencia del juicio favorable a su constitucionalidad, la opción del legislador autonómico se traduce en la existencia de pronunciamientos de los Tribunales de casación en materia foral casi sobre cualquier asunto (salvo que la cuantía no llegue a tres mil euros), con independencia de que exista o no jurisprudencia contradictoria de las Audiencias ni de que exista tampoco oposición de la sentencia impugnada a doctrina jurisprudencial del propio Tribunal de casación. La consecución de este resultado aparecía, a los ojos del legislador autonómico, un objetivo deseable. En mi opinión, al permitir el acceso a la casación de cualquier asunto (o de los que superen los 3000 euros, en el caso de la ley aragonesa, que apenas deja fuera algunos supuestos de cuantía muy reducida), siempre que haya infracción de norma, se está favoreciendo la protección del *ius litigatoris* pues, en definitiva, siempre queda abierta casación por la vía de

En el texto de la sentencia, la “protección de la norma” y “la uniformidad en la aplicación del Derecho sustantivo” aparecen como dos aspectos de la misma función, dando por supuesto que la protección de la norma dará lugar a la unidad de la interpretación.

Además de las sentencias citadas, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el carácter extraordinario de la casación civil en diversas ocasiones desde otras perspectivas diferentes⁵⁸, de las que es especialmente relevante la relativa a la uniformidad jurisprudencial, abordada frecuentemente como manifestación del principio de igualdad en la aplicación de la ley, pero que también tiene que ver con los principios constitucionales de certeza y seguridad jurídicas⁵⁹.

denunciar infracción de la norma aplicable. Ello explica la variedad de normas y de temas tocados en la jurisprudencia foral aragonesa, aunque no siempre dé cuenta de la relevancia que, como doctrina, para personas ajenas al concreto pleito planteado, pueda alcanzar su resolución.

⁵⁸ Así, en la STC 230/1993, de 12 de julio, para desestimar el recurso de amparo frente a la decisión judicial que declaró caducado el recurso de casación interpuesto, se afirma, con carácter argumentativo: “La Constitución no impone, en todo caso, la existencia o procedencia de la casación en materia civil, ya que tiene un carácter extraordinario y no ordinario, *cuya finalidad básica en un Estado de Derecho consiste en 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*. Desde esta perspectiva el legislador procesal, siempre que garantice *la finalidad esencial de la casación, consistente en asegurar la aplicación uniforme de la Ley por el Tribunal Supremo en todo el territorio nacional (o, lo que es lo mismo, el principio constitucional “igual en la aplicación de la Ley”)* es libre a la hora de configurar un recurso extraordinario, como es el de casación civil, que normalmente se prepara después de haber recaído dos resoluciones previas en primera y segunda instancia; libertad de configuración que abarca el determinar las resoluciones recurribles y la “*summa gravaminis*”, los casos en que procede, limitar las causas o motivos de impugnación y prescribir las demás exigencias materiales y formales para su admisión y tramitación, razón por la cual esa misma lógica justifica que el Tribunal Supremo interprete con el rigor que estime necesario tales requisitos procesales, siempre y cuando dicha interpretación supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional” [F.J. 2].

⁵⁹ ORTELLS RAMOS, M., “La casación en España: selección de recursos y carga de trabajo del Tribunal Supremo”, op. cit., pp. 42 a 45, donde se contiene un buen

Esta doctrina del Tribunal Constitucional, que respalda el valor del precedente judicial, puede resumirse de la siguiente manera: un mismo órgano (cualquiera, no solo el de casación) no puede modificar el sentido de una resolución anterior si no lo fundamenta de manera suficiente y razonable, de forma que la sentencia que no motive el cambio de criterio podrá ser anulada en vía de amparo.

Este enfoque conlleva algunas consecuencias aparentemente contradictorias, pero de gran trascendencia para valorar la fuerza de la jurisprudencia y de las decisiones judiciales: por una parte, relativiza la idea de reiteración, pues el precedente es solo una sentencia; por otra parte, relativiza la idea de jurisprudencia del Tribunal de casación, puesto que para cada Tribunal son dignos de tener en consideración sus propios precedentes; pero al mismo tiempo, finalmente, relativiza la fuerza vinculante del precedente porque es lícito separarse de los precedentes propios y de los ajenos, permitiendo su evolución siempre que se lleve a cabo fundadamente⁶⁰.

4. LOS TEMAS DE LA JURISPRUDENCIA FORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

4.1. Qué es jurisprudencia

Dejando a un lado la posibilidad hipotética de que las cosas pudieran tener lugar de otra manera (son conocidas las propuestas que permitirían al Tribunal de casación seleccionar y anunciar cuáles son los asuntos de los que se va a ocupar en cada ejercicio), la realidad actual es la de que son los recurrentes los que deciden qué temas llegan a la casación, de forma

resumen de los matices de la doctrina del Tribunal Constitucional así como de diferentes opiniones doctrinales acerca del análisis del problema.

⁶⁰ XIOL RÍOS, J. A., "Notas sobre la jurisprudencia", en FERRERES, V.-XIOL, J. A., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 102.

que, como suele ponerse de relieve, los pronunciamientos del Tribunal dependen de variables tales como la litigiosidad de las partes o la tendencia de éstas a alejar en el tiempo la obtención de una decisión firme.

El análisis de las resoluciones del Tribunal Superior de Justicia muestra la existencia de decisiones que abarcan, de manera genérica, toda la fisonomía actual del Derecho aragonés. Existe, sin embargo, un número significativamente alto de preceptos sobre los que no existe ningún pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Ello se explica, en buena medida, por el reducido número de recursos de casación pero, también, por la existencia de textos legales nuevos promulgados en los últimos años y sobre los que, por tanto, no ha habido tiempo de que lleguen a casación. No hay que olvidar, por lo demás, que el dato de que no exista jurisprudencia sobre determinada norma no significa que la misma no se aplique, sino que puede indicar, por el contrario, que su aplicación tiene lugar con normalidad, sin que se suscite conflicto entre las partes, de manera extrajudicial.

Un aspecto decisivo a la hora de precisar cuáles son los temas de la jurisprudencia está relacionado con la pregunta fundamental de dónde se encuentra la jurisprudencia. Dicho de otra manera, ¿quién decide que determinada doctrina es jurisprudencia? El propio Tribunal Supremo siempre se ha reservado la facultad de decidir qué valor debe atribuirse a la jurisprudencia anterior: el principio de igualdad no obliga al tratamiento igual de los supuestos sustancialmente iguales, “sino a que un mismo órgano judicial no pueda modificar el sentido de sus resoluciones sin ofrecer una fundamentación suficiente y razonable” (STC 63/1984, de 21 de mayo de 1984), lo que justifica la racionalidad de los cambios de criterio⁶¹. Pero ahora, a lo que se hace referen-

⁶¹ Sobre este asunto, vid., BLASCO GASCÓ, F. de P., *La norma jurisprudencial*, Tirant lo Blanch Tratados, Valencia, 2000, p. 99 y ss.; ORTELLS RAMOS, M., “La casación en España”, op. cit., p. 60, LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El interés casacional*, op. cit., p. 218.

cia es a una cuestión previa: la de identificar qué afirmaciones de las contenidas en las sentencias del Tribunal de casación pueden ser calificadas de jurisprudencia, de doctrina jurisprudencial.

La tesis clásica mantenida por el Tribunal Supremo es la que sólo merece la consideración de doctrina jurisprudencial la verdadera razón decisiva del fallo, la *ratio decidendi*⁶². No toda afirmación del Tribunal es jurisprudencia y, en cada caso, además, es preciso razonar acerca cómo se ha vulnerado la doctrina. Junto a ello, es preciso que se trate de “doctrina reiterada” (lo exige la letra del art. 1.6 del Código civil), entendiendo como tal la que fundamenta, al menos, dos decisiones análogas, sobre casos iguales o muy semejantes⁶³. La exigencia de estos requisitos forma parte de nuestra cultura y es admitida por los autores con normalidad.

Aun cuando se han planteado ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón asuntos relativos a todas las ramas del Derecho civil aragonés (Derecho de la persona, de familia, de sucesiones, reales y de obligaciones), son muy escasos los preceptos sobre los que puede afirmarse que existe jurisprudencia, si se entiende por ésta una interpretación reiterada de una norma. En primer lugar porque son reducidos los preceptos cuya infracción ha sido denunciada en casación al menos en dos ocasiones: hay recursos

⁶² Los Tribunales de casación no suelen explicitar cuál es la *ratio decidendi*, y para identificarla suele ser precisa una lectura paciente y cuidadosa de las sentencias. Es excepcional el caso de las Ss. del Tribunal Superior de Justicia 29.9.2001 y 13.2.2006: la segunda expresamente advierte que en la primera se hizo una afirmación *obiter dicta*, y que ahora se hace *ratio decidendi*. En la S. 29.9.2001, en un caso en que la parte recurrida, en su escrito de oposición, aducía que no podía recurrir la sentencia, por haberle sido favorable, pero solicitaba se restableciera la interpretación jurisprudencial en un punto, el Tribunal Superior de Justicia da respuesta a esta cuestión y añade que lo hace “*obiter dicta*”. La S. 13.2.2006, con cita de la interpretación realizada en la sentencia anterior, acerca de la proximidad de grado y vecindad como criterios decisivos a la hora de elegir fiduciarios, afirma que las consideraciones vertidas en esa sentencia “son asumidas ahora por esta Sala como *ratio decidendi*”.

⁶³ Por todos, ORTELLS RAMOS, M., “La casación en España”, op. cit., pp. 61-63.

de casación sobre viudedad, sobre legítima, sobre régimen económico, sobre fiducia, etc., pero raramente hay identidad en la norma aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso que permita al Tribunal Superior de Justicia pronunciarse de manera reiterada sobre una misma norma.

Ahora bien, si la reiteración está mencionada en el art. 1.6 del Código civil y ha venido siendo exigida por el Tribunal Supremo, desde hace tiempo que se trata de un requisito sometido a revisión⁶⁴. Al amparo del art. 487.3 LEC, puede afirmarse que una sola sentencia, cuando suponga una variación consciente de una línea jurisprudencial anterior, es suficiente para considerar que se ha producido un cambio en la jurisprudencia. El Tribunal Supremo lo había admitido ya, a efectos de la invocación de su jurisprudencia en las Ss. 17.9.1998 y 19.5.2000. Pero, en cualquier caso, si sólo hay una sentencia del Tribunal Superior de Justicia sobre un caso, siempre se podría entender, de exigirse el requisito de la reiteración, que el interés casacional deriva, no de la oposición de la sentencia a la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, sino de la inexistencia de doctrina jurisprudencial (art. 3.1 de la Ley aragonesa 4/2005, de 14 de junio), de modo que sigue abierta la vía para que el Tribunal Superior conozca de un nuevo recurso en el futuro.

La identificación de la jurisprudencia con el fin de acreditar la oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia como criterio de recurribilidad puede resultar, sin embargo, un esfuerzo innecesario siempre que se supere la *summa gravaminis* para el recurso, que para la casación foral es sólo de tres mil euros (o de imposible determinación). Puesto que la elección del cauce procesal (cuantía o interés casacional) está en manos de la parte recurrente, la opción por la vía de la cuantía le liberará de cualquier otra indagación.

⁶⁴ Vid. PUIG BRUTAU, J., *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, pp. 234, 236; LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El interés casacional*, op. cit., pp. 252-253; XIOL RÍOS, J. A., "Notas sobre la jurisprudencia", op. cit., p. 106.

Otra cosa es —y de la máxima trascendencia práctica— la utilidad y el interés de conocer los criterios interpretativos que el Tribunal de casación mantiene acerca de las normas del Derecho civil aragonés. No sólo porque una sola sentencia bien fundada pueda ser considerada doctrina jurisprudencial (bien por reflejar un cambio de criterio, bien porque no haya otra del Tribunal Superior de Justicia sobre el mismo asunto), sino por su valor de precedente.

Aun cuando una sola decisión no se considere jurisprudencia, y el precedente no condicione una resolución posterior, dada la independencia judicial, no hay que desconocer que el propio Tribunal Superior de Justicia se sentirá inclinado a reiterar la interpretación que mantuvo en una ocasión anterior, y no sólo por exigencias del principio de igualdad en la aplicación de la ley⁶⁵.

Hay un fenómeno en la experiencia del Tribunal Superior de Justicia que es digno de ser destacado: la frecuencia con que se formulan votos particulares; este dato rebaja el valor del precedente en el sentido de que, no habiéndose alcanzado la unanimidad en el parecer de los magistrados (que comparten prestigio, pero no criterio), puede resultar más difícil lograr la adhesión de terceros a la posición de la mayoría. Por lo demás, una sola sentencia, si no es dubitativa en sus argumentos, será más fácilmente seguida por los demás Tribunales; pero si es títubeante y además va acompañada de un fundado voto particular tendrá poca fuerza para arrastrar futuras decisiones e, incluso, invita a interponer nuevos recursos⁶⁶. El voto particular

⁶⁵ Advertía con razón Puig Brutau que, cuando es necesario prever la futura decisión de un Tribunal de instancia, es necesario tener en cuenta el criterio del Tribunal Supremo, con independencia de que se trate de un criterio reiterado, pues ha de presumirse que el criterio sostenido en una sola ocasión es el punto de partida de una doctrina reiterada y no una declaración que ha de quedar desvirtuada cuando de nuevo se resuelva sobre el mismo problema (PUIG BRUTAU, J., *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, op. cit., p. 236).

⁶⁶ Así, por ejemplo, en la STSJA 14.5.2010 no termina de verse con claridad la razón por la que se considera que no hay infracción del art. 28.2.i) de la

puede acabar convirtiéndose, entonces, en el futuro, en doctrina.

4.2. Jurisprudencia foral y aplicabilidad del Derecho aragonés

Prescindiendo del casuismo de los temas de que se ha ocupado el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, hay que subrayar el tratamiento de los asuntos de máxima trascendencia para la aplicación del Derecho aragonés, y que tienen que ver con la propia entidad del Derecho, con la procedencia de su aplicabilidad y con las fuentes aragonesas. Es cierto que, a pesar de que cada vez es más invocado por las partes, porque es más conocido y estudiado, el Derecho aragonés no siempre se aplica con normalidad. En este sentido, merece la pena destacar cómo el Tribunal Superior de Justicia de Aragón desempeña una labor pedagógica importante, al reiterar la necesidad de su aplicación cuando proceda, excluyendo la cita y aplicación del Derecho general del Estado, fundamentalmente del Código civil, cuando, siendo aplicable el Derecho aragonés, exista norma propia⁶⁷.

Ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad (que considera bienes comunes los derechos de arrendamiento) porque la sentencia acumula argumentos sobre la eficacia relativa de los contratos (de modo que sólo el cónyuge que lo firmó sería titular de los derechos de arrendamiento) con argumentos de Derecho transitorio de la de la Ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad (aplicabilidad inmediata y derechos nacidos con anterioridad, puesto que los cónyuges contrataron en 1972). Por el contrario, el voto particular expresa de manera rotunda sus razones, lo que en contraste con la ambigüedad de la sentencia invita a considerar la posibilidad razonable de una rectificación.

⁶⁷ STSJA 25.3.1992: Denunciada conjuntamente infracción de los arts. 41 y 48 de la Compilación y 1375 y 1377 del Código civil, el Tribunal, tras desestimar que se haya producido infracción de los primeros añade que no procede entrar en el análisis de los segundos porque, de acuerdo con el art. 1 de la Compilación, existiendo norma aragonesa aplicable no lo es el Código civil. La S. 23.3.1993 advierte, sin que tenga consecuencias para la resolución, que en la instancia “no se han tenido en cuenta los preceptos de la Compilación, en especial el art. 46, cuyo contenido esencial coincide con el del art. 1318 del Código civil”.

Este aspecto conecta con otro, el de la determinación de la aplicabilidad de la norma aragonesa. Si bien la ley hace nacer la competencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de la fundamentación del motivo del recurso en infracción de las normas del Derecho civil aragonés, hay un rasgo de la aplicabilidad de la norma aragonesa que, por su trascendencia, requiere una mención específica. Si se considera que el motivo delimita el objeto del enjuiciamiento permitido al Tribunal, habría que concluir que la competencia del Tribunal Superior de Justicia nace de la fundamentación del motivo en una directa infracción de normas del Derecho civil foral, y no podría fundarse en la eventualidad de que en la resolución del recurso pudiera llegar a aplicarse el Derecho civil foral o especial⁶⁸.

Existe, sin embargo, un cauce que ha permitido al Tribunal Superior de Justicia de Aragón enfocar el asunto desde una perspectiva diferente. En particular, entendiendo que existe infracción del art. 1 de la Compilación cuando, siendo aplicable el Derecho aragonés, y habiendo norma aragonesa que regula

A veces, las afirmaciones del Tribunal Superior de Justicia simplemente llaman la atención sobre la “al menos desafortunada” mención hecha por los recurrentes de forma conjunta, a preceptos del Código civil junto a preceptos aragoneses cuando, existiendo estos, los primeros no son de aplicación (STSJA 26.2.1999).

En el caso a que se refiere la STSJA 23.6.2004, el motivo denuncia violación por inaplicación del art. 1354 en relación con el art. 1346.2 del Código civil así como del art. 38 de la Compilación y en el desarrollo del motivo aún se refiere al art. 39 de la Compilación. Afirmó el Tribunal Superior de Justicia: “La defectuosa formulación del motivo hubiera sido suficiente para no superar la fase de admisión, puesto que no es correcto agrupar cuatro preceptos en un solo motivo, máxime cuando se mezclan normas de derecho especial de esta Comunidad Autónoma con preceptos del Código Civil, que únicamente serían de aplicación subsidiaria a falta de norma expresa aragonesa, si bien en aras a la tutela judicial efectiva se entra en el examen del motivo, para su desestimación”.

La S. 27.2.2006 recuerda que no eran aplicables en Aragón los arts. 1354 y 1357 del Código civil, por no haber laguna en el ordenamiento jurídico propio de la Comunidad Autónoma y no ser preciso, por tanto, acudir al derecho común como derecho supletorio.

⁶⁸ Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El interés casacional*, op. cit., p. 294.

el supuesto, no se ha aplicado. Ahora bien, esta doctrina tiene en la actuación del Tribunal Superior de Justicia un límite, que resulta de la relación con la de la equivalencia de resultados⁶⁹, que impide acoger el motivo correspondiente cuando haya de mantenerse el fallo de la sentencia, aunque sea por fundamentos jurídicos distintos de los que la resolución combatida tuvo en cuenta⁷⁰. Esta situación no es del todo infrecuente porque en el desarrollo legislativo del Derecho aragonés no es raro que el legislador haya incorporado como aragonesa normas que, hasta entonces, se aplicaban en Aragón como Derecho supletorio por ser la norma prevista en el Derecho civil estatal, en el Código civil.

La apreciación de infracción del art. 1 de la Compilación, incluso de oficio, en supuestos como los descritos, es coherente con

⁶⁹ Desde el punto de vista de la finalidad de la casación y de la elaboración de doctrina jurisprudencial, la doctrina es discutible. Vid. MUÑOZ JIMÉNEZ, F. J., "Artículo 487", en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., RIFÁ SOLER, J. M., VALLS GOMBAU J. F. (coords.), vol. 2, Iurgium Editores, Atelier, Barcelona, 2000, pp. 2305, 2306. Como recuerda Xiol, en esta doctrina prevalece el *ius litigatoris*, sacrificando el *ius constitutionis* (XIOL RÍOS, J. A., "Notas sobre la jurisprudencia", op. cit., p. 84).

⁷⁰ Así lo ha entendido el Tribunal Superior de Justicia en S. 26.2.2009: denunciada en casación infracción del art.1 de la Compilación, con cita de la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Aragón conforme a la cual, cuando existe Derecho propio aragonés regulador de la materia no procede la aplicación del Código civil, la sentencia considera irrelevante a efectos del recursos de casación que no se haya aplicado el Derecho aragonés "ya que el resultado sería el mismo habida cuenta de la coincidencia entre uno y otro ordenamiento en lo que afecta a la cuestión de autos, aludiendo la propia parte actora a unos y otros preceptos; así, el artículo 101.1 de la Ley 1/1999 y el 675, párrafo primero, del Código Civil son literalmente coincidentes, sin más diferencia que la de aludir el primero de ellos también a los testadores, al admitir el Derecho aragonés el testamento mancomunado.

Desde este punto de vista debe llamarse la atención sobre la STSJA 15 marzo 2007, que utiliza la infracción del art. 1 de la Compilación como excusa para entrar a conocer del fondo del asunto, enmendando los evidentes errores probatorios cometidos por la sentencia de primera instancia, cuando la norma aragonesa existente no es la que se analiza, en un caso en el que, además, conforme al Derecho del Código civil, el esposo tampoco era propietario.

la exigencia de aplicación de las normas de conflicto⁷¹. Este planteamiento, si es utilizado correctamente, consigue el resultado último de la función encomendada al Tribunal Superior de Justicia de Aragón: elaborar jurisprudencia aragonesa, doctrina sobre las normas aragonesas, autorizada doctrina de interpretación de las normas aragonesas.

En ocasiones, sin embargo, y este modo de proceder debería ser evitado, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón parece utilizar el criterio de la inaplicación de norma aragonesa o la aplicación indebida de normas del Código civil por el Tribunal de instancia como excusa para revisar los errores cometidos por la sentencia, de forma que no siempre la corrección se lleva a cabo mediante la interpretación y aplicación de la norma aragonesa, ni siquiera del Derecho civil aplicado supletoriamente respecto de norma aragonesa que contenga una laguna que integrar⁷².

⁷¹ Por exigencia constitucional (arts. 2 y 149 de la Constitución), y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 12.6 del Código civil, los Tribunales deben aplicar de oficio las normas de conflicto (normas estatales, de conformidad con el art. 149.1.8ª de la Constitución).

Cuando se trata de la aplicación de las normas de Derecho civil foral, de manera previa a los problemas que se plantean acerca de la interpretación y aplicación, es preciso argumentar acerca de la propia aplicación de las normas forales. Esta anterior determinación de la normativa aplicable debe valorar —por ejemplo, en función de la vecindad civil de la persona, o de la ley aplicable al régimen económico—, si la Audiencia, debiendo aplicar el Derecho aragonés, resolvió aplicando otro Derecho, o si, por el contrario, ha aplicado Derecho aragonés cuando el caso estaba sometido a un ordenamiento diferente, bien el Código civil, bien otro Derecho foral.

⁷² Así, por ejemplo, en la S. 8. 11.2006, en un caso en el que el recurrente denunciaba infracción del art. 675 del Código civil por interpretar de forma ilógica el testamento de la causante, infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre interpretación del testamento, infracción por aplicación indebida de los arts. 917 y 925 del Código civil e infracción por aplicación errónea del 159 de la Ley de sucesiones por causa de muerte, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, tras declarar que al existir normas propias sobre interpretación de los testamentos en la vigente de la Ley de sucesiones por causa de muerte aplicable al caso no es necesario acudir al Código civil, en virtud del art. 1 de la Compilación, entiende que se ha producido infracción, por aplicación indebida de los preceptos

Puesto que el recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón debe fundarse en la infracción de norma del Derecho aragonés aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso (arts. 477.1, 478.1.II LEC y art. 1 de la Ley aragonesa 4/2005, de 14 de junio), cuando el análisis de fondo muestre que la aparente infracción del art. 1 de la Compilación está vacía porque no existe norma aragonesa que guarde conexión con el objeto del pleito, el Tribunal (si previamente ha asumido su com-

del Código civil, y procede a revisar la interpretación del testamento realizada por la Audiencia Provincial.

Otro ejemplo de este modo de operar que critico es el de la STSJA 15.3.2007. En el caso, en el ejercicio de acción declarativa de copropiedad y de condena a reponer un camino a su estado inicial, el actor citaba en apoyo de sus pretensiones los arts. 1439 y 1385.2 del Código civil. Estimada íntegramente la demanda en primera instancia, la sentencia es confirmada en apelación, aunque la Audiencia Provincial, en S. 6.9.2006, aclara que el actor, si bien no es propietario, pues el camino pertenece a su mujer, tiene mejor derecho a poseer que el demandado. Este último recurre en casación, denunciando infracción del art. 1.2 de la Compilación por aplicación indebida de los artículos citados del Código civil e infracción, de los arts. 61 y 48 de la Ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad. El Tribunal Superior de Justicia de Aragón estima el recurso de casación por infracción del art. 1.2 de la Compilación y por inaplicación del art. 61.2 de la Ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad. Este precepto que, en lo que ahora importa, equivale en el Derecho aragonés a lo previsto en el art. 1439 del Código civil (actos de un cónyuge de administración sobre los bienes del otro), en realidad, como no le queda más remedio reconocer al Tribunal Superior de Justicia de Aragón después de declarar que es aplicable, no legitima al actor para actuar en su propio nombre y derecho, como tampoco le legitimaba el precepto equivalente del Código civil. Con todo, estimado el recurso de casación, el Tribunal Superior de Justicia "constituida en funciones de instancia", procede a resolver el supuesto, como no podía ser de otra manera, en atención exclusivamente a las normas del Código civil y jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre declaración de propiedad y sobre derechos posesorios. La "habilidad" del abogado del demandado-recurrente de lograr el acceso a la casación, al no ser encauzada debidamente por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, no sólo no provoca un éxito para la parte (que se ve igualmente condenada a reponer el camino, si bien es verdad que retrasando en el tiempo la solución definitiva), sino que constituye, y esto es lo verdaderamente lamentable, un fracaso en la función del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de hacer verdadera y autorizada doctrina de interpretación de las normas aragonesas.

petencia y ha admitido el motivo), debería desestimar el motivo (y en su caso el recurso).

Puede suceder también que la sentencia de instancia haya aplicado el Derecho aragonés a un supuesto no sometido a este ordenamiento. En el caso resuelto por la STSJA 10.3.1999, se desestima el recurso basado en infracción de norma aragonesa, porque se considera que el Derecho aplicable era el navarro, pero no se llega a aplicar el Derecho navarro⁷³. El art. 12.6 del Código civil impone a jueces y Tribunales la aplicación tanto de la norma de conflicto como la de la norma material que resulte aplicable, por lo que cabría considerar, desde el planteamiento del Derecho interregional, si el Tribunal de casación debe aplicar el Derecho navarro aplicable⁷⁴. El Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el caso de la sentencia citada, entendió que el Tribunal de casación “*está vinculado a la resolución de los motivos formulados por*

⁷³ En el caso resuelto por la STSJA 10.3.1999, el Juzgado había entendido que era aplicable la Compilación de Aragón por ser aragoneses los cónyuges en el momento del pleito, y la audiencia resolvió confirme a derecho aragonés sin plantearse problemas acerca de qué Derecho era aplicable. El recurso de casación estaba fundado en infracción de una norma del Derecho civil propio de Aragón, y por eso el Tribunal admitió el recurso, pero en la sentencia, el Tribunal, al analizar el caso, de oficio, llega a la conclusión de que, por aplicación de las normas de conflicto, el Derecho aplicable al régimen económico del matrimonio era el navarro: “*esta Sala concluye en que el régimen económico matrimonial de los litigantes era el de la sociedad conyugal de conquistados, regulado en las Leyes 82 y siguientes del Fuero Nuevo de Navarra. Dichas normas podían haber sido aplicadas por el Juez y Tribunal de primera y segunda instancia, respectivamente, conforme al principio “da mihi factum, dabo tibi ius”.*”

Sin embargo, no resulta posible adoptar igual solución en un recurso de casación, en el que el Tribunal está vinculado a la resolución de los motivos formulados por la parte recurrente, para concluir si ha habido o no la infracción del ordenamiento jurídico denunciado”.

Se desestima el motivo que planteaba infracción del art. 1397 del Código civil, en relación con el 47.1 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, y con él el recurso de casación.

⁷⁴ Vid. el comentario a la sentencia de Zabalo Escudero, E., “La aplicación de las normas de conflicto del Derecho interregional (A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 10 de marzo de 1999)”, en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1999-V (nº 2), pp. 247-252.

la parte recurrente, para concluir si ha habido o no la infracción del ordenamiento jurídico denunciado”.

Ciertamente, esta vinculación existe y, junto a ello, la competencia funcional de los Tribunales Superiores viene conectada a la naturaleza de derecho civil propio de la norma cuya infracción se denuncia. El Tribunal de casación difícilmente estaría en condiciones de apreciar que hay infracción de la norma aplicable y que el Derecho aplicable no es el aragonés en el momento previo de apreciación de su propia competencia (arts. 478 y 494 LEC) sin entrar a analizar el fondo del asunto. Si posteriormente, después de asumir su competencia y de admitir el motivo, el análisis le lleva a esta conclusión y entiende que, por aplicación del art. 12.6 del Código civil, procede aplicar el Derecho navarro, pero a la vez, que el Tribunal de casación, dentro de los límites estrechos de la casación no puede hacerlo, debería dictar auto absteniéndose de conocer (art. 66 LEC)⁷⁵.

4.3. Jurisprudencia interpretativa y jurisprudencia creadora en la labor del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

El análisis de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo muestra que en la mayoría de los casos consiste en la exposición de criterios interpretativos⁷⁶. Junto a ello, sin em-

⁷⁵ Dando por supuesto que, en estos casos, producida la infracción del Derecho navarro, y denunciada ésta, es competente el Tribunal Supremo (se trataba de sentencia dictada por Audiencia Provincial aragonesa), debe tenerse en cuenta que ello no implica que el recurrente hubiera querido recurrir invocando tal motivo de casación. La aplicación de oficio de la norma aplicable puede llevar aparejados otros problemas, relacionados con la vigencia del principio dispositivo, justicia rogada y la exigencia de congruencia de las resoluciones judiciales. Que la determinación del Derecho aplicable no esté sometida al principio dispositivo no implica que los particulares estén obligados a exigir el reconocimiento de todas las pretensiones que pudiera amparar la ley, ni tampoco que el juez pueda apartarse de lo solicitado, concediendo de oficio lo que ni se ha pedido ni se ha permitido a la otra parte negar o discutir.

⁷⁶ DE LA OLIVA SANTOS, A., “La jurisprudencia en el nuevo título preliminar del Código civil”, op. cit., pp. 444 y ss, 454, 450.

bargo, es indudable que, de hecho, se ha ido formando una “jurisprudencia creadora” que, bajo el ropaje jurídico de la interpretación de la ley⁷⁷ o de la aplicación de los principios generales, que sí son fuente del Derecho⁷⁸, ha dado lugar a algunas construcciones muy alejadas del tenor de la ley (la doctrina de la responsabilidad por riesgo, la de la transexualidad, de la accesión invertida...)⁷⁹.

En todo caso, se trata de doctrinas, de criterios establecidos en la interpretación y aplicación de la ley, por lo que, se ha podido decir autorizadamente⁸⁰, la doctrina jurisprudencial cumple tres funciones: una función de interpretación de las normas, estableciendo, el alcance, la inteligencia o la significación de las expresiones ambiguas u oscuras; una función de interpretación integradora de las normas, cuando se introducen en ellas variantes que, sin aparecer expresamente en las mismas, son exigidas

⁷⁷ Una crítica a las consecuencias negativas del recurso al art. 3.1 del Código civil a la hora de motivar la decisión judicial diforme del sentido propio e histórico de la ley, por todos, en SALVADOR CODERCH, P., “Artículo 3”, op. cit., p. 531.

⁷⁸ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., “Artículo 1.6”, op. cit., p. 358; DE LA OLIVA SANTOS, A., “La jurisprudencia en el nuevo título preliminar del Código civil”, op. cit., p. 447: en realidad, es el vehículo para la exposición y desarrollo de los principios generales del derecho, que sí son fuente del derecho

⁷⁹ Observaba Lacruz cómo la jurisprudencia del Tribunal Supremo está dotada de un poder fáctico, de una eficacia coactiva de mero hecho que no puede ser combatida ante los Tribunales (*quis custodiat custodes?*): LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, I-1º, Barcelona, Librería Bosch, 1988, p. 220.

El resultado, como advierte RAMS, es que la Sala Primera del Tribunal Supremo ha pasado a convertirse en un órgano de creación del Derecho: RAMS ALBESA, J., “Capítulo Primero del Título Preliminar”, op. cit., p. 79. Una visión global de la jurisprudencia creadora del Tribunal Supremo puede encontrarse en PASQUAU LIAÑO, M., “Código, doctrina y jurisprudencia civil. Reflexiones sobre el deterioro de la función jurisprudencial del Tribunal Supremo”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1995, II, pp.1089 y ss.

⁸⁰ Díez PICAZO, L., “Artículo 1.6”, *Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo título preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, op. cit., p. 133; Díez-PICAZO, L., “Artículo 1”, *Comentario del Código civil*, T. I, Madrid, Ministerio de Justicia, op. cit., p. 12; parecidamente, DE LA OLIVA SANTOS, A., “La jurisprudencia en el nuevo título preliminar del Código civil”, op. cit., pp. 447 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal. Introducción*, op. cit., p. 137.

por su coherencia sistemática dentro del ordenamiento; una función de consagración de los principios jurídicos generales, extra-yéndolos del ordenamiento, y una función de aplicación a través de procesos de concreción de las reglas exigidas por tales principios.

A) Jurisprudencia interpretativa

Desde el punto de vista de la labor realizada por el Tribunal, el análisis de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón pone de relieve que, fundamentalmente, se trata de una jurisprudencia “interpretativa”, es decir, que establece criterios interpretativos de las normas, delimitando los supuestos de hecho o las consecuencias jurídicas de las mismas⁸¹. Esta labor es especialmente útil cuando se trata de normas nuevas⁸².

⁸¹ Así, por ejemplo, la STJA 24.5.2002, interpretando preceptos de la Compilación, sostuvo que la comunidad conyugal continuada no nacía si la viuda transmitía a los hijos las empresas y no participaba en la explotación; la S. 9.5.2000 interpretó que el fondo de comercio de una farmacia era un “elemento afecto” a la farmacia (art. 39.1 de la Compilación), y siendo la misma un elemento privativo, también lo era el fondo; la S. 2.12.2005 niega que el art. 76 de la Compilación imponga la obligación de cita expresa e individualizada de cada bien, siendo suficiente que aparezca con claridad sobre qué se hace la renuncia.

⁸² Así, la STSJA 26.1.2005 interpreta diversos preceptos de la Ley de sucesiones por causa de muerte sobre la fiducia sucesoria, la inexistencia de fraude por establecer un plazo largo para su ejecución y la no extinción por renuncia de dos de los tres hijos cuando el fiduciario puede distribuir los bienes entre hijos y descendientes; la STSJA 10.3.2006 afirma que, para que sea aplicable el art. 136 de la Ley de sucesiones por causa de muerte es preciso que se trate de una deuda exigible con cargo al patrimonio hereditario; la STSJA 12.5.2008, tras señalar que el recurrente interpreta erróneamente los preceptos que cita (art. 5.3 Ley parejas y 36.1 de la Ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad), advierte que son aplicables al caso los arts. 92 del Código civil y 58.4 y 79.1 de la Ley de Derecho de la persona); la STSJA 19.3.2009 se refiere al alcance de los arts. 69 y 71 de la Ley de Derecho de la persona acerca de la atribución de la autoridad familiar en exclusiva a uno de los padres; la STSJA 22.6.2009 (con cita de las de 13.6.2007 y 1.12.2008) aclara que la aplicación del art. 216.2 de la Ley de sucesiones por causa de muerte requiere “que la adquisición abintestato a favor del cónyuge superviviente de los bienes pertenecientes al premuerto se dé bajo la vigencia de la Ley de sucesiones”; la STSJA 2.9.2009 interpreta el art. 66 de la Ley de Derecho

Además, como consecuencia de la promulgación de las leyes de Derecho civil después de la Constitución que, en algún punto, introducen regulaciones novedosas, hay sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón acerca de la interpretación de las disposiciones transitorias contenidas en las nuevas normas⁸³. Es interesante destacar la inclinación del Tribunal Superior de Justicia a considerar que, salvo cambio legal expreso, las nuevas normas representan una continuidad del Derecho anterior, de forma que el texto nuevo, que en ocasiones puede constituir expresión de una de las posibles soluciones admitidas por la norma derogada, pero en ocasiones representar una solución diferente, es utilizado como criterio interpretativo de la norma que, estando derogada, era aplicable al caso por razones temporales. Se trata de una manifestación de la tendencia a valerse de la ley nueva como criterio interpretativo de la anterior, lo que habitualmente se considera aplicación del criterio de la nueva realidad social y cuya oportunidad, en realidad, es discutida⁸⁴.

de la persona; la STSJA 4.1.2010 interpreta los arts. 58 y 59 Ley del menor y 104 de la Ley de Derecho de la persona, considerando posible apreciar la situación de desamparo evaluando previsible situaciones de imposible cumplimiento de los deberes de protección hacia el futuro, derivadas de circunstancias previas al nacimiento del niño.

⁸³ Así, Ss. TSJA 1.6.2005, 1.12.2008, 22.6.2008, 22.6.2009; también ha habido interpretación de las disposiciones transitorias de la Compilación respecto de la aplicación del Apéndice de Derecho civil (STSJA12.2.1996).

⁸⁴ Así, por ejemplo, la STSJA 10.3.2009 afirma que la regulación del consorcio contenida en la ley de sucesiones “aclara lo que podía resultar confuso en la anterior regulación, sin que la cita de la ley vigente suponga su aplicación retroactiva. En esta materia, como otras muchas, sin cambiar la naturaleza de la institución y sus requisitos aclara o confirma interpretaciones ya posibles de la norma anterior”. E, incluso, lo que resulta dudoso cuando se trata de clarificar los argumentos por los que se interpreta la norma de la Compilación, se sugiere la lectura de las Actas de la Comisión preparatoria de la nueva ley para comprobar que no se ha querido modificar en la nueva ley la naturaleza de la institución, como si la Comisión representara el sentido verdadero de una institución en la Compilación.

Otro ejemplo de esta tendencia lo constituye la STSJA 30.9.2005, que de forma extensa razona acerca de la interpretación del art. 108.3 de la Compilación conforme a lo dispuesto en el art. 216 de la Ley de sucesiones por causa de

Ya he señalado cómo, de acuerdo con la ley, el presupuesto que determina la competencia funcional del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para conocer del recurso de casación es la fundamentación del motivo del recurso en la infracción de las normas del Derecho civil aragonés⁸⁵. Es por ello lógico que existan pronunciamientos en relación con normas de Derecho civil aragonés en el que éste juega como Derecho común supletorio del mercantil, si bien es verdad que aparecen limitados al régimen de responsabilidad por deudas de los cónyuges sometidos al régimen legal aragonés⁸⁶.

muerte: el punto de partida, sin embargo, es erróneo, pues la sentencia afirma que en el precepto de la Compilación hay una laguna (“nada dice el precepto transcrito sobre el destino de tales bienes en caso de falta de parientes”), cuando realmente, el precepto expresamente establecía que los bienes pasarán “a las personas llamadas, en tal momento, a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido”: de no existir tales parientes, de acuerdo con las normas de sucesión legal estaría llamada, desde 1995, la Comunidad Autónoma de Aragón. Cuestión diferente es que tal solución no gustase al legislador de 1999 y en la ley de sucesiones vigente, se establezca, de manera diferente a como lo hacía la Compilación (contra lo que se afirma en la sentencia de que “dicha regulación no supone un cambio normativo”), que, a falta de parientes, del cónyuge premuerto, los bienes del primeramente fallecido quedarán integrados en la herencia del sobreviviente.

⁸⁵ De manera discutible, la STSJA 27.12.1994 desestima el motivo que denunciaba por primera vez la infracción de los arts. 147 y 148 de la Compilación (mezclado con otros preceptos en materia de servidumbres) porque se entiende que la cita *ex novo* en casación de los preceptos de Derecho aragonés supone una cuestión nueva, productora de una posible indefensión. De forma correcta, por el contrario, la STSJA 10.5.2007 (en relación con la denuncia de infracción de un precepto del Código civil, el art. 1809), aclara que no puede considerarse cuestión nueva a efectos de la casación la invocación de una norma jurídica por primera vez, como consecuencia de la aplicación del principio “*iura novit curia*”. La misma posición mantuvo, respecto de la invocación por primera vez en casación del principio *standum est chartae*, la STSJA 5.10.1998, frente al criterio sostenido en la STSJA 18.6.1992, que calificó de cuestión nueva la alegación en casación por primera vez del *standum est chartae*.

⁸⁶ Así, la STSJA 7.7.2003 se ocupa del alcance de la responsabilidad tributaria por deudas frente a la Hacienda pública que correspondía al administrador como consecuencia del ejercicio de su profesión como empresario (arts. 42 de la Compilación en relación con los arts. 6 y 7 del Código de Comercio y 40 de la Ley General Tributaria); STSJA 14.7.2009: si bien se desestiman ambos motivos, se razona sobre

Cuando el recurso de casación se funde conjuntamente en normas de Derecho civil aragonés en que el proceso se sustancia, y en normas de Derecho civil común (“recursos mixtos”), la indivisibilidad del recurso ha determinado que la competencia se atribuya al Tribunal Superior de Justicia (art. 478 LEC). Cuestión distinta —pero que merece toda la atención— es la referente a la trascendencia de la doctrina del Tribunal Superior de Justicia sobre los preceptos de Derecho común. Es mayoritaria, pero no unánime, la opinión de que los Tribunales Superiores de Justicia no elaboran doctrina jurisprudencial sobre las normas de Derecho común⁸⁷. Es indudable, con todo, que el propio Tribunal, en el futuro, si no mantiene la interpretación sobre precepto del Código civil, deberá motivar su cambio de criterio de forma adecuada.

En la práctica, sin embargo, y fuera de los recursos mixtos, los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia no siempre se refieren a la interpretación de la norma aragonesa, de forma que, en realidad, contra lo previsto en la Ley de enjuiciamiento civil y en la Ley aragonesa sobre la casación, lo relevante parece ser la naturaleza foral de la institución que dio lugar al pleito resuelto por la sentencia recurrida, sin que el Tribunal Superior de Justicia, para resolver el recurso de casación, llegue a razonar sobre la interpretación de normas aragonesas⁸⁸.

la infracción de los arts. 441 del Código de Comercio y normativa reguladora de las sociedades agrarias de transformación en relación con el régimen de responsabilidad por deudas frente a terceros en el caso de cónyuges sometidos al régimen matrimonial legal (art. 37 de la Compilación).

⁸⁷ Por todos, LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El interés casacional*, op. cit., p. 303. Contra BLASCO GASCÓ, F. de P., *El interés casacional. Infracción o inexistencia de doctrina jurisprudencial en el recurso de casación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 87.

⁸⁸ Así sucede en la STSJA 10.4.2003 donde, según consta en la propia sentencia, el recurso contiene, dentro de un párrafo más amplio, lo siguiente: “Gira sobre instituciones tan genuinamente aragonesas como son los pactos sucesorios contenidos en capítulos matrimoniales, la institución de heredero de presente con ocasión de matrimonio sometida a condición de pacto sucesorio de heredero único y el respeto al principio *“standum est chartae”*. Ahora, en la presente casación, se va a discutir sobre la vigencia de los anteriores principios y los efectos legales

En otras ocasiones, el pleito no tiene en su origen una institución de naturaleza foral, si bien alguna de las partes invoca que la legitimación, el título de propiedad, o el derecho a poseer, se basan o proceden de una adquisición hereditaria sometida al Derecho aragonés, o que el bien sobre el que se discute un problema que no está sometido al Derecho civil aragonés pertenece a la sociedad conyugal de una de las partes, o es privativo de su cónyuge..., sin que realmente resulte preciso pronunciarse sobre tal punto para decidir la casación. Siendo así, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón razona exclusivamente sobre normas de Derecho común. En mi opinión, si la sentencia del Tribunal de casación no contiene razonamiento alguno sobre normas aragonesas no aporta certeza al ordenamiento aragonés sobre la interpretación de sus normas. En definitiva, no está haciendo jurisprudencia foral⁸⁹.

que en nuestro ordenamiento tiene un incumplimiento de los mismos". De hecho, aunque el recurso se desestima, y salvo una referencia marginal a si es necesario demandar al marido cuando se demanda a la esposa por razón de unos derechos hereditarios (cuestión que además se resuelve razonando sobre la doctrina del Tribunal Supremo sobre litisconsorcio), la sentencia no contiene ninguna afirmación relativa a normas aragonesas, y sí en cambio, a la existencia de dolo o error, a la doctrina de los actos propios, con cita de las Partidas, o a las normas sobre usucapión.

Este es el caso también de la STSJA 23.7.2008, sobre demanda de declaración de nulidad de compraventa de participaciones de una sociedad limitada que encubre una donación: la Audiencia Provincial considera que se trata de una compraventa que encubre una donación remuneratoria pero que no es ilícita porque no se hizo para defraudar la legítima. Interpuesto recurso de casación se denuncia infracción de los arts. 1275, 1276, 1277, 1261 y 633 del Código civil y arts. 1 y 2 de la Compilación, haciendo referencia en el motivo, según relata el Tribunal Superior de Justicia, al art. 3 y el principio *standum est chartae*. El Tribunal Superior de Justicia de Aragón razona de forma amplia y exclusiva para desestimar el motivo con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre simulación y nulidad, y apenas añade una norma frase en la que afirma: "Por lo demás, no se explica en el recurso ni se entiende por la Sala que se haya producido infracción de las normas de Derecho civil aragonés reguladoras de las fuentes del Derecho".

⁸⁹ Hay algunos casos que pueden parecer límites, como el de la STSJA 31.3.2004: la parte recurrente denuncia infracción por inaplicación del art. 144.3

Cuando ni el eje nuclear del recurso de casación es la calificación jurídica de una institución aragonesa conforme al Derecho aragonés, ni los derechos que incumben a las partes en virtud de la misma ni, en definitiva, la interpretación de una norma aragonesa, el Tribunal Superior de Justicia no elabora doctrina jurisprudencial y pasa a ser una última instancia que revisa la actuación de los Tribunales inferiores⁹⁰. Para evitar este riesgo, el Tribunal Superior debería extremar el cuidado en no admitir el recurso sobre asuntos en los que la invocación de la infracción de la norma aragonesa carece de conexión con la cuestión controvertida. Si entiende que es así debería remitir las actuaciones al Tribunal considerado competente (art. 484 LEC). Admitida la competencia, sólo le quedará después la posibilidad de desestimar el motivo del recurso.

Un caso peculiar viene integrado por aquellas hipótesis en las que el Derecho general del Estado es supletorio del Derecho civil aragonés (arts. 149.3 CE y art. 1.2 de la Compilación). Aun cuando podría sostenerse lo contrario⁹¹, la doctrina aragonesa

de la Compilación, por entender que la Audiencia Provincial ha inaplicado el último párrafo del precepto foral al hacer aplicación indebida al caso de lo dispuesto en el art. 7 del Código civil; tras algunas consideraciones de tipo genérico sobre los antecedentes históricos y el sentido del art. 144 de la Compilación, todo el razonamiento del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para estimar el recurso de casación se centra en exclusiva en la revisión de si es abusiva o no la conducta del demandado al amparo del art. 7 del Código civil y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (la sentencia cuenta con un voto particular que niega que en el caso existiera interés casacional).

⁹⁰ Así sucede en la STSJA S. 10.6.2006: por mucho que los títulos esgrimidos por la demandante y recurrente como justificación de su legitimación deriven de títulos de "naturaleza aragonesa" (es usufructuaria, es fiduciaria...), lo determinante en el caso es la posesión del vehículo siniestrado por el nieto, y si debe responder de los daños; en particular, puesto que no hubo dolo en el accidente de circulación, al amparo del art. 457 del Código civil, no debe indemnizar a su abuela, siendo absolutamente irrelevante que la abuela demandante fuera copropietaria y usufructuaria del vehículo, y que el demandado, su nieto, hubiera sido designado legatario del vehículo en un testamento que fue revocado con posterioridad.

⁹¹ El Tribunal Superior de Justicia de Navarra, por ejemplo, entiende que

se ha manifestado en el sentido de considerar competente al Tribunal Superior de Justicia de Aragón cuando se denuncia la infracción de la norma del Derecho estatal aplicable como supletorio y también ha defendido que la doctrina elaborada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón permitirá apreciar la existencia de interés casacional cuando la sentencia de instancia se oponga a la doctrina sentada por el Tribunal Superior⁹². El Tribunal Superior de Justicia también lo ha entendido así. En este ámbito, resultan especialmente interesantes los pronunciamientos que valoran si la aplicación supletoria del Código civiles compatible con los principios que informan las normas aragonesas⁹³.

Al proceder de esta forma, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón integra la norma aragonesa con la norma de Derecho civil general en virtud de la remisión contenida en el art. 1.2 de la Compilación⁹⁴. La cuestión es que, entonces, en mi opinión,

a efectos competenciales, el Código civil y las demás leyes generales de España constituyen Derecho civil común tanto cuando sus disposiciones son de aplicación directa como cuando lo son de aplicación supletoria. Sobre esta interpretación, vid. Fernández Urzainqui, F., "El recurso de casación civil foral en la doctrina del TSJ de Navarra" en *Revista Jurídica de Navarra*, 2009, 48, p. 28.

⁹² DELGADO ECHEVERRÍA, J., en *Manual de Derecho civil aragonés*, op. cit., p. 103; DE PABLO CONTRERAS, P., "Problemas actuales de la casación foral en Aragón", op. cit., p. 10.

⁹³ Así, por ejemplo, en la STSJA 8.3.2005, sobre la compatibilidad de las normas sobre comunidad de bienes y derechos y la utilización y disfrute de la cosa con las normas y principios del usufructo de viudedad.

⁹⁴ Por ejemplo, STSJA 18.6.2010: al no contener el art. 147 de la Compilación criterio acerca de lo que debe entenderse por apariencia, se acude al 532 del Código civil, y es su análisis el que permite concluir que en el caso no hay signo aparente ni, por tanto, es procedente la usucapión prevista en el art. 147 de la Compilación y que, en consecuencia, no se ha infringido este precepto aragonés. Con anterioridad, en relación con los mismos preceptos (art. 147 de la Compilación y 532 del Código civil), si bien en el caso se considera que sí existía un signo exterior susceptible de constituir apariencia, STSJA 25.11.2009 y STSJA 1.12.2009 (que en el caso, sin embargo, después de estimar el motivo del recurrente actúa como verdadera instancia y desestima el recurso de casación por entender que la servidumbre se extinguió por aplicación del art. 546.3 del Código civil).

los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia sobre la norma supletoria valdrán como jurisprudencia foral sólo en la medida en que integran la norma aragonesa.

Puesto que la competencia funcional del Tribunal Superior de Justicia de Aragón viene determinada por la infracción de norma aragonesa, parece razonable ajustar tal competencia al conocimiento de aquellos asuntos en los que el legislador aragonés ha ejercido su competencia, sin agotarla, dejando cabida a la aplicación supletoria del Derecho estatal. Por el contrario, debe negarse la competencia del Tribunal Superior de Justicia cuando, hipotéticamente, el legislador autonómico podría haber legislado sobre una materia y no lo ha hecho. En tal caso, de conformidad con la regulación del recurso de casación, el Tribunal Superior de Justicia no es competente porque no se ha infringido norma de Derecho civil aragonesa aplicable al caso, ya que no existe tal norma. La elaboración de doctrina jurisprudencial sobre el Código civil o las leyes generales de España por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón sólo cobra sentido cuando esa doctrina integra la norma aragonesa, no la hipotética competencia del legislador aragonés. Si se entendiera lo contrario, por lo demás, contra el tenor de las normas procesales, se estaría dejando en manos del Tribunal Superior de Justicia decidir si el

Aplicando el Derecho aragonés anteriormente vigente a la Ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad, que contiene un regulación más amplia que la Compilación, no era extraño que el Tribunal Superior de Justicia se tuviera que pronunciar sobre la aplicación supletoria de preceptos del Código civil (así, por ejemplo, en materia de régimen económico, STSJA 6.10.1999, que cita la anterior 23.3.1993).

En algunas ocasiones no se clarifica en qué calidad se analiza la interpretación y aplicación de los preceptos del Código civil, si bien cabe entender que se trata de aplicación supletoria: en la STSJA 20.10.2006, denunciada, entre otros motivos, infracción de los preceptos del Código civil sobre dolo e inaplicación de los arts. 37 y 40 Compilación y de los artículos del Código civil sobre partición, descartada la posibilidad de entrar a valorar si hubo dolo, por haber sido negada su existencia por los Tribunales de instancia, todo el razonamiento del Tribunal Superior de Justicia se centra en los preceptos del Código civil, sin hacer ninguna referencia a norma aragonesa.

asunto planteado está incluido o no entre las instituciones o materias sobre las que la Comunidad Autónoma puede dictar leyes de Derecho civil, a pesar de no haberlo hecho⁹⁵.

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha admitido, además, su competencia funcional cuando se denuncia en casación infracción de norma del Código civil objeto de remisión estática desde la Compilación. Este fenómeno, sin embargo, tenderá a desaparecer, puesto que el legislador aragonés, precisamente para evitar los problemas de aplicación de estas normas de forma acorde con los preceptos aragoneses, está procediendo en las leyes dictadas en los últimos años con una técnica legislativa más correcta, incluyendo en la norma aragonesa las normas o especificaciones contenidas en los artículos del Código (o apartándose de ellas, cuando lo considera preferible)⁹⁶.

⁹⁵ El Derecho civil general del Estado, dice el profesor Delgado, es de aplicación supletoria, en defecto de norma aragonesa, en el ámbito del Derecho civil aragonés, mientras que es de aplicación directa en aquellos ámbitos sobre los que el legislador autonómico carece de competencia (DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Manual de Derecho civil aragonés*, op. cit., pp. 104 y 105). El problema, en mi opinión, es que siguen existiendo en la actualidad incertidumbres y dudas acerca de cuál es el ámbito posible de competencia del legislador autonómico si bien, con la doctrina del Tribunal Constitucional, debe excluirse que la competencia autonómica alcance a todas aquellas materias de Derecho civil no atribuidas a la competencia exclusiva del Estado en el art. 149.1.8^a CE. La STC 31/2010, de 28 de junio (FJ 76), recogiendo el texto de la STC 88/1993, afirma que el “desarrollo” de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral. En el bien entendido de que ello “no significa, claro está, una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae* dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar”.

⁹⁶ En este sentido, DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Manual de Derecho civil aragonés*, op. cit., p. 109. Así, por ejemplo, en el preámbulo de la Ley de Derecho civil patrimonial se explica cómo: “La desafortunada remisión que el artículo

De forma muy discreta, se empieza a detectar la existencia de algunas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón sobre Derecho aragonés no foral. Así, la sentencia de 10 de junio de 2008, sobre infracción de preceptos de la Ley 24/2003 del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de política de vivienda protegida⁹⁷; la de 4 de enero de 2010, sobre preceptos de

145 de la Compilación hizo al artículo 541 del Código civil dio lugar a interpretaciones contrastantes e inseguras sobre las que la jurisprudencia ha acabado sentando el buen criterio. El artículo 30 atiende de manera general a la constitución de servidumbres por signo aparente (“por destino del padre de familia” llamaba a esta figura la doctrina más tradicional) de modo que excluye la aplicación de aquel artículo del Código, y el 39, al aclarar que los voladizos sobre fundo ajeno son los únicos signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, hace segura legalmente la solución jurisprudencial”. En efecto, en dos ocasiones el Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha declarado que: “La vigencia en Aragón del art. 541 del Código civil, hay que entenderlo es que respetando su peculiar Derecho en la regulación de los signos aparentes de servidumbre de luces y vistas. Por ello, a los efectos de dicho precepto del Código Civil, hay que entender, que signos aparentes de luces y vistas serán los que la Compilación determine, esto es, los del art. 145 de la Compilación, interpretación que, como decía la referida S. Audiencia Provincial 9-7-1994, es conforme al sentido propio de las palabras del precepto, en relación con el contexto y los antecedentes históricos y legislativos, de acuerdo con las normas interpretativas del art. 3.1 del Código Civil” (STSJA 16.12.2005, estimando el recurso de casación; STSJA 4.2.2004 —que tiene un voto particular—, confirmando la sentencia de la Audiencia Provincial).

⁹⁷ La STSJA 10.6.2008 contiene un pronunciamiento de interés acerca de la competencia de la Comunidad Autónoma para legislar sobre materias de Derecho civil no foral: “Dado que precedentemente hemos declarado la aplicabilidad al caso de la Ley 24/2003 de continua referencia, y en concreto de su art. 15.2, de estimar el Tribunal que dicha norma pudiera estar viciada de inconstitucionalidad deberíamos plantear la oportuna cuestión al Tribunal Constitucional, en los términos establecidos en el art. 35 de su Ley Orgánica y suspendiendo mientras tanto el fallo del recurso.

Pero ello no es así. La reserva competencial se contrae a la ordenación de los registros e instrumentos públicos, lo que es entendido por el Tribunal Constitucional, supremo intérprete de nuestra norma fundamental, como la competencia exclusiva para regular “el estatuto jurídico de los mencionados profesionales del Derecho e, incluso, de la naturaleza de sus funciones públicas” —STS 207/1999, de 11 de noviembre (RTC 1999, 207), en Pleno, fundamento de derecho cuarto. Allí se incluye aquello que constituye la esencia de la función notarial, como es la regulación de los actos y escrituras públicas, el protocolo notarial y la fe pública,

la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y Adolescencia en Aragón; la sentencia de 13 de septiembre de 2010, analiza la interpretación de distintos preceptos de la Ley 9/1998 de 22 de diciembre de Cooperativas de Aragón; la sentencia de 1 de septiembre de 2010 analiza el art. 71 de la Ley 5/2002, de 4 de abril, de Caza de Aragón.

B) Jurisprudencia “creadora”

Junto a la “jurisprudencia interpretativa” los Tribunales de casación elaboran también una “jurisprudencia integradora”, o “creadora”, entendiendo por tal aquella que, interpretando y aplicando las fuentes, no es meramente interpretativa, y hace uso de la interpretación extensiva, la analogía o la identificación de principios generales. En el plano de las declaraciones generales, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón no descarta genéricamente ni la interpretación extensiva ni la aplicación analógica

como garantía de seguridad jurídica, que debe regir en todo el Estado. Es el contenido de la regulación formal que se recoge en la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862, y su desarrollo en el Reglamento Notarial.

Cabe, sin embargo, que una Comunidad Autónoma competente en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, y que establece una regulación propia sobre política de Vivienda Protegida, establezca por Ley determinadas exigencias tendentes a asegurar el buen fin de la programación pública de vivienda protegida y de los fondos públicos a ella destinados, entre los que se incluye la nulidad de la escritura pública que contravenga las exigencias de control establecidas por la Administración. Como afirma la Exposición de Motivos de la Ley 24/2003, “se trata de garantizar la posible exigencia de responsabilidad de todos los agentes implicados en la producción de la vivienda protegida, sin excepción alguna, de manera que la Administración no se encuentre inerte frente a prácticas ilegales, ocasionales pero innegables, cuya existencia perjudica al conjunto de la política pública de vivienda protegida y siembra la duda acerca de la actuación de unos operadores privados que, habitualmente, ajustan su actuación estrictamente al marco normativo vigente.

En ese ámbito competencial de regulación de la vivienda puede la Comunidad Autónoma establecer determinados requisitos de los contratos que sobre ellos se acuerden, así como de las escrituras públicas en que se autoricen, y sancionar con nulidad la ausencia de alguno de dichos requisitos, como es, en el art. 15.2, la obtención del preceptivo visado”.

de las normas aragonesas. Expresamente se pronuncia en este sentido la S. 7.11.2001, que declara: “La interpretación de los textos legales debe hacerse, ciertamente, conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados, conforme al art. 3.1 del Código Civil, teniendo en cuenta la evolución de los tiempos juntamente con los demás elementos hermenéuticos como son los históricos, lógicos, sistemáticos y teleológicos”. Se trata de un pronunciamiento del máximo interés, pues deja atrás definitivamente la tesis preconstitucional que consideraba a los Derechos forales como privilegios o Derecho excepcional que debía ser objeto de interpretación estricta y aun restrictiva.

Fuera de las afirmaciones generales, sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón se muestra extraordinariamente prudente y considerado con el poder legislativo, de manera que sólo de forma muy excepcional podría hablarse de alguna suerte de jurisprudencia creadora. Esta actitud parece razonable cuando nos encontramos ante normas nuevas, puesto que el intérprete debe respetar la opción del legislador, pero encuentra menos explicación cuando se interpretan y aplican normas que ya no están adaptadas a nuevos problemas y necesidades sociales, fundamentalmente en atención al tiempo transcurrido desde su aprobación o que, incluso, como sucede en el caso de la Compilación, por los condicionamientos políticos de la época en que se redactó, en ocasiones sólo de forma muy escueta recoge el potencial del Derecho aragonés.

Frente a este planteamiento, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha negado la aplicación analógica del art. 143 de la Compilación, referido a los árboles frutales, a los frutos industriales producidos por unos aerogeneradores que invadían el vuelo de la finca vecina, con argumentos que no sólo parecen atender al dato de la inexistencia de identidad de razón⁹⁸, sino también a

⁹⁸ En palabras de la STSJA 7.11.2001: “En este caso *no se da la identidad de razón* para aplicar al caso de autos la regulación comprendida en el art. 143 de la Compilación, por inmisión del vuelo ajeno ocasionado por las ramas de árboles frutales. Mientras que el fruto del árbol es consecuencia de la acción

otro tipo de consideraciones, como el hecho de que el legislador no hubiera modificado el precepto legal en las reformas habidas de la *Compilación*⁹⁹; pero, en cambio, en la S. 20.6.2005 ha considerado que era aplicable a las parejas de hecho la norma prevista en la Ley de sucesiones del año 1999, en cuya virtud, se produce la ineficacia de las liberalidades atribuidas al otro cónyuge si sobreviene la separación¹⁰⁰.

climática —el sol, la lluvia y el viento—, de la tierra, incluyendo su morfología, humedad y sales minerales que se encuentran en su composición, y de la propia calidad del árbol y los cuidados dedicados a su cultivo, en el caso del fruto industrial del aerogenerador la tierra constituye exclusivamente el apoyo en que se sustenta, sin que de la misma se extraiga elemento alguno que produzca el fruto”. La sentencia va acompañada de un voto particular en el que el magistrado discrepante expresa la opinión de que la invocación de la aplicación analógica del art. 143 carece de base seria, por lo que no puede determinar la competencia del Tribunal y, a su juicio, debería dictarse sentencia declarando la competencia del Tribunal Supremo, por tratarse de un pleito de protección del dominio, accesión y resarcimiento de daños, temas sobre los que no existe norma aragonesa.

⁹⁹ Según la S. 7.11.2001: “En el caso presente resulta acreditado que cuatro de los aerogeneradores instalados por las Corporaciones demandadas ocupan parcialmente el vuelo de la finca de las actoras, cuando en el movimiento generado por la fuerza del viento, las aspas se sitúan sobre dicho vuelo, pero ello ni implica una ocupación total del indicado espacio, ni resulta equiparable al contemplado en la norma. *Es de advertir que el legislador aragonés ha mantenido el precepto en la misma redacción que tenía en la Compilación aprobada por Ley estatal de 8 de abril de 1967, cuando la Ley 3/1985 de 21 de mayo, de las Cortes de Aragón, adaptó e integró en el ordenamiento jurídico aragonés dicho texto legal, y que posteriormente lo modificó en varias ocasiones, siendo la última la producida por Ley 1/1999 de 24 de febrero. En ninguna de dichas modificaciones el legislador aragonés ha decidido modificar la citada norma, pese a que la realidad social ya mostraba la existencia de relaciones entre fundos vecinos distintas a las derivadas de la presencia de árboles frutales en los confines, de lo que se desprende que, interpretando correctamente el referido precepto, no está regulando otras relaciones entre colindantes que las relativas a tales plantaciones, y por ello no resulta de aplicación directa al supuesto de autos”.*

¹⁰⁰ La sentencia, que considera inaplicable al caso por analogía la Ley de parejas de hecho, considera aplicable en cambio por analogía la norma prevista para el matrimonio en la ley de sucesiones: “En la determinación de los efectos legales que tal opción de la situación de convivencia supone debe, además, valorarse que no cabe estar a la constitución obligatoria como pareja estable prevista en el ar-

A diferencia de lo que sucede en otros Derechos civiles forales, no existe en Aragón norma relativa a la aplicación por analogía, no solo para las normas aragonesas, sino tampoco para la

título 3 de la Ley 6/1999 para los supuestos de convivencia superior a dos años. Porque, en el presente caso, en que subsiste el vínculo matrimonial anterior de uno de los convivientes, el artículo 4 a) de la Ley prohíbe estar a la formación de la pareja estable que la misma norma prevé, de modo que los propios preceptos de la Ley excluyen su posible aplicación. Por lo que hay que estar, finalmente, al efecto jurídico de haber quedado la relación convivencial, tanto por la situación creada por los convivientes, como por observancia de la Ley especial, sin que tal cuerpo normativo le sea aplicable. Y no siendo de aplicación directa la Ley prevista para parejas estables, debe concluirse que no es posible tampoco su aplicación analógica, por ser de observancia preferente la cobertura jurídica y legal que permitió la exclusión normativa.

Inaplicables en la relación de los convivientes las normas previstas para parejas estables como las recoge la Ley especial, no cabe, sin embargo, valorar la posible corrección jurídica de las disposiciones testamentarias otorgadas por don Jesús Carlos a favor de doña Constanza como si éstas hubieran sido hechas entre particulares sin vínculo específico previo alguno, haciendo abstracción absoluta de la causa principal de su otorgamiento, que era la relación convivencial dotada de las notas de afectividad, estabilidad y vocación de permanencia considerada acreditada en ambas instancias e incluso en procedimientos anteriores.

Por el contrario, dada la identidad de situación fáctica y relaciones jurídicas con el caso presente, sí cabe la analogía con la normativa propia de las relaciones patrimoniales entre particulares presididas por las características propias de la relación de pareja. Normativa que en el ordenamiento civil aragonés viene constituida principalmente por la Ley 2/2003 y, en lo aplicable por partir de la institución matrimonial, por la Ley 1/1999 de sucesiones por causa de muerte. Por ello, sí resulta de observancia el artículo 123 de la Ley sucesoria citada. Precepto que, atendiendo a la importancia que el matrimonio tiene en la formación de la decisión del cónyuge testador, y salvo que sea otra la voluntad clara manifestada, deja ineficaces las liberalidades hechas a favor del otro cónyuge cuando el matrimonio se separa o disuelve, o se comienzan los trámites para ello. Circunstancias causantes de ineficacia que se dieron en el caso actual, en el que consta tanto la separación real y efectiva de los convivientes Jesús Carlos Constanza como la completa tramitación de procedimiento destinado a resolver las cuestiones económicas surgidas tras la separación. Por lo que, en consecuencia, dada la identidad de situaciones de hecho y jurídicas entre lo previsto para el matrimonio y la situación de convivencia mencionada, debe estarse a declarar ineficaz el legado concedido por don Jesús Carlos a favor de doña Constanza tal y como se solicitó en la demanda reconventional y la sentencia recurrida acordó”.

aplicación del Derecho supletorio¹⁰¹. El Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en S. 26.11.2007 ha admitido también la aplicación analógica del Código civil, aplicable al supuesto de forma supletoria (en el caso, por razones de derecho transitorio, el Tribunal considera que no era aplicable el art. 56.3 de la Ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad sino, por analogía, el art. 1380 del Código civil). Resulta interesante conocer la posición del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en relación con este aspecto, porque en última instancia su actitud en este punto enlaza con un menor esfuerzo dirigido a encontrar la solución en una norma propia, mediante el recurso, fundamentalmente, a los principios generales del Derecho aragonés.

A la hora de revisar los temas de la jurisprudencia foral merece especial atención la aplicación de principios generales del ordenamiento aragonés. A la interpretación de las leyes y costumbres aragonesas conforme a los principios generales efectuada por el Tribunal Superior de Justicia, dada la posición de este Tribunal, debería reconocérsele singular valor.

En la actualidad, como ha puesto de relieve el profesor Delgado, sin negar relevancia a los principios tradicionales, en la medida en que relacionan el Derecho vigente con sus raíces, más importancia debe otorgarse a los principios generales de carácter sistemático, que saquen a la luz la interpretación de las normas del Derecho civil aragonés como ordenamiento jurídico dotado de coherencia, sistematicidad y principios propios¹⁰². En las decisiones del Tribunal Superior de Justicia, sólo excepcionalmente los principios tradicionales del Derecho aragonés han sido la clave de la casación¹⁰³. Por lo demás, como advierte, con

¹⁰¹ La ley 6 de la Compilación Navarra expresamente establece que el Código civil y las leyes generales de España son Derecho supletorio de la Compilación “y no se aplicarán a supuestos distintos de los expresamente previstos”.

¹⁰² Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Manual de Derecho civil aragonés*, p. 89.

¹⁰³ Se trata de la STSJA 9.11.1991, donde se afirma que: “Considera la Sala que la sentencia recurrida, al aplicar la presunción contenida en el art. 449, en relación con lo dispuesto en los arts. 448 y 464 del Código civil, en los que fun-

razón, la S. 30.9.2005 (en un caso en el que se estima el recurso de casación, y el Tribunal realiza una interpretación histórica diferente de los argumentos de interpretación histórica que la parte recurrida utilizaba en defensa de su tesis), “se comprueba que las interpretaciones históricas tienen sus dificultades”. Por ello, el Tribunal Superior de Justicia debería prescindir en sus sentencias de toda referencia a los principios tradicionales, históricos, cuando su cita carezca de trascendencia en la interpretación de la norma aplicada y sólo muestre erudición; si la cita de los principios tradicionales aparece desconectada en la exposición de los antecedentes de la norma que se interpreta, su mención tan solo oscurece la comprensión del criterio interpretativo del Tribunal.

Una mención especial debe hacerse al principio *standum est chartae*, recogido expresamente en el art. 3 de la Compilación. Aun cuando se ha afirmado expresamente en dos ocasiones el papel del *standum* para determinar la competencia del Tribunal Superior de Justicia, también en materia de obligaciones y contratos, tal declaración no siempre se ha vertido en sentencias referidas a este sector del Derecho civil, lo que permite poner en

damenta su decisión, incurre en error al resolver la cuestión debatida; puesto que fundando don Fernando la acción recuperatoria de la posesión en su condición de heredero continuador de la casa Garcés, habrá de resolverse la acción ejercitada, en defecto del pacto, con arreglo a la costumbre y a los principios que tradicionalmente inspiran el ordenamiento jurídico aragonés, como ya se ha razonado en anteriores Fundamentos Jurídicos, al tratarse de una institución consuetudinaria. Y es que aunque frente a la acreditada posesión continuada de doña Josefina, que supone, cuando menos, un co-dífrute de esos bienes (Sentencia de AT de Zaragoza 23-11-1955), ninguna eficacia puede reconocerse a la acción recuperatoria de la posesión frente a la poseedora durante más de un año y día, mientras no sea vencida en juicio de propiedad; principio de Derecho aragonés, sancionado en el Fuero 1.º De jure jurando, libro 4 y Fuero 6.º De *fidejussoribus*, libro 8, ambos de 1247, en el Fuero 30 De *aprehensionibus*, de 1436, libro 4 y en la Observancia 13 De *fidejussoribus*, libro 4. Pues ha de tenerse en cuenta, que el heredero instituido continuador de la casa Garcés, lo fue de futuro, que aunque como institución contractual era irrevocable, al abandonar la casa en el año 1951, perdió voluntariamente la posesión o coposesión sobre esos bienes, cuya posesión ahora trata de recuperar”.

cuestión la consistencia de tal doctrina¹⁰⁴. Al mismo tiempo, jun-

¹⁰⁴ La esencia del principio aparece formulada en varias sentencias de la misma forma: “Hemos dicho en ocasiones anteriores que el principio *standum est chartae*, libertad de pacto e incluso de disposición unilateral constituye un mandato del legislador al Juez para resolver los litigios estando a la voluntad de los otorgantes de la “carta”, o documento en el que se recoge y expresa dicha voluntad. Consagra el legislador aragonés, dentro del título preliminar de la Compilación y bajo la rúbrica Las normas en el Derecho Civil de Aragón, el principio de la libertad civil, que permite a los ciudadanos establecer sus relaciones en la forma y con el contenido que tengan por conveniente, *tanto en materia de obligaciones y contratos como en otros ámbitos del derecho civil*, con la sola limitación de la imposibilidad de cumplimiento de lo pactado o de su contradicción de las normas imperativas que sean aplicables en este territorio. Dimana, en este punto, de lo establecido por la Observancia 16 “De fide instrumentorum”, conforme a la que “Iudex debet stare semper et iudicare ad cartam et secundum quod in ea continentur, nisi aliquid impossibile vel contra ius naturale continentur in ea”.

A este principio, recogido en el art. 3º del texto legal compilado, se ha referido ya esta Sala en sentencias de 18.6.1992 y 29.9.1992. En esta última se decide la cuestión objeto del debate procesal mediante una interpretación de la voluntad de los otorgantes, rechazando la Sala el recurso porque el Tribunal “a quo” no había incurrido en ilógica o inadecuada labor hermenéutica, y no se había infringido el mencionado principio de derecho, concluyendo que la necesidad de estar a la carta no excluye la interpretación del contenido del documento, precisamente para alcanzar la real voluntad de los que lo otorgaron”.

Los dos párrafos transcritos, contenidos en la STSJA 10.5.2007, reproducen literalmente lo que dijo la S. 5.10.98. Leídas estas afirmaciones de forma aislada, podría pensarse que el Tribunal Superior de Justicia está admitiendo el papel del *standum* en el ámbito del Derecho de obligaciones, sobre el que no existen normas aragonesas (fuera de la referencia aislada a los contratos de ganadería contenida en la Compilación). Ciertamente, la S. 5.10.98 se refiere a un contrato de transmisión de la propiedad de unas acciones a cambio de un precio (art. 1445 del Código civil), y mediante la cita del *standum* la recurrente pretendía que en casación se modificara la calificación del contrato, lo que no fue admitido por el Tribunal Superior de Justicia con el argumento de ser correcto el criterio hermenéutico mantenido por la Audiencia Provincial, dirigido a lograr el equilibrio de las prestaciones de las partes. Es importante advertir que el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, después de declararse incompetente y remitir el asunto al Tribunal Supremo, asumió la competencia sobre un recurso en el que se denunciaba infracción de los arts. 1281, 1282, 1091 y 1445 del Código civil y art. 3 de la Compilación, pues el Tribunal Supremo se lo remitió (en la actualidad, vid. art. 484.3 LEC).

Sin embargo, la STSJA 10.5.2007, después de las afirmaciones generales reproducidas, al centrarse en el caso que se le plantea (“partiendo de lo anterior”,

to a decisiones en las que el Tribunal Superior de Justicia analiza si existe o no infracción del principio en ámbitos del Derecho de obligaciones, en asuntos remitidos por el Tribunal Supremo¹⁰⁵, en otras ocasiones ha rechazado que la cita del *standum* sea suficien-

dice), desestima el motivo del recurso que denunciaba infracción del *standum* con el argumento fundamental de la “reiterada doctrina jurisprudencial que sienta el principio de la que la interpretación de los contratos, actos jurídicos y declaraciones de voluntad es facultad privativa de los Tribunales de instancia”. En el caso, mediante la cita del *standum*, la recurrente pretendía que se considerara producida una renuncia traslativa de la herencia, lo que fue rechazado por la Audiencia Provincial, cuyo criterio confirma el Tribunal Superior de Justicia. La afirmación, por tanto, de la competencia casacional del Tribunal Superior de Justicia siempre que se denuncie infracción del art. 3 de la Compilación con independencia del ámbito material a que se refiera (familia, sucesiones, ¿obligaciones?) no es mantenida de forma efectiva en las sentencias citadas, por mucho que pueda llegar a identificarse tal frase en su redacción.

¹⁰⁵ STSJA 13.9.1999 (demanda de nulidad de transmisión de participaciones sociales), que copia los párrafos de la 5.10.1998 acerca de la esencia y el ámbito del principio. En el caso, el Tribunal Superior de Justicia, sin entrar a valorar la interpretación del principio, desestima el motivo porque aprecia que hay contradicción entre su invocación y la petición de nulidad del negocio, pero en realidad no queda clara la razón por la que se entendía infringido el *standum*. En el recurso se denunciaba infracción por inaplicación del art. 3 de la Compilación y de los arts. 28 de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada y 6.3 del Código civil.

STSJA 29.5.2000 (cumplimiento de cláusula penal), que después de reproducir los párrafos de la reiterada STSJA 5.10.1998, y sin solución de continuidad, añade un razonamiento contrario: “Téngase, por otra parte, en cuenta, en términos de generalidad que no es suficiente la mera invocación del aludido principio cuando exista un pacto por escrito. El propio precepto en el que se inserta, art. 3 de la Compilación y sus dos artículos precedentes, están comprendidos bajo la rotulación ‘Las Normas en el Derecho Civil de Aragón’. Es acreditada la opinión doctrinal de que, en materia de obligaciones, donde la presencia de peculiaridades forales es, además mínima, apenas se pretenden aplicaciones del principio citado. El plus de singularidad exigible atañe a cuestión de Derecho Aragonés”. Finalmente, por si ello no fuera suficiente añade que en el caso concreto, en cualquier caso, la aplicación del principio del *standum* cedería ante otro principio, el “*rebus sic standibus*” (que parece ser fue la interpretación del Tribunal de instancia). En el recurso se denunciaba infracción, entre otros, de los arts. 1101, 1152, 1154, 1256 y 1103, 1281 y ss. del Código civil e infracción de los arts. 1.2 y 3 de la Compilación en relación con el art. 1252 del Código civil y la jurisprudencia que lo interpreta.

te para determinar su competencia casacional cuando la materia a que se refiere no está regulada por el Derecho aragonés¹⁰⁶.

Por otra parte, y además de los supuestos en los que la cita del *standum* es absolutamente irrelevante para la decisión del caso¹⁰⁷, el Tribunal Superior de Justicia ha declarado que el *standum* no impone una interpretación literal de los documentos¹⁰⁸, que no impide averiguar la verdadera voluntad de las partes, inter-

¹⁰⁶ Auto TSJA 28.10.2005 (contrato de sociedad); Auto TSJA 28.10.2005 (contrato de obra); Auto TSJA 4.11.2005 (acción directa del contrato de seguro); Auto TSJA 4.4.2006 (compraventa de participaciones sociales).

¹⁰⁷ No es raro que cuando los derechos que se discuten proceden de unas capitulaciones, un pacto sucesorio, pero también de un acto unilateral, como un testamento, el Tribunal haga referencia genérica al *standum* como expresión del respeto a la voluntad de los particulares, pero sin consecuencias para la resolución del recurso. El *standum* sirvió, sin embargo, de forma decisiva, en la STSJA 5.7.1995, para admitir una figura asociativa de carácter familiar diferente a la recogida en el art. 33 de la Compilación, con la consecuencia de someterla al régimen de liquidación previsto en el art. 34.

¹⁰⁸ Descartan que en la actualidad el principio *standum est chartae* tenga una función interpretativa, en el sentido de que deba estarse al sentido literal del documento, las Ss. TSJA 28.3.2003 (que contiene un largo fundamento en el que se aportan datos de la evolución histórica del principio y que incluye cita de la jurisprudencia de la Audiencia de Zaragoza y del Tribunal Supremo; este largo fundamento es reproducido literalmente por las otros dos sentencias citadas a continuación), 25.6.2007 y 26.2.2009. En palabras de la STSJA 28.3.2003 (sobre interpretación de escritura de disolución de régimen económico): “Por último, esta Sala tiene declarado que ‘la necesidad de estar a la carta no excluye la interpretación del contenido del documento, precisamente para alcanzar la voluntad real de los que la otorgaron’ (sentencia de 5 de octubre de 1998). En suma, el principio ‘*standum est chartae*’ no encierra una limitación de las posibilidades hermenéuticas del documento, prevaleciendo, en su caso, sobre el sentido literal de las palabras la verdadera voluntad del declarante o declarantes”. Reproduce estas declaraciones la S. 25.6.2007 en un caso de interpretación de unas capitulaciones de separación de bienes. La STSJA 26.2.2009 añade a lo anterior, la cita de la Compilación y deduce que: “Por lo tanto, el principio que nos ocupa tiene actualmente un único sentido: es expresión de la libertad de pacto o disposición, careciendo de función interpretativa. Sentado esto, es claro que el presente motivo de impugnación también debe decaer, pues se sustenta en una función interpretativa que no desempeña el apotegma ‘*standum est chartae*’, que sólo es expresión del principio de autonomía de la voluntad” (interpretación de un testamento).

pretando el documento¹⁰⁹, que su alegación no puede ser una vía para impugnar en casación la interpretación realizada por el Tribunal de instancia del pacto o documento, y que no infringe el *standum* la sentencia del Tribunal de instancia que, soberanamente, interpreta de manera no absurda o ilógica el pacto o acto unilateral de voluntad de que se trate¹¹⁰.

En definitiva, puede deducirse que, para el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, no hay infracción del *standum* cuando la interpretación de la voluntad de los particulares no ha sido errónea. Sin embargo no se ha llegado a afirmar que la simple denuncia de interpretación errónea de la voluntad no puede tener entidad bastante para considerarse infringido el principio del *standum*. De hecho, el Tribunal Superior de Justicia considera que no se ha infringido cuando comprueba que la interpretación del Tribunal de instancia no le parece arbitraria o ilógica.

Por ello, tampoco se ha dicho por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en ninguna ocasión algo verdaderamente importante en relación con el principio *standum est chartae*: cuándo se puede entender que hay infracción del *standum* lo que, en mi opinión, se produce cuando se antepone una norma a la voluntad. Admitiendo que la Compilación recoge el principio del *standum* como expresión de la libertad civil, su infracción se ha podi-

¹⁰⁹ Ss. TSJA 28.3.2003 y 25.6.2007 (sobre el 216 de la Ley de sucesiones por causa de muerte), STSJA 26.2.2009 (legados).

¹¹⁰ Además de las ya citadas Ss. TSJA 5.10.1998, 10.5.2007, hay otras: S. 18.6.1992 (que realiza tal afirmación tras considerar cuestión nueva la invocación del *standum* en casación, en un caso en el que, además, se invocaba la infracción de otros preceptos aragoneses, en particular del art. 48 de la Compilación: opción de compra otorgada por la esposa sobre bien consorcial con autorización del marido); S. 29.9.1992 (interpretación de un documento de capitulaciones, nombramiento de heredero y sociedad familiar); S. 9.11.2005 (que razona conjuntamente con el art. 1255 del Código civil y con el art. 3 de la Compilación, en un caso de participación y adjudicación de bienes hereditarios tras fallecimiento, en donde se discute el carácter privativo de unas participaciones atendiendo a las circunstancias del negocio de adquisición; en el caso se denunciaba la infracción de otras normas de Derecho común y de Derecho aragonés: arts. 1281 del Código civil, 38.4 y 47.2 de la Compilación).

do producir por haber considerado el Tribunal de instancia que, frente a la voluntad particular, debía prevalecer una norma que, o bien no es imperativa, o bien no es aragonesa, o bien se considera que no despliega efectos en el ámbito del Derecho civil¹¹¹.

Para el caso de que llegara a formarse jurisprudencia acerca de la infracción del *standum* por haber antepuesto una norma a la voluntad de los particulares, sólo si se repite el caso en relación

¹¹¹ El Auto TSJA de 25 de mayo de 2010 inadmite el recurso que se fundaba en la infracción del art. 3 de la Compilación (principio *standum est chartae*) invocado por vez primera en el proceso, de forma que se pretende una alteración del objeto del litigio y esa alteración significa introducir una cuestión nueva en casación. El recurso alega infracción del art. 3 por entender que las partes pueden pactar una duración indefinida del contrato y que su rescisión quede a expensas de la voluntad de una de ellas; el Tribunal puntualiza que el recurrente partió desde el principio del hecho de que no se concertó un arrendamiento a perpetuidad y que la controversia versó sobre si la voluntad de las partes fue celebrar un contrato de larga duración, es decir, si se quiso o no pactar la sumisión de las partes a la prórroga forzosa. De no haberse producido un intento de alteración del objeto y haberse admitido el recurso, el Tribunal hubiera podido llegar a pronunciarse sobre la eficacia del *standum* en materia de obligaciones: mejor, sobre la posibilidad de los aragoneses de desplazar normas del Código civil en materia de obligaciones y contratos, en un ámbito en el que no sólo no hay normas aragonesas, sino en el que, sobre todo, los límites de las competencias legislativas de la Comunidad Autónoma están si definir; negada la competencia de la Comunidad para legislar, quedaría descartado todo el juego del *standum*.

En una ocasión, el Tribunal Superior de Justicia ha declarado que no se infringe el *standum* porque la norma que se antepone a la voluntad es norma imperativa. Se trata de la S. 11.7.1994, que considera que no se infringe el *standum* al aplicar el límite previsto en el art. 73 de la Compilación y declarar la ineficacia del legado que atribuía al esposo el usufructo de viudedad universal, reduciéndolo a la mitad del caudal hereditario de la causante, de acuerdo con la norma citada, por ser ésta imperativa.

Curiosamente, en los últimos años, solo en una ocasión, y en sentencia del Tribunal Supremo, se ha entendido producida infracción del *standum*: la STS 5.4.1990 casa la S. de la Audiencia Provincial Zaragoza que calificó como viudedad legal una cláusula testamentaria a favor del viudo por el que se le instituyó como usufructuario universal "para los días de su vida", con la condición de que tras su fallecimiento pasaran todos sus bienes a los herederos de la testadora. Pero tampoco es porque se imponga una norma frente a la voluntad, sino porque no se ha interpretado correctamente el testamento y, con ello, no se ha respetado la voluntad.

con la misma norma podría entenderse que existe interés casacional por infracción de jurisprudencia. Planteado el problema en relación con una norma diferente, si el Tribunal de instancia considera que prevalece la norma frente a la voluntad, no habrá jurisprudencia, y ese será entonces el interés casacional que podrá apreciarse.

Tampoco está resuelto en la jurisprudencia reciente el asunto de la forma (la carta) en el ámbito del *standum*. La STSJ 18.12.1990 desestima el motivo del recurso de casación que denunciaba infracción del *standum* por la S. de la Audiencia Provincial que declaró la nulidad de una donación de hacienda (que incluía bienes inmuebles, y los muebles se consideran como accesorios de un todo) sin escritura pública. El Tribunal Superior de Justicia de Aragón, con una mezcla de argumentos heterogéneos que privan al razonamiento de seguridad, declara que el *standum* no puede ir contra norma imperativa aplicable en Aragón, entre las que considera incluida la exigencia de escritura pública para la donación de inmuebles contenida en el art. 633 del Código civil, fundamentalmente por considerar que se trata de una norma que enlaza con la tradición jurídica aragonesa, que exigía, dice, para la validez de la donación de una heredad, escritura pública. La explicación de la vigencia del art. 633 del Código civil en Aragón con el argumento de la inexistencia de libertad de forma en el Derecho aragonés, cuando la tradición jurídica no es norma, y prescindiendo por tanto de toda argumentación sobre el ámbito del principio del *standum* (el Derecho aragonés) resulta confusa, y no ofrece una guía para posibles decisiones futuras sobre las normas imperativas que podrían jugar como límite al *standum*¹¹².

¹¹² El aspecto de la forma como requisito del *standum* se plantea también de forma indirecta en la S. 29.9.1992, donde tras una escritura pública en 1917, se suscita el tema de la validez de un documento privado de 1980 y su eficacia frente a los hijos de los intervinientes en el mismo y la validez de otro documento público de 1985. De forma más llamativa, la STSJA 5.7.1995 razona sobre el *standum* ampliamente sin darle importancia al tema de que, en el caso, se trata de un pacto verbal. Lo advierte

5. EFICIENCIA DE LA JURISPRUDENCIA FORAL

5.1. La eficiencia de la jurisprudencia

El modo habitual de decidir los pleitos, al añadir al valor de autoridad el de lo previsible, hace que adquiera el prestigio de una interpretación autorizada¹¹³. Desde hace tiempo, es reiterada la denuncia de que las sentencias del Tribunal Supremo parecen haber perdido el sentido de la casación, puesto que pocas veces puede identificarse en su labor el establecimiento de una doctrina cierta y consolidada, y con frecuencia más bien da la impresión de que se limita a resolver *ad casum*¹¹⁴.

La “eficiencia” de la jurisprudencia era también un valor al que aspiraba el legislador del año 2000 con la regulación de la casación en la ley procesal¹¹⁵, pero es dudoso que en el momento actual estén zanjadas las dificultades a que se enfrenta la elaboración de jurisprudencia en el Tribunal Supremo y, por ende, su eficiencia.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia foral, de una parte,

MOREU BALLONGA, J. L., *Mito y realidad en el standum est chartae*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 189.

¹¹³ La afirmación es común en los autores. Por todos, entre los civilistas, DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, p. 500, p. 512.

¹¹⁴ Se trata de un lugar común. Por todos, por el detalle con que se ocupa del problema, PASQUAU LIAÑO, M., *op. cit.*

¹¹⁵ En la Exposición de Motivos de la LEC 2000, apartado XIV puede leerse: “En un sistema jurídico como el nuestro, en el que el precedente carece de fuerza vinculante —sólo atribuida a la ley y a las demás fuentes del Derecho objetivo—, no carece ni debe carecer de un relevante interés para todos la singularísima eficacia ejemplar de la doctrina ligada al precedente, no autoritario, pero si dotado de singular autoridad jurídica”.

Más adelante, en el apartado XV de la misma Exposición de Motivos se dice: “En nuestro sistema jurídico, la jurisprudencia o el precedente goza de relevancia práctica por su autoridad y fuerza ejemplar, pero no por su fuerza vinculante. Esa autoridad, nacida de la calidad de la decisión, de su justificación y de la cuidadosa expresión de ésta, se está revelando también la más importante en los sistemas jurídicos del llamado case law. Y ha sido y seguirá siendo la única atribuible, más allá del caso concreto, a las sentencias dictadas en casación”.

la doctrina aragonesa la estudia, y es objeto de publicación en la Revista Aragonesa de Derecho Civil, donde ocasionalmente se comenta, en general, en un tono laudatorio; de otra parte, en el proceso de elaboración de las leyes aragonesas el prelegislador, la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, tiene en cuenta la jurisprudencia con consecuencias desiguales: en ocasiones el resultado de esa atención se traduce en que se convierte en ley una interpretación jurisprudencial; otras veces, la ley corrige una interpretación judicial que no le parece conveniente, cerrándole el paso en el futuro con un texto expreso que establece una solución legal diferente; pero en última instancia, la eficiencia de la jurisprudencia, en definitiva, debe medirse sobre todo por la tendencia de los Tribunales inferiores a seguir las doctrinas e interpretaciones del Tribunal de casación y en este punto, como diré más adelante, la situación no es, por el momento, muy halagüeña.

El inconveniente de que no exista un único Tribunal con competencia para elaborar jurisprudencia sobre el Derecho aragonés proyecta sus propios peligros a la hora de obtener una jurisprudencia única¹¹⁶, pero es irrelevante para la formación de una jurisprudencia de calidad por parte del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Los obstáculos reales a que se enfrenta en la práctica la jurisprudencia del Tribunal Supremo (el elevado número de asuntos de que conoce, la existencia de varias secciones de la misma Sala)¹¹⁷ son ajenos a los problemas de la ju-

¹¹⁶ Por todos, BONET NAVARRO, Á., "Artículo 29", en *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Aragón* (Dir. J. Bermejo Vera), Madrid, 1985, pp. 305 y ss.; del mismo autor, "La casación en materia foral", en *Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza*, 1989, p. 45.

¹¹⁷ El fenómeno de la jurisprudencia incoherente se explica, entre otras razones, por el número excesivo de decisiones de un Tribunal de casación, que hace más difícil el control de coherencia, y por tanto vuelve más bajo el grado de autoridad y la eficacia persuasiva de los pronunciamientos de casación. Vid. TARUFFO, M., *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*, traducción de J. J. Monroy Palacios y J. F. Monroy Gálvez, Palestra Editores, Lima, 2006, p. 149.

jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia¹¹⁸. Sí puede ser en cambio una explicación de la dificultad para clarificar la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia la tendencia de las partes, seguida en ocasiones por el propio Tribunal, de convertir la casación en una tercera instancia, de forma que se privilegian las exigencias de la justicia del caso concreto por encima de la uniforme interpretación de la ley¹¹⁹.

El Tribunal Superior de Justicia reitera en sus resoluciones que la casación no es una tercera instancia (tanto en autos de inadmisión como en las sentencias que desestiman los motivos del recurso con el argumento, entonces, de que el motivo de inadmisión cobra el valor de causa de desestimación)¹²⁰. Pero, como explica Xiol en relación con la labor del Tribunal Supremo¹²¹, la casación funciona como una tercera instancia cuando, aunque formalmente se presenta como un recurso que sólo puede conocer de cuestiones jurídicas, en la práctica llega a admitir una revisión de los hechos por la vía de considerar que el error en la valoración de la prueba es un error jurídico, haciendo uso de la facultad integradora del *factum*¹²², o que presumir la certeza de

¹¹⁸ El exceso de casos no es una situación a la que debe enfrentarse el Tribunal Superior de Justicia: por el contrario, la ley sobre la casación foral aragonesa se aprobó con el propósito confesado por el legislador de “hacer posible la utilización de este recurso en un número mayor de litigios sobre Derecho aragonés” (preámbulo Ley 4/2005) y, aun cuando ha aumentado el número de recursos de casación resueltos (vid. los datos aportados en los capítulos primero y tercero en este mismo volumen), siguen siendo poco significativos.

¹¹⁹ TARUFFO, M., *El vértice ambiguo, op. cit.*, pp.154-155.

¹²⁰ Por ej., STSJA 11.5.2007, sobre las necesidades que puede tener una finca para determinar la anchura de la servidumbre), fundamentalmente cuando se trata de conseguir una nueva valoración de la prueba por el órgano de casación por esta vía.

¹²¹ XIOL RÍOS, J. A., “Reflexiones sobre la interacción entre justicia y economía. La jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Justicia y Economía*, M. Ayuso GUTIÉRREZ, Dir., Manuales de formación Continuada, 49, 2009, Madrid, 2010, pp. 26 y 28.

¹²² En el caso a que se refiere la STSJA 21.6.2005, se interpone recurso de casación por aplicación indebida de los arts. 96 y 97 de la Compilación, referidos a la posibilidad de modificar el testamento. El Tribunal estima el motivo, pero para

un hecho es una inferencia¹²³, incluyendo la revisión de cuestiones que dependen de la apreciación del Tribunal inferior, como las relativas a la interpretación de los testamentos para averiguar la voluntad real¹²⁴, o la fijación de las cuantías indemnizatorias

ello, modifica los hechos, entendiendo que la Audiencia Provincial ha cometido un error: “*La Sala en este punto ha de hacer uso de la facultad integradora del factum a fin de poner de manifiesto el error en que la Audiencia ha incurrido puesto que del examen de las actuaciones resulta que en ningún momento, ni el proceso 209/1998 ante el Juzgado de Tarazona, ni el recurso de apelación, ni este trámite, ha invocado la nulidad de las escrituras de venta; sí invocó nulidad de otras escrituras que afectaban a otras fincas, pero no a estas, por lo que mal podía decretarse una nulidad que en ningún momento fue solicitada. Ni el recurrente ha postulado la ineficacia de los testamentos. Lo que sostiene a lo largo del procedimiento es, que comoquiera que en la escritura de 2 de noviembre de 1976 su madre doña Antonia manifestó que era su decidido propósito no modificar el testamento que tenía otorgado el 30 de junio de 1972, ni disponer por actos *inter vivos* a favor de sus hijas o de sus descendientes de los bienes de su patrimonio, como no sea también a favor de su otro hijo Manuel, y, sin embargo, pese a tal afirmación modificó el testamento en su perjuicio, el incumplimiento de tal compromiso al nombrar heredera a su hija Paula le causó un perjuicio, que reclama*”.

¹²³ Considerando que al presumir la certeza de un hecho debatido (que el paso por una finca como base para una servidumbre se realizaba a título de dueño) la Audiencia Provincial realiza una inferencia, susceptible de revisión en casación según la doctrina del Tribunal Supremo, la STSJA 8.3.2006 *rechaza el razonamiento del Tribunal de instancia y declara como interpretación más lógica la de que el paso era meramente tolerado*. Para hacerse una idea de la falta de unidad de planteamiento sobre este tipo de problemas entre los magistrados del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, puede leerse la STSJA 14.7.2004 y los dos votos particulares que la acompañan: la sentencia confirma la de la Audiencia Provincial porque considera que, habiendo quedado probado que los demandantes pretendieron comprar el terreno que integraba el paso, es claro que no poseían a título de dueño, por lo que su posesión no era apta para adquirir por usucapión la servidumbre de paso; en el voto particular que hace el magistrado F. Zubiri a esta sentencia se argumenta que el recurso debió estimarse por ser la del demandante una posesión a título de dueño, mientras que en el voto particular del magistrado L. Fernández se discrepa del sentir de los demás magistrados por entender que lo que pretende el recurrente al formular recurso de casación, y es aceptado por la sentencia, es revisar la valoración fáctica efectuada por la sentencia, hacer supuesto de la cuestión sobre la base de cuestionar los hechos declarados probados.

¹²⁴ La STSJA 8.1.2006, tras citar la doctrina del Tribunal Supremo acerca de que la interpretación de los testamentos es competencia de los Tribunales de instancia siempre que se mantenga dentro de los límites racionales y no sea arbitraria

sin establecer bases o conceptos tomados en consideración¹²⁵. El

y que sólo puede ser revisada en casación cuando las conclusiones a que llega sean ilógicas o contrarias a la ley o a la voluntad del testador, y procede a “buscar la voluntad de la testadora” y casa la sentencia, estimando parcialmente la demanda. La sentencia va acompañada de un voto particular en el que se estima que no procedía estimar el recurso de casación por ser correcta la interpretación de las cláusulas testamentarias realizada por la Audiencia Provincial.

La STSJA 22.2.2002, que no rectifica el criterio interpretativo de la Audiencia Provincial, tras advertir que el recurrente trata de convertir la casación en una tercera instancia, añade que no obstante va a dar respuesta al recurso “con el fin de clarificar el carácter consorcial de este hotel”, procede a valorar los documentos aportados y las inscripciones registrales para concluir que la sentencia impugnada no cometió infracción de ninguna clase.

¹²⁵ En la STSJA 7.11.2001, un motivo del recurso denunciaba la infracción, por inaplicación, de los arts. 7.2 y 1902 del Código Civil, y del principio general del derecho “*neminem laedere*”. Según se recoge en la STSJA, la sentencia recurrida declara como hechos comprobados: “La invasión de las propiedades y la perturbación de la posesión de las fincas y coto de caza de la parte actora, causando daños en la finca y coto citados al abrir o ensanchar caminos, cavar zanjas y realizar movimientos de tierras; que el aerogenerador núm. 1 estuvo situado en la finca de las demandantes; que los aerogeneradores núms. 5, 6, 7 y 10 están situados en las cercanías del lindero con la finca de las actoras, de modo que con el movimiento de las aspas se invade el vuelo del predio de aquéllas. Consta también la existencia de una sombra eólica, consecuencia de la instalación de los aerogeneradores cerca del predio colindante, lo que determina una limitación para que las actoras pudieran colocar otros molinos para producir energía eléctrica, sombra que pericialmente se fijó en 200 metros. No se ha probado, por el contrario, el rendimiento cinegético de la finca, ni que se hayan destruido las tablillas señaladoras de los límites del coto de caza”. Para reparar estos perjuicios comprobados, la sentencia de primera instancia estableció una compensación económica. La Audiencia, revocando en este punto aquel pronunciamiento, determinó que no es procedente indemnizar a las actoras lo que sea objeto de restitución específica, y así estableció una obligación de hacer que sólo subsidiariamente se transformaría en débito indemnizatorio. A juicio del Tribunal Superior de Justicia: “Aunque el principio en que se funda la solución es ajustado a derecho, en este caso la decisión adoptada no colma el derecho de las actoras, que se ven compelidas a soportar una vecindad actuada en forma abusiva y antijurídica, sin obtener reparación alguna, respecto a dos extremos: la limitación del disfrute cinegético de la finca, en cuanto se constituye un ámbito de seguridad que impide efectuar disparos, y la pervivencia de la sombra eólica, porque el viento ya aprovechado pierde su potencia y cualidad energética, y ello significa una limitación de futuros aprovechamientos del predio, en cuanto a la posibilidad de instalación allí de un parque eólico.

resultado de todo ello es la pérdida de la función de la jurisprudencia de unificación de los criterios interpretativos de las normas y, en definitiva, la pérdida de autoridad.

En este ámbito debe hacerse referencia a la cuestión de la “subsunción”, sobre lo que no existe una postura uniforme entre los componentes del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, como se comprueba por la frecuencia con que se emite voto particular reflejando la posición disconforme de algún magistrado con la opinión de la mayoría que la considera cuestión jurídica¹²⁶. Aunque parece consolidada como postura mayoritaria en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia la doctrina de que la calificación jurídica de los hechos, o la subsunción de los que constan como probados en el supuesto de hecho de la norma, es aplicación de la norma y, por tanto, tarea propia del órgano de casación¹²⁷, no siempre ha sido seguida, probablemente en aten-

Así, habiendo ejercitado la parte demandante acción de resarcimiento “ex” art. 1902 del Código Civil, y habiendo solicitado una indemnización cifrada en un elevado montante —el cincuenta por ciento del valor en venta de la energía eléctrica obtenida—, *podrá concederse la indemnización para resarcir el perjuicio irrogado, en cuantía que esta Sala fija en 10.000.000 de pesetas, como congrua y adecuada para reparar en derecho las consecuencias del abuso sufrido*. De esta forma se acoge el motivo y procede casar en este punto la sentencia recurrida; y estimándose parcialmente la pretensión deducida en los apartados 8 y 9 del suplico de la demanda no habrá de entrarse en la petición alternativa contenida en el apartado 10”.

Desde el punto de vista de la técnica jurídica, la sentencia es criticable por dos razones: la primera, porque consagra el derecho a seguir causando daño a cambio de la indemnización fijada por el Tribunal de forma arbitraria (la petición alternativa en la que no se entra solicitaba la condena a retirar los aerogeneradores que invaden el vuelo ajeno al menos 65 metros de la linde); la segunda, porque fija de una manera arbitraria esa indemnización, sin hacer referencia alguna a las bases jurídicas ni los conceptos que valora para determinar la cuantía, estableciendo una justicia del cadí.

¹²⁶ Además de los votos particulares que cuestionan la postura mayoritaria sobre la subsunción, en alguna ocasión el magistrado discrepante se ha opuesto a la revisión de los hechos realizada en la sentencia al amparo de la revisión de la congruencia (STSJA 20.12.1996), o por entender que la determinación del ámbito de un poder notarial de renuncia al derecho expectante implica cuestionar la valoración de la prueba (STSJA 2.12.2005).

¹²⁷ Son muchas las sentencias en las que se procede de esta forma, si bien,

ción al deseo de conseguir una sentencia justa en el caso, lo que aleja al Tribunal Superior de Justicia de su función de fijación de criterios uniformes de interpretación¹²⁸.

por la explicación expresa de esta postura merece citarse la STSJA 18.6.2010, que en su FJ 3 explica cómo: “Al no ser la casación una tercera instancia, la labor de control de la Sala ha de verificarse partiendo de los hechos declarados como probados en la sentencia recurrida. Recordemos que el proceso decisorio está integrado en la instancia por una doble operación: a) la fijación de los hechos a través de la valoración de la prueba practicada y b) la subsunción de tales hechos en la normativa jurídica determinante del efecto jurídico declarado, es decir, la constatación de que el hecho probado encaja en el supuesto de hecho que la norma pone como premisa para la producción del efecto jurídico. La primera operación es función privativa de los juzgadores de instancia e irrevisable en casación. Pero la segunda va más allá del elemento fáctico propio de aquella, pues comporta una actividad interpretativa y aplicativa de la norma en la que los hechos se subsumen, plenamente integrada en el juicio de derecho a que se contrae la casación. En definitiva, la calificación de los hechos consiste en asimilar una situación de hecho a una noción legal, en determinar en qué categoría legal debe encuadrarse el hecho o el acto cuya existencia ha sido probada y, en consecuencia, en establecer qué norma jurídica le es aplicable. Sobre tal operación el control casacional puede extenderse con amplitud, pues la errónea calificación de los hechos comporta una infracción de la norma, ya que la consecuencia que se sigue de una calificación incorrecta es que, o bien se aplica la ley a una situación de hecho para la que no está prevista, o bien la norma no se aplica a una situación que encaja dentro del supuesto de hecho legal. Entendemos, así, que la apreciación de la apariencia (como elemento imprescindible para apreciar la posibilidad de usucapión de una servidumbre) es una cuestión jurídica revisable en casación, si bien tal apreciación ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la sentencia de instancia”.

¹²⁸ La STSJA 18.9.2008 declara que la viuda sólo tiene la posesión mediata del piso privativo de su hijo sobre el que éste constituyó, con anterioridad a la celebración de su matrimonio, un comodato a favor de su madre, por lo que la viuda sólo podrá hacer efectivo su derecho de uso y disfrute sobre el piso cuando se extinga el comodato por muerte de la comodataria u otra causa legal. La Audiencia Provincial había calificado de comodato la cesión de la vivienda por el hijo (que luego fallece y cuya viuda ejercita acción de desahucio), y en casación se parte de esta calificación porque “la valoración probatoria no ha sido impugnada en casación” (si bien se casa la sentencia por entender, contra lo que dijo la Audiencia Provincial, que no hubo extinción del comodato al fallecer el hijo).

Para confirmar la impresión de que es la atención al caso concreto lo que mueve al Tribunal Superior de Justicia a adoptar una u otra actitud acerca del

Por otra parte, mantienen plena vigencia entre nosotros las palabras de Díez-Picazo escritas hace casi cincuenta años, en el prólogo a la primera edición de sus *Estudios sobre la jurisprudencia*, donde denunciaba la dificultad para identificar la jurisprudencia en una sentencia del Tribunal Supremo¹²⁹, lo que sin duda no es sino un motivo que puede dificultar el conocimiento de la jurisprudencia y, en consecuencia, su eficiencia.

Ello obedece al estilo literario de las sentencias pero, también, como señalaba el autor citado, a su configuración como acto jurídico. La exigencia de una lectura que facilite a los profesionales avezados la inteligencia de lo que se lee requiere, en primer lugar, que los magistrados cuiden el estilo literario y su pulcritud pero, sobre todo, una racionalización de la sentencia, abreviándola, resumiendo la exposición de los antecedentes y no haciendo demasiado prolijas las consideraciones. Pero además, y en segundo lugar, la sentencia, como acto jurídico, se pronuncia sobre un recurso de casación interpuesto contra una sentencia que ya ha resuelto el pleito, de ahí, como afirmara Díez-Picazo, el interés en conocer exactamente los antecedentes de hecho y el fallo.

En general, puede observarse que las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón contienen una cuidadosa exposición de los antecedentes de hecho que no son una reiteración vacía de los trámites procesales seguidos hasta entonces, de modo que puede conocerse cuál es el caso decidido. Pero no siempre se supera la crítica que el autor citado hiciera a las sentencias del Tribunal Supremo consistente en contener las sentencias farrago-

criterio de la calificación jurídica puede compararse la anterior sentencia con la S. 21.12.2005: planteada acción de desahucio de la madre contra el hijo, a quien dejó usar una vivienda, y que se defiende argumentando que el usufructo de la madre se ha extinguido por no uso durante veinte años (art. 119.1.f. de la Ley de régimen económico matrimonial), el Tribunal Superior de Justicia procede a calificar la posesión del hijo, al que califica de precarista, por ser su posesión meramente tolerada por la madre.

¹²⁹ DÍEZ-PICAZO, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, 2ª edición, Madrid, Editorial Tecnos, 1973, vol. I, prólogo a la primera edición, pp. 9 y 10.

sos razonamientos de índole jurídica, mezclando los que son la base y fundamento inmediato de la decisión con otros que son puras afirmaciones incidentales, argumentos de orden retórico o dialéctico o manifestaciones que se hacen pura y simplemente a mayor abundamiento.

La coherencia en la interpretación es un valor tendencial que, como explica Taruffo, si no se quiere que se convierta en una jaula interpretativa que bloquee la evolución de la jurisprudencia, debe fundamentarse, no en la posición del Tribunal de casación en el vértice de la pirámide judicial, no en razones de autoridad, sino en la autoridad de las buenas razones puestas como base de sus decisiones¹³⁰. La certeza no deriva sólo de la coherencia, sino también de la consistencia de la argumentación: una fundamentación descuidada, en la que no se identifique la verdadera razón de la decisión, en la que se reiteren decisiones anteriores de forma rutinaria y sin vinculación con el caso que se resuelve, no aporta certeza y mina la autoridad de todos los pronunciamientos.

En este sentido, merece la pena detenerse en el uso que realiza el Tribunal Superior de Justicia de Aragón de su propia doctrina. Díez-Picazo y Lalaguna denunciaron hace años *un modo arbitrario de proceder* del Tribunal Supremo, que explican como un proceso de “dogmatización” de la jurisprudencia. Recoger una afirmación cualquiera de una sentencia y, abstrayéndola del caso para el que nació y al que sigue vinculada, y, por otra parte, separándola del resto de la sentencia, generalizándola, resulta un modo de proceder arbitrario e incorrecto si lo hacen los abogados y las obras doctrinales, pero carece de toda disculpa si quien lo hace es el propio Tribunal de casación¹³¹.

Aun cuando lo corriente es que la cita de sus sentencias ante-

¹³⁰ TARUFFO, M., *El vértice ambiguo*, op. cit., p. 142.

¹³¹ Sobre todo ello, vid. Díez-PICAZO, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, 2ª edición, op. cit., p. 10; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., “Artículo 1.6”, op. cit., p. 396.

riores sea correcta¹³², también podemos hallar algunos ejemplos gráficos para ilustrar este criticable modo de proceder en sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón:

— En el caso decidido por la S. 18.11.2009, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, tras declarar que la norma aplicada por la Audiencia Provincial para estimar la pretensión ejercitada no es aplicable al caso concreto, confirma la sentencia impugnada porque entiende que existe otra norma en el ordenamiento que sí la ampara. La Audiencia Provincial había admitido el ejercicio de la acción de división y la venta en pública subasta de una vivienda indivisible en un caso en el que la viuda era propietaria de una parte de una vivienda (que recibió como legado de su esposo) y usufructuaria de los dos sextos que el causante dejó a su hijo, quien además había recibido la mitad como herencia de su madre (primera esposa del difunto). Vendida la finca, por aplicación del art. 108.2 de la Ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad, entiende la Audiencia Provincial que a la viuda le corresponde, por subrogación legal, el usufructo de las dos sextas partes del precio obtenido en la subasta pública.

¹³² La STSJA 6.10.1999 cita la S. 20.12.1996, referidas ambas al carácter común de la deuda contraída por un esposo al garantizar la deuda de una sociedad anónima de cuyos rendimientos se beneficiaba el consorcio.

La STSJA 10.4.2003 cita correctamente la S. 12.2.1996, sobre la falta de litisconsorcio pasivo cuando se demanda, en relación con unos bienes privativos, al cónyuge (esa es la cuestión jurídica, con independencia de que en un caso se trate de los derechos hereditarios recibidos y en otros de la titularidad exigencia derivada de la titularidad del expectante de dirigir la demanda también contra las esposas de los propietarios de unos bienes).

Que no es voladizo cualquier saliente a efectos del 145 de la Compilación (constituir signo aparente de servidumbre) si no tiene como uso previsto el de que una persona pueda salir al exterior de su propia casa para ganar vistas, frontal y lateral sobre el predio sirviente: lo ha dicho la S. 22.4.2008, citada en el mismo sentido por la S. 14.7.2008.

Que el propietario que soporta los huecos siempre puede exigir el respeto de tal relación de vecindad, obligando a quien disfruta de la luz y de las vistas de los huecos a colocar las protecciones previstas en la Compilación, con independencia del tiempo transcurrido, lo dijo la STSJA 22.4.2008, que es citada en el mismo sentido por la S. 30.9.2009.

En casación, se denuncia por la demandada infracción del 108 de la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad: el Tribunal Superior de Justicia dice que la argumentación del recurso es impecable, y que la ni la pretensión ejercitada ni la decisión judicial adoptada pueden basarse en ese precepto porque en el caso no existe consentimiento de la usufructuaria. Pero no estima el recurso de casación porque entiende que hay en el ordenamiento otra norma que ampara la pretensión ejercitada, y resuelve con los arts. 392 del Código civil y, por analogía, 400 y 404 del Código civil. Antes de citar estos preceptos, el Tribunal Superior de Justicia señala que “en el caso de autos se trata de la concurrencia de facultades jurídicas de uso y disfrute sobre un mismo bien que, por su naturaleza, es indivisible y no susceptible de uso compartido y simultáneo... Jurídicamente no se puede imponer el uso compartido de dicha vivienda respecto de personas no sujetas a vínculos estrechos, pues la casa en que alguien habita es el lugar en el que una persona ejerce su ámbito de intimidad y su vida personal. Como afirmáramos ya en nuestra Sentencia de 8 de marzo de 2005, con apoyo en las del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1001 y 4 de marzo de 1996, tratándose de una vivienda no cabe imponer “el uso indiscriminado y promiscuo de la misma por todos los condueños”, pues “supondría la creación de una previsible fuente de conflictos y discordias que ninguna norma jurídica puede propiciar o fomentar”.

La citada STSJA de 8 de marzo de 2005, en realidad, no es un caso de ejercicio de acción de división y las consecuencias sobre el usufructo de una cuota; tampoco tiene en común con el caso de la de 2009 que la usufructuaria sea además copropietaria; la frase que se copia de ella, sacada de contexto, le sirve al Tribunal Superior de Justicia para apoyar la idea de que no se puede imponer el uso compartido de una vivienda: pero lo que en la S. de 2005 sirvió para negar a los nudo propietarios el derecho a entrar en la vivienda ocupada por la usufructuaria y la obligación de ésta de pagar a aquellos por el uso de la parte que, en virtud del usufructo no le correspondía, sirve ahora en la S. de 2009 para

justificar que el usufructo recae sobre el precio obtenido en la subasta al enajenar el bien.

Es llamativo lo que dice el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en la S. 18.11.2009 en relación con la afirmación de la Audiencia Provincial que, al aplicar el art. 108.2 de la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad, expresamente manifestó seguir el criterio mantenido por el propio Tribunal Superior de Justicia de Aragón en dos sentencias anteriores (en las que se aplicó el art. 83.2 de la Compilación, equivalente en este punto al vigente 108.2 de la Ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad)¹³³. Afirma el Tribunal Superior de Justicia

¹³³ En la S. de la Audiencia Provincial Zaragoza se dice: “A propósito del usufructo de viudedad aragonesa la doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha sido contraria a la que resulta de la del Tribunal Supremo sobre el usufructo ordinario. Sería inicialmente la sentencia de 5 de noviembre de 2001 en la que, para un supuesto de venta judicial de inmueble en pública subasta afirmaría que se producía una subrogación del “precio de los inmuebles enajenados a tenor de lo preceptuado en el art. 83.2º de la Compilación de Derecho Civil de Aragón”. Pero sería la sentencia del mismo Tribunal de 24 de septiembre de 2003 la que con más contundencia se reafirmaría en esta conclusión, defendiéndose así que “hay causas que hacen desaparecer el derecho de usufructo sobre bienes concretos: así, el artículo 83.2 de nuestra Compilación en que se regula la enajenación de la plena propiedad de bienes determinados cuando concurren el viudo usufructuario con el nudo propietario en cuyo caso queda subrogado el precio en lugar de lo enajenado; de este modo el bien vendido ya no queda sujeto al usufructo, pero la persona viuda no pierde su derecho, al pasar a disfrutarlo sobre el precio por subrogación real. Tal es lo que aconteció aquí; se produjo la venta en pública subasta del inmueble con pago de la totalidad del precio, con los efectos consignados en el relato histórico probado”. Todavía más, la sentencia calificaría de abusiva la pretensión de que se mantuviera el usufructo sobre el bien vendido en subasta pública, sin que ese carácter abusivo se predique o relacione con una conducta, procesal o extraprocesal, determinada de la usufructuaria. Y es que, en definitiva, y como dice la Exposición de Motivos de la Ley 2/2003, “el usufructo viudal no es simplemente un derecho de goce en cosa ajena, como puede ser el usufructo regulado en el Código Civil”. En definitiva, y conforme a esa doctrina, el usufructo de viudedad como consecuencia de su venta en pública subasta, teniendo la misma un carácter instrumental de la división de la cosa común, no se extingue pero sí se transforma porque ya no recae sobre el inmueble sino sobre el dinero, bien ultrafungible, obtenido en la subasta por el mismo. No se respeta pues al principio de

que: “Las decisiones adoptadas por esta Sala en las Ss. de 5 de noviembre de 2001 y 24 de septiembre de 2003, no se refieren a un supuesto idéntico al actual”. La verdad, si bien se miran las cosas, es que lo peculiar del caso de la S. 2009 frente a las sentencias de 2001 y 2003 es que en el caso de 2009 la usufructuaria es además copropietaria, dato que bien pudo tener en cuenta el Tribunal Superior de Justicia para marcar la diferencia, pero no es este el dato que utiliza el Tribunal Superior de Justicia para entender que, ejercitada la acción de división, el usufructo debe recaer sobre el precio, sino la idea de que existe una comunidad de derechos reales sobre el inmueble; esa comunidad de derechos reales también se daba en los casos que dieron pie a las Ss. de 2001 y de 2003, pues en ellos también el usufructo era sobre una cuota, de modo que correspondía a los propietarios el disfrute sobre las cuotas libres de usufructo.

— En la STSJA 23.2.2005, en un caso en el que se denuncia infracción del 144 de la Compilación, el Tribunal Superior de Justicia centra el núcleo del debate en la determinación del método de cerramiento de los huecos en los supuestos a que se refiere el art. 144 para lograr la finalidad pretendida por la norma, pero

indemnidad del usufructo porque hay una evidente afección del mismo, que ya no recaerá sobre el mismo objeto.

En el criterio de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón no se desconoce que no hay comunidad cuando los derechos concurrentes son heterogéneos (STSJA de 8 de marzo de 2005), pero su doctrina sobre la transformación del usufructo o de su objeto no se asienta sobre las circunstancias concurrentes en un determinado supuesto, por más que en la sentencia de 24 de septiembre de 2003 se considere abusiva la actitud de la usufructuaria, sino que con claridad quiere sentar un criterio general cuando se trate de venta judicial de inmueble en subasta pública, invocando en este sentido el art. 83.2 de la entonces vigente Compilación y la sentencia de la misma Sala de 5 de noviembre de 2001.

No hay, por lo demás, en la Ley 2/2003 de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, una modificación sustancial al respecto: el régimen del art. 83.2 Compilación ha pasado al art. 108.2 de la citada Ley, de manera que sólo con un expreso cambio de criterio del Tribunal Superior de Justicia de Aragón sería factible estimar el recurso. Razonamientos que, sin más, deben llevar a la desestimación del recurso”.

adecuando sus términos a la realidad constructiva actual¹³⁴. El Tribunal Superior de Justicia desestima el recurso de casación contra la S. de la Audiencia Provincial porque “en el fallo de la sentencia ya se recoge la protección exigida legalmente, equivalente a la reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, sin que sea exigible el cerramiento con pavés como pretende la parte actora”. En apoyo de este enfoque, reproduce los fundamentos 3 y 4 de la STSJA 13.11.2002 que, aparentemente, nada dicen sobre el asunto debatido en la S. 23.2.2005: aluden a los antecedentes históricos del Derecho aragonés, a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia para terminar señalando que la norma del art. 144 de la Compilación “se configura en forma abierta, de modo que hace posible su adaptación a las novedades constructivas que vayan apareciendo, siempre que se obtenga el fin de protección para el que está dictada”. Si el lector busca la S. 13.11.2002 se encuentra con que en ese caso, lo que sucedía no era tanto que se tratara de un material no sólido, como que sólo protegía (y es verdad que de forma no duradera) los pisos inferiores, pero no los superiores¹³⁵.

¹³⁴ La sociedad mercantil demandada ha construido en solar propio, contiguo al predio de los demandantes, un conjunto urbanístico del que nueve viviendas adosadas lindan directamente con la finca de éstos, estando situada la urbanización construida en un plano superior. Dichas viviendas tienen un muro de contención corrido, de aproximadamente cien metros de longitud, que se sitúa a menos de dos metros de la propiedad de los actores. Para la protección de los derechos de éstos se había colocado por la actora unos cañizos encima del muro de contención, lo que es estimado insuficiente en la sentencia recurrida, por entender ésta que no se trata de un material sólido ni resistente, condenando a que en su lugar la demandada coloque una pantalla de protección bien de obra, bien de cualquier otro material que la técnica posibilite y que impida las vistas desde el muro de contención, con la adecuada elevación en todos los puntos y que posea la suficiente resistencia y solidez para que ni los accidentes atmosféricos ni el comportamiento ordinario de los titulares de los chales permitan la vista del de los actores.

¹³⁵ Puede leerse en la S. 13.11.2002: “La propiedad de los demandados está cercada con una valla metálica de unos seis metros de altura sobre el muro perimetral, en la que se han colocado cañizos que impiden las vistas al solar de los demandantes desde la planta baja —hechos probados consignados en la sentencia de primera instancia, mantenidos en la de apelación y no modifi-

— La STSJA 4.2.2009, en un caso en el que en realidad la repisa no recae sobre el fundo vecino, cita tanto la STSJA de 22.4.2008 como la de 27.9.2007, cuando la razón por la que estima el recurso de casación es ajena a estas consideraciones, pues en el caso lo decisivo para estimar que procede la colocación de red y reja es que el hueco está dentro de las distancias del art. 582 del Código civil.

— La STSJA 6.7.2005 (sobre árboles situados a distancia inferior a dos metros de la linde contigua y aplicabilidad en Aragón del art. 591 del Código civil), cita en apoyo de su interpretación la S. 7 noviembre de 2001¹³⁶, pero esa se pronunció sobre cuestión diferente. En realidad, en el caso de que se ocupa la 5.7.2005, el recurrente pretende la casación de la S. de la Audiencia Provincial que aplicó el art. 591 del Código civil, al entender que dicha norma no es aplicable en Aragón. En opinión del recurrente, en Aragón no rige limitación alguna, por razón de distancias, entre las plantaciones, estando regulada la cuestión mediante la aplicación de los arts. 143 y 144 de la Compilación, y debiendo resolverse, en lo no expresamente normado, atendiendo a los principios que inspira el derecho aragonés, como son la solidaridad y la libertad civil. En consecuencia niega la posibilidad de aplicación supletoria del art. 591 del Código Civil, lo que apoya en la cita de autores y de diversas sentencias de Audiencias Pro-

cables en sede casacional—, de modo que *ese cierre sólo impide el paso al fundo vecino, y las vistas desde la planta baja mientras se mantenga el cañizo adosado a la red metálica, pero no protege la propiedad de los actores de las inmisiones que pudieran proceder de los pisos superiores, ni tampoco lo hace en forma duradera respecto de la planta baja, al ser fácilmente desmontable la protección de cañas colocada en la valla*”.

¹³⁶ Puede leerse en la S. 6.7.2005: “Así, la norma no se refiere a árboles de sombra o especies frondosas, que no producen fruto, en sentido económico. Y no cabe aplicar dicha regulación por analogía, pues no existe similitud de razón, en los términos a que se refiere el art. 4.1 del Código Civil. Ni es idéntico el perjuicio que se puede irrogar con la plantación adjunta de una y otra clase de árboles, ni es resoluble el conflicto mediante el reparto de unos frutos que no se producen, en el caso de árboles frondosos. *En este sentido se pronunció la Sentencia de este Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 7 de noviembre de 2001*”.

vinciales y de Juzgados. El Tribunal Superior de Justicia se centra expresamente en la cuestión de la analogía y cita, además, la S. 7.11.2001 como si hubiera dicho lo mismo cuando, realmente, en esa ocasión, se excluyó la aplicación analógica del art. 143 de la Compilación a unos aerogeneradores que ocupaban el vuelo de la finca continua.

— La STSJA 8.7.2005 cita la anterior de 20.12.2004 y la doctrina contenida en ella, con cita a su vez de doctrina del Tribunal Supremo, en el sentido de que, disuelto el régimen consorcial, los bienes que hasta entonces habían tenido carácter consorcial, dejan de tenerlo, y hasta el comento de la liquidación, pasan a formar parte de la comunidad postmatrimonial, lo que supone que ninguno de los cónyuges pueda disponer de los bienes concretos que la integran, quedando viciado de nulidad el acto dispositivo realizado por uno. Pero en el caso a que se refiere la S. 8.7.2005 el marido dispuso del bien antes de la sentencia de separación y, por tanto, antes de la disolución del consorcio, de modo que el bien era consorcial, no era aplicable esa doctrina y, en realidad, lo que se hizo fue incluir en el activo del consorcio el dinero del depósito del que dispuso el marido, por entender precisamente que era consorcial.

— La STSJA 1.10.2007 dice que los bienes en cuestión no son de abolorio porque no pertenecieron a un ascendiente ni a un hermano de ascendiente de la causante. Lo hace interpretando el 212 de la Ley de sucesiones por causa de muerte. En el caso, la causante recibió los bienes de una prima hermana de su abuela, y la Audiencia Provincial dijo, y es lo que confirma el Superior, que para que se dé el requisito de las dos generaciones tiene que ser en sentido “vertical” no “colateral”¹³⁷. El Tribunal Superior de

¹³⁷ Los bienes respecto de los que hay que dilucidar si son o no troncales de abolorio fueron adquiridos (la totalidad o su mayoría) por actos intervivos que efectuó D. Inocencio; a su muerte, ocurrida en el año 1914, le heredó su hermana de doble vínculo D^a. M. Luz, quién falleció en 1934, dejando como herederos a los hermanos Cecilia Estela y Luis Carlos, nietos de una prima hermana. Sostiene la recurrente que al ser D^a. M. Luz prima hermana de la abuela paterna de

Justicia de Aragón se apoya en una sentencia del mismo Tribunal Superior de Justicia de 26.4.2002, en un caso de abolorio, aunque eso es irrelevante¹³⁸. Lo verdaderamente relevante es que el de la

los hermanos Luis Carlos y Cecilia Estela (dos generaciones anteriores a la de éstos), se da el requisito de permanencia de los bienes “en la casa o familia del causante durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la suya”, pues dicha permanencia en la familia durante dos generaciones no quiere decir que los bienes hayan pertenecido al patrimonio de miembros de cada una de esas dos generaciones, ya que la Ley no exige transmisiones intermedias, a tenor de lo prevenido en el artículo 212.2 de la Ley de sucesiones por causa de muerte. Afirma el Tribunal Superior de Justicia de Aragón. que: “Ciertamente carece de relevancia el número de transmisiones intermedias de los bienes hasta llegar al causante, por lo que pueden pasar directamente de la generación de los abuelos a la de los nietos sin llegar a pertenecer en ningún momento a la generación intermedia, pero la duda versa sobre la exigencia de que los bienes “hayan permanecido en la casa o familia del causante durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la suya” (art. 212.1 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero). En el caso, el Tribunal Superior de Justicia entiende que: “Sentado lo anterior, y por lo que se refiere al caso de autos, como ni la transmitente de las fincas controvertidas (D^a. M. Luz) ni su hermano (D. Inocencio) formaron parte de la casa Luis Carlos, y por otro lado las mentadas fincas nunca pertenecieron a un ascendiente de las causantes, o a un hermano/a de un ascendiente de aquéllas, o a pariente que formase parte de la casa Luis Carlos, se llega a la conclusión de que no se dan los requisitos que el citado artículo 212 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, exige para que nos encontremos ante bienes troncales de abolorio de dicha casa, lo que acarrea la desestimación del presente recurso. La transmitente, D^a. M. Luz, solo era prima hermana de la abuela paterna de las causantes y tal parentesco sin más es insuficiente para otorgar a las fincas controvertidas la condición de bienes troncales de abolorio de la casa Luis Carlos”.

¹³⁸ Por lo que se refiere a este requisito, *la controversia de autos radica en dilucidar en manos de qué pariente han de permanecer los bienes durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del causante para que puedan considerarse troncales de abolorio, esto es, si es preciso que pertenezcan solo a ascendientes, o por si el contrario pueden pertenecer también a tíos carnales, o incluso a otros parientes colaterales. A este respecto en la STSJA de 26 de abril de 2002 se dijo lo siguiente:...* “la palabra “generación” debe entenderse en sentido natural como conjunto de parientes pertenecientes a un determinado grado de parentesco con respecto al titular de los bienes. Dicha palabra (“generación”) no tiene otro sentido que la sucesión de descendientes en línea recta, de modo que puede afirmarse que unos bienes han permanecido en la familia durante dos generaciones anteriores a la del disponente, tanto si han pertenecido a sus abuelos, como si han sido propiedad de sus tíos-abuelos y de ellos proceden”.

S. 26.4.2002 en realidad era otro supuesto: en ese caso los bienes pasaron del abuelo a la madre y de la madre a una hija (y se dijo, lógicamente, que sí eran de abolorio). En la sentencia de 26.4.2002 el tema analizado y discutido era otro diferente al que se resuelve en la S. 1.10.2007: si importa o no que el abuelo haya adquirido el bien de un extraño, si hacen falta tres generaciones para que el bien pueda considerarse de abolorio. En consecuencia, no es un precedente para la S. 1.10.2007 la afirmación contenida en la S. 26.4.2002: “la palabra “generación” debe entenderse en sentido natural como conjunto de parientes pertenecientes a un determinado grado de parentesco con respecto al titular de los bienes. *Dicha palabra (“generación”) no tiene otro sentido que la sucesión de descendientes en línea recta*, de modo que puede afirmarse que unos bienes han permanecido en la familia durante dos generaciones anteriores a la del disponente, tanto si han pertenecido a sus abuelos, como si han sido propiedad de sus tíos-abuelos y de ellos proceden”.

Frente a todos estos ejemplos del modo con que en ocasiones actúa el Tribunal Superior de Justicia en relación con sus propias resoluciones debe recordarse que el precedente, como afirma con razón Luis Díez-Picazo¹³⁹, no es nunca una anterior manifestación escueta. El verdadero precedente judicial es siempre un caso ya decidido. Algo que deberían tener en cuenta todos los Tribunales de casación.

Añade el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en la S. 1.10.2007 que “esta sentencia, aunque dictada en un caso de retracto de abolorio o de la saca (ámbito obligacional), sienta una doctrina perfectamente aplicable a la presente contienda hereditaria por la identidad de la situación jurídica contemplada: permanencia del bien en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores”. Lo cierto es, sin embargo, como digo en el texto, que la cuestión jurídica de la S. 2001 nada tiene que ver con el asunto que se plantea en la S. 2007.

¹³⁹ DÍEZ-PICAZO, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, op. cit., p. 11.

5.2. La jurisprudencia foral en la experiencia legislativa posterior de la Comunidad Autónoma

La función casacional, al proporcionar criterios de interpretación uniforme y dotar de certeza la aplicación judicial del derecho, está llamada, a su vez, a desempeñar otra función en la evolución del Derecho¹⁴⁰, proporcionando al legislador pautas sobre la necesidad de futuras reformas, que atiendan a los problemas detectados como consecuencia de las insuficiencias de las normas.

En Aragón, los trabajos de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil tienen en cuenta las resoluciones del Tribunal Superior de Justicia, si bien con consecuencias bien diferentes según los casos.

Así, por ejemplo, el art. 189 de la Ley de sucesiones por causa de muerte corrige una doctrina mantenida por el Tribunal Superior de Justicia en dos ocasiones conforme a la cual, para que no hubiera preterición, la mención en el testamento de un legitimario necesariamente había de realizarse en la parte dispositiva del testamento, aunque sea para manifestar que a determinado legitimario no se les deja nada, y ello porque entendió el Tribunal Superior de Justicia, “lo que debe tenerse en cuenta es que el testador, precisamente al tiempo de asignar las legítimas, no olvidó la existencia de alguno de aquellos” (Ss. 30.9.1993 y 11.11.1998, que cuenta con un voto particular en el que, recogiendo la opinión doctrinal mayoritaria crítica con la primera sentencia, se advierte que en el testamento no deben distinguirse dos partes, comparecencia y disposición o parte dispositiva).

La ley aragonesa, en ocasiones, ha modificado la regulación

¹⁴⁰ A este fenómeno se refiere la doctrina con el término de “depuración” de la jurisprudencia. Por todos, LALAGUNA, E., *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, op. cit., pp. 265 y ss. Apunta la dimensión de la función casacional en la posible apertura de nuevas iniciativas legislativas BONET NAVARRO, Á., *Los recursos en el proceso civil*, op. cit., p. 214.

de una materia a la vista de las consecuencias derivadas de la aplicación de la norma anterior derogada, pero sin que ello represente siempre una corrección del criterio jurisprudencial, sino a veces tan solo¹⁴¹ cambio de criterio legal¹⁴², o reflejo de puntos de vista teóricos nuevos del legislador aragonés¹⁴³, o clarificación de dudas que se han planteado ante la inexistencia de norma expresa, optando el legislador por la solución que le parece más adecuada¹⁴⁴. El legislador, en ocasiones, con la nueva regulación

¹⁴¹ Sí parece que pretenda serlo la norma contenida en el proyecto de Ley de Derecho patrimonial, que expresamente permite el retrato parcial, frente al criterio sostenido en la STSJA 14.11.2005, que confirma la S. de la Audiencia Provincial que, en uso de la facultad moderadora atribuida por el art. 149.2 de la Compilación, consideró espurio y especulativo el ejercicio de este retrato familiar. El Tribunal Superior de Justicia termina diciendo: "Añádase a todo ello que, en este caso, el ejercicio de la acción se contrae únicamente a seis fincas, siendo varias más las procedentes del mismo tronco familiar, con lo que nos encontramos frente a un retrato parcial, y por lo tanto muy lejos del interés del retrayente de conservar la integridad del patrimonio familiar, por lo que la Sala comparte el criterio de la Audiencia Provincial, acreditado como está que concurren aquellas circunstancias que aconsejan el mantenimiento de la moderación equitativa del ejercicio del derecho".

¹⁴² La STSJA 11.7.1994 entendió que era norma imperativa la contenida en el art. 73 de la Compilación y, con posterioridad, el art. 101.3 de la Ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad convierte en voluntaria la limitación de la viudedad en caso de que el viudo concorra con hijos no comunes del premuerto.

¹⁴³ Aplicando el Derecho vigente, la STSJA 13.2.1992 entiende que es nula la venta realizada por un cónyuge cuando es preciso el consentimiento de los dos. Ahora, el art. 53 de la Ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad, partiendo de la validez del contrato —título— y de que la propiedad no se transmite al entregar la cosa uno solo de sus dueños, establece la inoponibilidad del contrato al cónyuge que no consintió.

¹⁴⁴ Aun cuando bajo el régimen de la Compilación se venía entendiendo así mayoritariamente, se había planteado alguna duda de compatibilidad con el régimen de separación (así, en voto particular del presidente en la STSJA 30.10.1996). La Ley de régimen económico matrimonial y viudedad quiere zanjar definitivamente la cuestión y, expresamente, en sede del régimen de separación de bienes, el art. 23.2 de la Ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad establece que "salvo renuncia expresa, ambos cónyuges conservarán el derecho de viudedad". Los cónyuges que pactan separación de bienes conservan la viudedad pero, si lo desean, podrán renunciar a la misma.

trata de poner fin a una interpretación que considera desajustada y desafortunada¹⁴⁵.

Algunos preceptos de las nuevas regulaciones legales han recogido expresamente la interpretación sostenida por el Tribunal Superior de Justicia aplicando el Derecho anterior¹⁴⁶ o, incluso, soluciones que no fueron aceptadas por la mayoría pero fueron apuntadas en un voto particular¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Por ejemplo, el proyecto de ley de Derecho civil patrimonial propone prescindir de la facultad moderadora de los Tribunales en el ámbito del derecho de abolorio, tratando de evitar el criterio restrictivo con que los Tribunales aragoneses, incluido el Superior de Justicia (Ss. 4.11.1992, 14.11.2005), admiten el ejercicio de este derecho. El preámbulo del proyecto de Ley de Derecho civil patrimonial advierte que: el derecho de abolorio no debe tener otros presupuestos, requisitos ni restricciones que los que la Ley establece, por lo que se prescinde de la referencia a la "moderación equitativa" por los Tribunales que la Compilación introdujo.

¹⁴⁶ Así, por ejemplo, por lo que se refiere a la legitimación para solicitar la extinción judicial del expectante, el art. 98.3 de la Ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad dice expresamente que es a petición de un cónyuge, que es lo que sostuvieron las STSJA 4.4.1995 y 30.10.1996 aplicando el art. 76.2 de la Compilación que literalmente se refería "al propietario de los bienes", lo que pudo entenderse se refería al adquirente.

El preámbulo del proyecto de ley de Derecho patrimonial afirma que, "siguiendo sugerencias tanto de los Anteproyectos de Apéndice como de reciente jurisprudencia sobre protección de la intimidad personal y familiar, se reconoce también la posibilidad de obstaculizar o limitar las vistas a espacios utilizados para la vida familiar o personal, aun sin necesidad de realizar obras que puedan considerarse edificación o construcción". Se trata, sin duda de la STSJA 23.1.2008, que expresamente declara: "la tesis sustentada en la sentencia que se recurre es ajustada a derecho, ya que el cierre realizado tiene fundamento en la protección del derecho a la intimidad, reconocido constitucionalmente, y que en este caso se vería seriamente afectado por las vistas de los ocupantes de la casa de la actora, pues podrían desde su ventana observar, a muy escasa distancia, toda actividad que se realizara en el espacio de terraza de los demandados sita en planta primera, siendo relevante el hecho de que tal actividad se llevaría a efecto en el domicilio de éstos, que es el espacio privilegiado de intimidad".

¹⁴⁷ El art. 98.2 de la Ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad explícitamente establece que en toda enajenación en que hayan concurrido ambos cónyuges se extinguirá el derecho expectante de viudedad, si bien cabe que expresamente se lo reserven. Es la solución que propuso, con anterioridad a la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad del año 2003, el

En definitiva, todos estos ejemplos ponen de relieve que en los trabajos preparatorios de las leyes de Derecho civil de Aragón, se miran con atención los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia, aunque la actuación del legislador incida en un sentido u otro según la valoración que le merezcan los criterios mantenidos por el Tribunal.

5.3. “La eficacia ejemplar de la doctrina con autoridad jurídica” en las resoluciones de las instancias aragonesas posteriores

Los criterios del Tribunal de casación, al escoger una entre las varias posibles interpretaciones de la norma, o al pronunciarse su aplicación analógica, al ofrecer una solución no contemplada expresamente en la ley, pero conforme a los principios generales, pueden servir de guía a los Tribunales e informar a los eventuales litigantes sobre la probable decisión de un pleito que se pudiera plantear en el futuro sobre la misma cuestión jurídica¹⁴⁸.

De la lectura de las sentencias dictadas por las Audiencias aragonesas se desprende que no es frecuente la cita de resoluciones procedentes del Tribunal Superior de Justicia¹⁴⁹, lo que en

voto particular de la STSJA 30.10.1996, pero que no fue aceptada por la mayoría, en un caso en el que los vendedores, tras otorgar capítulos de separación de bienes y adjudicarse los bienes, vendieron como propios un piso y un local a unos compradores sin renunciar al derecho expectante que a cada uno correspondía sobre el bien del otro.

¹⁴⁸ Parecidamente, BONET NAVARRO, Á., “La reforma de la casación”, op. cit., pp. 41, 49 y 52.

¹⁴⁹ Si se encuentran algunos casos: la S. de la Audiencia Provincial Zaragoza (Sec. 5ª) 14.10.2009, por ejemplo, desestima el motivo de apelación que denunciaba que el art. 591 del Código civil no es aplicable en Aragón con el exclusivo argumento de la cita de la STSJA 6.7.2005, que lo ha declarado aplicable, y confirma la sentencia que condenó a arrancar árboles plantados a menor distancia de dos metros de la heredad del actor, sin mencionar ninguna de las razones por las que es defendible esa aplicabilidad.

La cita del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en ocasiones no es decisiva para la decisión de la Audiencia Provincial: así, en relación con la fecha en que se fijan los efectos de la disolución del régimen económico matrimonial y la inter-

buena medida puede explicarse por el casuismo de los asuntos que se plantean.

Lo que importa, para el futuro, y para ello deben sentarse adecuadamente las bases, es confiar en la fuerza expansiva de

pretación del art. 65.2 de la Ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad, la S. de la Audiencia Provincial Zaragoza (Sec. 2ª) 9.6.2009 cita la STSJA 8.7.2005, que se ocupó de un caso en el que, denunciada infracción del art. 65.2 de la Ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad en relación con las disposiciones transitorias de la de la Ley aragonesa de régimen económico matrimonial y viudedad, el Tribunal Superior de Justicia aclaró que el precepto no se había aplicado; en relación con la calificación como privativas de las cantidades percibidas por un seguro por incapacidad permanente total e indemnización por invalidez después de la sentencia de separación, la S. de la Audiencia Provincial Zaragoza (Sec. 2ª) 8.11.2005 cita la STSJA 13.4.1998, que en realidad consideró como bien común, como fruto del trabajo, la indemnización por despido percibida por un cónyuge por una relación laboral iniciada antes de casarse pero extinguida durante el matrimonio; la S. de la Audiencia Provincial Zaragoza (Sec. 2ª) 20.3.2007, en un caso en el que se desconoce la fecha de las aportaciones a un plan de pensiones, cita la STSJA 1.6.2005 en la que se razonó con las fechas en que se hicieron los ingresos para determinar la aplicación de la Compilación.

En alguna ocasión se hace un uso arbitrario de la cita de la STSJA: así, la S. de la Audiencia Provincial Zaragoza (Sec. 2ª) 20.3.2007 interpreta el concepto generación del art. 216 de la Ley de sucesiones por causa de muerte en sentido natural, como conjunto de parientes pertenecientes a un determinado grado de parentesco respecto del titular de los bienes, pero siempre en sentido vertical. Añade que en la misma línea se pronuncia la STSJA 26.4.2002, en la que, en realidad, lo decisivo es que, en el caso hay: "herencia del abuelo a una de las hijas y donación del bien por la madre a tres herederos (hijos), por lo que es claro que concurren las dos generaciones inmediatamente anteriores y yerra el recurrente al efectuar ese cómputo generacional cuando literalmente dice que "operada la transmisión de la finca objeto de retracto (gentilicio) por doña Mª P. F., por donación a su hija doña Ana Mª L. P., hermana del retrayente, no se da la circunstancia fáctica de haber transcurrido dos generaciones". Pero hay que hacer notar que el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en S. 1.10.2007, confirma la S. de la Audiencia Provincial y hace suya la cita de la STSJA 22.4.2002 como argumento para descartar que el requisito de las dos generaciones puedan entenderse que concurre también cuando se trata de bienes procedentes de ascendientes colaterales.

Atendiendo a razones de fondo, que son semejantes a las que concurren en el caso (ejercicio de la facultad moderadora por los Tribunales en el ejercicio del retracto), la S. de la Audiencia Provincial Zaragoza (Sec. 4ª) 26.12.2008 cita la STSJA 14.11.2005 y revoca la sentencia de instancia en cuanto a la condena en costas al recurrente.

una interpretación sentada con claridad por el Tribunal de casación, descartando la presencia de otros factores posibles, pero menos dignos de consideración, como son la falta de valentía e independencia de juicio o la inercia enjuiciadora¹⁵⁰.

Como advertíamos antes, el precedente no es una afirmación escueta sacada de una sentencia, sino un caso resuelto. En consecuencia, los Tribunales inferiores deben ser cuidadosos a la hora de utilizar la doctrina jurisprudencial, analizando minuciosamente la proximidad entre el caso que deben resolver y el decidido por el Tribunal Superior de Justicia, apreciando que la cuestión jurídica planteada, aun cuando sean diferentes los casos concretos, es la misma. No hacerlo puede llevar a una nueva rectificación por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Un ejemplo de lo que acabo de exponer es lo sucedido con la calificación de las indemnizaciones por despido percibidas por un cónyuge casado bajo el régimen legal. En un caso en el que el despido se produjo antes de contraer matrimonio, la S. de la Audiencia Provincial Huesca 23.1.2007, que califica la indemnización como bien común, dice rectificar el criterio que sostuvo con anterioridad y seguir en la sentencia que dicta ahora el marcado por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que había declarado que la indemnización por despido, produciéndose el despido durante la vigencia del consorcio, debía considerarse bien común¹⁵¹: la sentencia de la Audiencia Provincial es recu-

¹⁵⁰ Denunció que estas puedan ser razones para que los Tribunales inferiores sigan la doctrina del Tribunal de casación CALAMANDREI, *La casación civil*, (trad. Sentís Melendo), Buenos Aires, 1945, al referirse a la jurisprudencia consolidada o la comodidad de juzgar; entre nosotros, por todos, DE LA OLIVA SANTOS, A., "La jurisprudencia", op. cit., p. 444.

¹⁵¹ Entiende la S. de la Audiencia Provincial Huesca que: "El Juzgado ha calificado correctamente la indemnización por despido como consorcial. Este Tribunal en la sentencia de 7 de mayo de 1997 (Id. Cendoj: 22125370011997100308) sostuvo la tesis que ahora propugna la representación del esposo, por las razones que allí dejamos expuestas, pero tal criterio fue rechazado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 24 de mayo de 1999 (Id. Cendoj: 50297310011999100001) cuya superior autoridad se ha visto además refor-

rrida en casación, y el Tribunal Superior de Justicia afirma, con razón, no compartir el criterio de la Audiencia, advirtiendo que el caso planteado no es el mismo que el resuelto con anterioridad por el propio Tribunal Superior de Justicia¹⁵².

zada por la reforma introducida por la repetida Ley 2/2003 en cuyo artículo 28.2.e, que no es aplicable al caso por la transitoria segunda, dispone también que durante el consorcio ingresan en el patrimonio común las indemnizaciones concedidas a uno de los cónyuges por despido o cese de actividad profesional, precepto que, como decimos, no es aplicable en el caso pero refuerza el criterio anteriormente sostenido por el Tribunal de casación aragonés al interpretar el artículo 37.2 de la Compilación, luego derogado por la repetida Ley 2/2003. Por otra parte, partiendo de lo anterior y de que tales indemnizaciones no tienen la consideración de salario diferido, no importa que cuando se extinguió la relación laboral todavía no estuvieran casados si sí que lo estaban cuando se concedió la indemnización, es decir, aunque la relación laboral se extinguió el 4 de marzo de 1993 (dos meses antes de concertarse el matrimonio e iniciarse el consorcio), la indemnización fue concedida constante ya el consorcio, ingresando así en el patrimonio común, como bien obtenido del trabajo, conforme al hoy derogado artículo 37.2 de la Compilación”

¹⁵² Si bien no se casa la sentencia por aplicación del principio de equivalencia de resultados, en atención a que en el caso, el cónyuge no pedía el reconocimiento de un crédito contra la comunidad, sino una mayor participación en los inmuebles. Afirma la STSJA 28.9.2007: “no podemos compartir el criterio de la Audiencia que consideró que el bien era consorcial. El supuesto aquí planteado no es el mismo que el resuelto en la sentencia de esta Sala de 24 de mayo de 1999 (RJ 1999, 5598), que se cita en la sentencia apelada, donde se declaró que esas cantidades constituyen un bien integrado en el art. 37.2 de la Compilación. Aparte de que en aquella ocasión no se examinaba una indemnización por despido sino una jubilación anticipada, como el recurrente pone de relieve, en su caso se trató de una indemnización derivada de un período de trabajo durante el que permaneció soltero, aunque se cobrase en estado de casado. Con independencia de la naturaleza que quepa atribuir a la indemnización por despido (tema que ha suscitado amplia controversia) para que la cantidad en cuestión pudiese calificarse de consorcial sería necesario que se hubiese obtenido vigente el consorcio conyugal (al menos en parte, y así ocurrió en el supuesto resuelto por sentencia de esta Sala de 25 de noviembre de 1998 [RJ 1998, 8597]). En el caso que nos ocupa, no se ha obtenido durante el matrimonio sino antes del mismo (extremo éste que no se ha discutido) y sin que tenga relevancia que la suma indemnizatoria se hubiese abonado en fecha posterior a la celebración del matrimonio, lo que es un aspecto meramente circunstancial que obedece, en el caso, a la pendencia del procedimiento que se sustanció ante el Juzgado de lo Social, pero muy bien pudo haberse percibido antes, y en tal caso no podría cuestionarse su carácter privativo. Es decir, la causa del

Es imprescindible, por ello, que el propio Tribunal Superior de Justicia tome conciencia de la importancia de explicar con claridad los criterios que están en la base de su decisión. Si el Tribunal Superior de Justicia no procede de esta forma, extremando el cuidado en aclarar de forma escrupulosa su doctrina, las razones de su decisión, puede generar incertidumbre, impidiendo que su doctrina se imponga, como debe ser, no por razón de su autoridad, sino por la autoridad de sus razones¹⁵³.

percibo de la indemnización fue el desempeño laboral del esposo siendo soltero, y por tanto no puede tener carácter consorcial”.

¹⁵³ Un caso muy llamativo es el resuelto por la S. 18.11.2009, en la que, frente a la declaración de la S. de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 28.4.2009 en el sentido de resolver de acuerdo con la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, éste expresamente afirma, sin aclarar la razón de tal afirmación, que las decisiones anteriores adoptadas por esta Sala, en las sentencias de 5 de noviembre de 2001 y 24 de septiembre de 2003, “no se refieren a un supuesto idéntico al actual” (y, sin embargo, por entender que el fallo se ajusta a Derecho, confirma el fallo). Vid. lo dicho en el texto en el apartado 5.1.

VII. LA CASACIÓN FORAL EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL GENERAL Y EN LA AUTONÓMICA. ANÁLISIS COMPARATIVO

Francisco Javier FERNÁNDEZ URZAINQUI

MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPERIOR
DE JUSTICIA DE NAVARRA

SUMARIO: 1. LA CASACIÓN FORAL BAJO LA VIGENCIA DE LA LEC DE 1881: 1.1. La creación de los Tribunales Superiores de Justicia y la atribución de competencia casacional civil. 1.2. La sujeción de la casación regional a las normas procesales de la general. 1.3. Las iniciativas legislativas autonómicas en la regulación procesal de la casación foral.– 2. LA CASACIÓN GENERAL Y FORAL EN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: 2.1. El acceso a la casación en el anteproyecto y el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil. 2.2. El acceso a la casación general y foral en el articulado definitivo de la Ley. 2.3. El favorecimiento de la casación y de la jurisprudencia foral. 2.4. La interpretación de los requisitos de acceso a la casación general por el Tribunal Supremo. 2.5. La interpretación de los requisitos de acceso a la casación foral por los Tribunales Superiores de Justicia.– 3. LA CASACIÓN FORAL EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL AUTONÓMICA: 3.1. La declaración de competencia funcional del Tribunal Superior de Justicia. 3.2. La eliminación o reducción de la cuantía habilitante del acceso a la casación. 3.3.

La posible invocación de la cuantía o del interés casacional en toda clase de procesos. 3.4. La doctrina jurisprudencial y jurisprudencia acreditativas del interés casacional del recurso: A) La doctrina jurisprudencial objeto de contraste. B) La jurisprudencia contradictoria de Audiencias. 3.5. La inexistencia de doctrina jurisprudencial y su relación con la vigencia de las normas: A) La referencia indistinta de la doctrina al Tribunal Superior de Justicia o al Tribunal Supremo. B) La referencia jurisprudencial a normas de vigencia no superior a cinco años. 3.6. La infracción de costumbre notoria en la casación foral gallega.– 4. LA OPCIÓN POR LA REGULACIÓN GENERAL DE LA CASACIÓN.

1. LA CASACIÓN FORAL BAJO LA VIGENCIA DE LA LEC DE 1881

Fue una vieja aspiración de las Regiones con derecho civil propio, muy anterior al establecimiento del actual Estado de las Autonomías, que el órgano jurisdiccional superior para la interpretación de los Derechos civiles forales fuera un Tribunal radicado en sus territorios e integrado por magistrados destinados en ellos, por presumírseles una mayor sensibilidad por las particularidades de sus respectivos derechos y un mejor conocimiento de la tradición y principios que los inspiran, y de la realidad social a que responden.

1.1. La creación de los Tribunales Superiores de Justicia y la atribución de competencia casacional civil

La organización territorial del Estado en Comunidades Autónomas diseñada por la Constitución Española imponía la adaptación de la organización jurisdiccional a la nueva estructura autonómica¹. Esta adecuación se materializó en la acomodación de las demarcaciones judiciales al ámbito de las Comunidades Autónomas y en la creación en ellas “de un Tribunal Superior

¹ Así lo reconocía ya la Sentencia 38/1982, de 22 junio, del Tribunal Constitucional, cuando señalaba que “la Constitución ha tomado en consideración la organización territorial del Estado al fijar criterios básicos para la organización judicial”.

de Justicia” en el que —con arreglo a lo dispuesto en el artículo 152 de la Constitución— habría de culminar “la organización jurisdiccional en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma”, “sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo”, que seguiría siendo, conforme al artículo 123.1 de la misma Constitución, el “órgano superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales”. Los Estatutos de Autonomía, rebasando en alguna medida las iniciales previsiones constitucionales, vinieron a residenciar en los Tribunales Superiores de Justicia de cada Comunidad no sólo el agotamiento de “las sucesivas instancias procesales” (art. 152.1 CE), sino también —en los Estatutos de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio— el conocimiento de los recursos de casación y revisión en materia de Derecho civil foral o especial.

La previsión estatutaria no supuso la reinstauración de una Justicia autonómica, como las de los Estatutos de Cataluña y País Vasco de 1932 y 1936²; pero venía a significar:

a) la satisfacción, siquiera inicial o de principio, de aquella vieja aspiración de los territorios de Derecho foral;

b) la traducción en el orden jurisdiccional de la diversidad legislativa, como rasgo de identidad de la organización jurídica del Estado, con la vinculación a cada uno de los ordenamientos coexistentes de un recurso y un tribunal de casación garante de su uniforme interpretación y aplicación³, y

c) la quiebra o ruptura del monopolio del Tribunal Supremo en la producción de la jurisprudencia, en el sentido del artículo

² Ya la Sentencia 38/1982, de 22 junio, del Tribunal Constitucional venía a advertir que el Tribunal Superior de Justicia no es un órgano de la Comunidad Autónoma, sino del Estado y de su organización judicial, según se deduce con meridiana claridad del artículo 152.1.2.º de la Constitución

³ Como dice NIEVA FENOLL, Jorge, casación y Poder Legislativo están indisolublemente unidos. El problema no es tanto el modelo de Estado como el derecho aplicable, en “El recurso de casación ante el TSJ de Galicia, tras la LEC 1/2000 (1ª parte)”, en *Revista Xuridica galega*, núm. 32, 2001, pp. 27 a 32.

lo 1.6 del Código civil, que la identifica 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”, al constituir también jurisprudencia con idéntico alcance la que sienten los Tribunales Superiores de Justicia con competencia casacional en la interpretación y aplicación de las normas del Derecho civil de su Comunidad.

La atribución de competencia casacional a los Tribunales Superiores de Justicia en materia de Derecho civil foral o especial de sus respectivas Comunidades planteó desde su misma concepción la cuestión relativa a los criterios determinantes de su competencia funcional, pues la relación con el Derecho civil propio de su territorio podía hacerse depender: *a)* del carácter foral de la institución que constituyera núcleo esencial de la controversia; *b)* del Derecho invocado por la partes en las alegaciones de los escritos rectores del proceso; *c)* del Derecho aplicado en la sentencia de instancia; *d)* del derecho invocado en la fundamentación del recurso, o *e)* de esta última invocación, concurriendo con ella alguno o algunos de los factores anteriores.

Cumpliendo las disposiciones constitucionales y estatutarias, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, creó los Tribunales Superiores de Justicia y dotó a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales de Comunidades cuyos Estatutos de Autonomía hubieran previsto tal atribución de competencia casacional en materia de Derecho civil foral o especial propio de su respectiva Comunidad, estableciendo en el artículo 73.1.a) dos criterios concurrentes para la definición de su competencia en casación: la procedencia de la resolución recurrida de órganos del orden civil radicados en la Comunidad y la fundamentación del recurso en infracción de normas del Derecho civil foral o especial propio de la misma.

La Ley Orgánica del Poder Judicial reservó sin embargo al Tribunal Supremo la competencia para el conocimiento de la casación fundada en “infracción de precepto constitucional” (art.

5.4)⁴ y, por exclusión (arts. 56.1º y 73.1.a), mantuvo inalterada su competencia para el conocimiento de los recursos de casación fundados en infracción de Derecho civil común o de Derecho procesal; de los fundados en Derecho civil foral contra sentencias dictadas por órganos radicados fuera de la Comunidad de que aquel Derecho es propio y de los fundados en Derecho civil foral contra sentencias de órganos radicados en la propia Comunidad cuyo Estatuto no previera la competencia casacional de su Tribunal Superior de Justicia.

La competencia casacional atribuida a los Tribunales Superiores de Justicia no aseguraba pues el exclusivo conocimiento por ellos de todos los recursos de casación en que se dilucidara la interpretación del Derecho civil foral propio de sus Comunidades, ni por ello mismo el pleno cumplimiento a través de la casación regional de las funciones nomofiláctica y uniformadora que este recurso está llamado a cumplir en relación al mismo: de una parte, porque, a tenor de las expresadas reglas de competencia funcional, el Tribunal Supremo —e incluso un Tribunal Superior de otra Comunidad— podían conocer de recursos fundados en la infracción de Derecho civil foral producida por sentencia pronunciada por Audiencia Provincial radicada fuera de la Comunidad de que aquel Derecho era propio, en virtud de las normas de Derecho interregional aplicables⁵; de otra, porque, a través de la reserva competencial al Tribunal

⁴ El Tribunal Constitucional avaló y justificó en su Sentencia 56/1990, de 29 marzo, la atribución del conocimiento de dichos recursos al Tribunal Supremo, y no a cada uno de los Tribunales Superiores de Justicia, apelando al carácter de órgano supremo que le atribuye el art. 123.1 C. E. y a la necesidad de una interpretación y aplicación unitaria de los preceptos constitucionales en lo que puede considerarse Derecho Civil Constitucional, Derecho Privado Constitucional o Derecho Civil en la legalidad constitucional, que sólo puede lograrse a través de la Jurisprudencia de dicho Tribunal Supremo, recordando a estos efectos los múltiples preceptos de la Constitución que se refieren directa o indirectamente al Derecho Civil o al Derecho Privado en general.

⁵ Cfr. CORDÓN MORENO, Faustino, "El recurso de casación por infracción le Ley Foral", en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 6, Vol. I., julio-diciembre 1988, pp. 50 y 51.

Supremo de los recursos fundados en infracción de precepto constitucional, se sustraía al conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia, el examen de cuestiones tan nucleares de los Derechos civiles forales como la posible inaplicación por inconstitucionalidad sobrevenida de sus normas, la integración de las lagunas resultantes de su derogación por tal causa o la interpretación constitucional de sus disposiciones⁶. Además, la determinación del tribunal de casación competente en función de la fundamentación del recurso ponía en exceso a disposición del recurrente su posible elección (el llamado *forum shopping*), con el consiguiente riesgo de desviación o alteración fraudulenta de la regla general de competencia.

La delimitación competencial de la Ley Orgánica no resolvió en cambio la cuestión relativa al conocimiento de los denominados “recursos mixtos”, fundados en infracción de Derecho civil foral y Derecho civil común o Derecho constitucional. Para determinarla se barajaron distintas alternativas: atribuir su total conocimiento al Tribunal Supremo como “órgano superior en todos los órdenes” (art. 123.1 CE); conferirlo a los Tribunales Superiores de Justicia, a fin de evitar el vaciamiento de competencia que el previsible predominio de estos recursos iba a producir, o dividir el conocimiento del recurso según el contenido de los motivos.

La Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, que fijó la planta de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, reguló su provisión y dispuso su puesta en marcha, optó por la conjugación de aquellas dos últimas fórmulas en la atribución competencial de los recursos mixtos: la división del conocimiento del recurso entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Superior de Justicia ante la denuncia de infracciones de Derecho constitucional y de Derecho civil foral

⁶ Cfr. FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. Javier, “Ámbitos materiales concurrentes en la competencia casacional del Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia”, en *Las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia*, CGPJ y Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1994, pp. 289 y ss.

o especial, y la atribución del conocimiento del recurso en su integridad al Tribunal Superior de Justicia ante la denuncia de infracciones de Derecho civil foral o especial y de Derecho común, civil o procesal⁷.

Si el régimen de competencia funcional diseñado por la Ley Orgánica del Poder Judicial no aseguraba que los Tribunales Superiores de Justicia fueran los únicos intérpretes finales de los Derechos propios de sus respectivas Comunidades Autónomas, la atribución de los recursos mixtos a aquellos Tribunales sin posible recurso ulterior para unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo en relación al Derecho estatal impedía también a éste el cumplimiento de la función casacional uniformadora del mismo⁸.

⁷ Disponía el artículo 54, apartado 1-a), que “cuando el recurso de casación se fundamente conjuntamente en infracción de normas 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”; agregando el mismo artículo, en su apartado 1.f), que “si el Tribunal Supremo, en la decisión del recurso, estimase que no concurre la infracción de precepto constitucional invocada, si además se hubiese fundado en infracciones de normas de Derecho civil, foral o especial, remitirá las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia que corresponda, en el plazo de quince días, con emplazamiento de las partes por plazo de diez días”.

⁸ Como apunta NIEVA FENOLL, Jorge, el sistema se aparta así del postulado casacional “un legislador, un tribunal de casación”, pues “ni los Tribunales Superiores de Justicia garantizan la uniformidad de interpretación de la norma de derecho propio de su Comunidad, ni el Tribunal Supremo cumple su función casacional, al no haber recurso alguno contra las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que apliquen derecho estatal”, “El recurso de casación...”, en *Revista Xuridica Galega*, cit. pp. 32 y 37.

1.2. La sujeción de la casación regional a las normas procesales de la general

La Ley de Demarcación y Planta Judicial no introdujo en su articulado, ni en el de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con ocasión de la entrada en funcionamiento de los Tribunales Superiores de Justicia, ninguna disposición particular, en relación a los requisitos de admisibilidad y a la fundamentación del recurso de casación foral o regional, acorde a las exigencias y características propias de los Derechos civiles forales que su jurisprudencia había de complementar, con lo que este recurso quedó sujeto en todo a la normativa procesal de la casación general⁹.

Aunque la definitiva atribución por la Ley 38/1988 del conocimiento de los recursos mixtos, fundados en la infracción de normas civiles forales y comunes, a los Tribunales Superiores de Justicia satisfizo en buena medida las aspiraciones de los impulsores de la casación foral o regional, la regulación legal no colmó las expectativas puestas en ella; principalmente, porque la razón y utilidad de la casación regional, su efectiva contribución a la creación de una jurisprudencia foral cuantitativa y cualitativamente significativa y a la consecución de la deseable uniformidad en la emanada de la Audiencia o Audiencias Provinciales de sus territorios, pasaba por la supresión o reducción de algunos de los límites impuestos para el acceso a la casación general, especialmente los relativos a la cuantía litigiosa que el legislador había establecido fundamentalmente en contemplación a

⁹ El artículo 54.1 de la Ley 38/1988 declaraba que “la competencia atribuida a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia por el artículo 73.1 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial se ejercerá con arreglo a las normas sobre el recurso de casación previstas en los artículos 1686 y siguientes y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, sin otras particularidades que las que preveía acerca de la competencia para los recursos mixtos, la preparación de recursos distintos de Derecho común y Derecho foral, la resolución de las dudas sobre competencia y la composición de las Salas para las vistas de casación.

la carga competencial del Tribunal Supremo¹⁰. También pasaba, aunque en menor medida, por una adecuación de los motivos de casación a las particularidades normativas de algunos de los ordenamientos forales que, muy especialmente en el caso del Derecho civil gallego, parecía reclamar un específico tratamiento de sus usos y costumbres.

La sujeción de la casación regional a las rigurosas exigencias de la general sustraía a la posible revisión casacional el conocimiento de instituciones y materias que, pese a su limitada importancia económica, gozaban de amplio arraigo y vitalidad, especialmente en la sociedad rural, privándolas, con la exclusión de su acceso a la casación por razón de la cuantía litigiosa, de una jurisprudencia civil que fijara el sentido y alcance de sus normas rectoras, con la certidumbre que la igualdad en su aplicación y la seguridad jurídica reclamaban¹¹.

A la insatisfacción generada por tales causas se agregaba, en el caso del Derecho civil de Galicia, la inquietud por la inadecuación de los motivos legales de la casación general a la realidad de un Derecho que, por entonces, estaba aún regido en gran medida

¹⁰ Señalaba en este sentido BONET NAVARRO, Ángel, que si se proclama la existencia de una función casacional atribuida a los Tribunales Superiores de Justicia en determinadas Comunidades Autónomas, es preciso liberar a esos recursos de condiciones limitativas de su ejercicio que no corresponden, ni a la naturaleza de tal tipo de recurso, ni se derivan de principios rectores del proceso, "La reforma de la casación. Efectos en la función casacional de los Tribunales Superiores de Justicia", en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 1993, núm. 3, p. 56.

¹¹ Particularmente expresivo resultaba sobre el este extremo el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 17 de noviembre de 1992, parcialmente transcrito en la Sentencia 47/2004, de 25 de marzo, del Tribunal Constitucional (FJ 2), cuando señalaba que las limitaciones impuestas en el artículo 1687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación especialmente a la exigencia de cuantía para el acceso a la casación, "no tienen sentido ninguno en un derecho como el civil gallego...que por su peculiaridad de ser en gran medida de carácter agrario minifundista, carece en la mayoría de los casos de la suficiente entidad económica como para superar los límites impuestos por la Ley procesal".

por usos y costumbres cuya realidad, contenido y valor normativo era preciso fijar como premisa de su exigible observancia y correcta aplicación.

El desarrollo de una normativa procesal *ad hoc* del recurso de casación regional y la solución legal de algunas lagunas que regulación de la competencia funcional en la Ley de Demarcación y Planta Judicial planteaba pudieron haberse llevado a cabo a través de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal de 1992. Pero la Ley 10/1992, de 30 abril, se limitó a reiterar en el artículo 1686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la norma atributiva de competencia casacional a los Tribunales Superiores de Justicia contenida en el artículo 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹² y a reproducir literalmente en los artículos 1729 a 1732 de la misma Ley procesal el tenor del artículo 54 de la Ley de Demarcación y Planta Judicial, que quedó sin contenido. Con ello, la Ley de 1992 mantuvo el sometimiento de la casación regional a las limitaciones de la general e incluso, en consideración a ella, acentuó estas limitaciones, incrementando la cuantía litigiosa establecida para el acceso a la casación por encima de los 6.000.000 de pesetas, ampliando las causas de inadmisibilidad del recurso y reduciendo sus motivos de casación.

Fue el incremento de la cuantía mínima, como apunta Ortelles Ramos¹³, el detonante de las primeras manifestaciones críticas contra la preponderancia de la regla de la cuantía para la selección de asuntos con acceso a la casación, porque la influencia decisiva de esa regla margina o dificulta que la casación pueda

¹² El párrafo segundo introducido por la reforma de 1992 decía así “Corresponderá a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación en los supuestos de infracción de las normas de derecho civil foral o especial propio de las Comunidades Autónomas en cuyo Estatuto de Autonomía se haya previsto esta atribución, de acuerdo con lo dispuesto en la Sección novena de este Título”.

¹³ ORTELLES RAMOS, Manuel, “La selección de asuntos para su acceso a la casación en Derecho Español. La técnicas de unificación de doctrina y de interés casacional”, en *Los recursos ante Tribunales Supremos en Europa. Appeals to Supreme Courts*. Difusión Jurídica. Madrid, 2008, p. 174

cumplir con amplitud una función de unificación de la jurisprudencia y de garantía de la igualdad ante la Ley.

La sujeción a aquellas rigurosas limitaciones legales y acaso también una interpretación reduccionista de su competencia casacional por algunos de los Tribunales Superiores de Justicia, terminaron por truncar buena parte de las expectativas que la creación de la casación foral despertó en su día.

A la frustración por los escasos frutos de la casación regional se unía la constatación de la reducida productividad de las Salas de lo Civil y Penal, especialmente significativa en los Tribunales sin competencia casacional civil. Sobre la preocupación por desarrollar y potenciar la casación foral, vino a primar la búsqueda de nuevas atribuciones competenciales con que justificar la existencia y subsistencia de tales Salas en todas las Comunidades Autónomas¹⁴.

1.3. Las iniciativas legislativas autonómicas en la regulación procesal de la casación foral

Era en todo caso patente el desinterés que por la casación regional mostraron hasta 1992 las instituciones de las Comunidades con Derecho civil propio y la escasa preocupación que las representaciones políticas manifestaron por la potenciación de esa casación y de la jurisprudencia civil foral.

Sólo Galicia reaccionó ante aquella situación general con la aprobación de la Ley 11/1993, de 15 de julio, del recurso de casación en materia civil, mediante una regulación parcial limitada a las resoluciones recurribles, a los motivos de casación, a la competencia del Tribunal Superior de Justicia y a las costas del recurso. Su necesidad *“para hacer posible que el acceso a dicho recurso de casación sea efectivamente viable”* venía justificada, se-

¹⁴ Cfr. GABALDÓN LÓPEZ, José *“El futuro de la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia”*, en *Las Salas de lo Civil y Penal...*, cit., pp. 259 y ss.

gún la Exposición de Motivos de la Ley, por la reforma procesal de la Ley de Enjuiciamiento Civil llevada a cabo por la Ley 10/1992 y por la realidad normativa del Derecho civil gallego, con las que claramente se aludía a la exigencia general de una cuantía para el acceso a la casación, incrementada por la Ley de 1992 y al carácter todavía consuetudinario de buena parte de su Derecho vivo.

Como es sabido, la sentencia 47/2004, de 25 marzo, del Tribunal Constitucional, que conoció del recurso de inconstitucionalidad 3141/1993 interpuesto contra ella, reiterando que la salvedad recogida en el art. 149.1.6^a de la Constitución Española a la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación procesal no permite a las Comunidades Autónomas *“innovar el ordenamiento procesal en relación con la defensa jurídica de aquellos derechos e intereses que materialmente regulen”* sino solamente introducir *“las singularidades procesales...que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por éstas”*, estableció que *“la sola existencia del recurso de casación civil foral gallego, del que ha de conocer la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, no habilita sin más a esta Comunidad Autónoma para emanar una normación procesal que regule por completo y en su totalidad los presupuestos procesales y el procedimiento de tal recurso extraordinario, constituyendo por esta vía una regulación independiente y diversa de la legislación procesal del Estado”*. Y aplicando esta doctrina, declaró inconstitucionales y nulos todos los preceptos de la Ley recurrida, con dos salvedades: una, la relativa a la inexigibilidad de una determinada cuantía litigiosa para el acceso a la casación (art. 1.a, inciso final), y otra, la referida a la posible motivación del recurso en el error en la apreciación de la prueba que demuestre desconocimiento por parte del juzgador de hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre, y a la dispensa de prueba de los usos o costumbres notorios por alguno de los medios que reconoce (art. 2.2^o).

Galicia, asumiendo la doctrina contenida en la expresada sentencia del Tribunal Constitucional, promulgó la Ley 5/2005,

de 25 de abril, del recurso de casación en materia civil, circunscrita a aquellas dos particularidades legales que la sentencia no reputó inconstitucionales, aunque suprimiendo la disposición referida a la relevación de prueba de los usos y costumbres notorios por alguno de los medios reconocidos, que aparecía ya incorporada a la Ley 4/1995 del Derecho Civil de Galicia.

Aragón seguiría los pasos de Galicia, a través de la Ley 4/2005, de 14 de junio, en la que reiteró la competencia funcional del Tribunal Superior de Justicia de esa Comunidad en los mismos términos con que la reconocen la legislación orgánica y procesal común, aunque sin explícita mención a su previsión estatutaria (art. 1) y reguló los requisitos de acceso a la casación foral aragonesa en razón, indistintamente referida, a la cuantía del asunto, indeterminable o superior a 3.000 euros (art. 2.1), y al interés casacional del recurso (art. 2.2), por la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia o el Tribunal Supremo o la inexistencia de la misma (art. 3.1), por la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencia Provinciales (art. 3.2) o por aplicación de normas de Derecho civil aragonés con vigencia no superior a cinco años sobre cuyo contenido en normas anteriores no exista doctrina jurisprudencial (art. 3.3).

Y el Gobierno de Cataluña acaba de aprobar el 20 de julio de 2010 el Proyecto de la Ley reguladora del recurso de casación en materia de Derecho civil de Cataluña, que pende actualmente de tramitación en su Parlamento¹⁵. En su articulado se establece el ámbito de aplicación de la norma (art. 1), las resoluciones recurribles y los requisitos de acceso a la casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (arts. 2 y 4), el tipo de infracciones alegables (art. 3) y las consecuencias de la infracción de una norma del ordenamiento civil catalán de carácter procesal (art. 5).

¹⁵ Puede consultarse su texto en el *Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña* núm. 784 de 30 de julio de 2010, www.parlament.cat.

Tanto las Leyes gallega y aragonesa, como el Proyecto de Ley catalán, aparecen inspirados en el común propósito de incrementar el número de asuntos con acceso a la casación regional y favorecer de este modo la creación por los Tribunales Superiores de Justicia de sus Comunidades de una jurisprudencia propia. Pero, a diferencia de la Ley gallega de 1993, las Leyes de 2005 y el Proyecto de 2010 han venido a aprobarse ya vigente la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, asentada en parámetros y criterios de acceso a la casación bien distintos de los que, tras sucesivas reformas, regían la Ley 1881 y estuvieron en la raíz de la iniciativa procesal autonómica de 1993, que las leyes de 2005 y el proyecto de 2010 han venido a continuar.

2. LA CASACIÓN GENERAL Y FORAL EN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Como acaba de decirse, la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 ha representado una profunda modificación en los criterios de selección de los asuntos para el acceso a la casación, tanto general como foral, inspirada en el propósito de abarcar toda clase de asuntos y materias¹⁶, y de favorecer con ella sin exclusiones la creación de una doctrina jurisprudencial especialmente autorizada. Con la salvedad de las sentencias dictadas en procesos para la tutela de derechos fundamentales, el nuevo sistema hace depender su recurribilidad en casación, no ya —o no sólo— de la cuantía del asunto controvertido, en principio ajena a los fines esenciales de la casación e incapaz de fijar de modo razonable y equitativo el ámbito idóneo de su cognición, sino también del “interés casacional” del propio recurso, objetivamente definido por el legislador, en orden al cumplimiento de la función casacional de fijar y unificar la exégesis de las normas jurídicas sus-

¹⁶ Incluidas, como dice BONET NAVARRO, Ángel, aquellas “que tradicionalmente no eran examinadas por el tribunal de casación por imperativo de la exclusión operada por la limitada cuantía ligada al asunto”, en *Los recursos en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 212 y 213.

tantivas mediante la elaboración de una doctrina jurisprudencial autorizada.

2.1. El acceso a la casación en el anteproyecto y el proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil

En el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, que ninguna mención hacía a la cuantía del asunto como criterio para el acceso a la casación, la recurribilidad de la sentencia se hacía depender, indiscriminadamente para toda casación, general o foral, de la contradicción de la sentencia recurrida con lo resuelto, por una o más sentencias, en situaciones sustancialmente iguales, por el Tribunal Supremo, los Tribunales Superiores de Justicia o las Audiencias Provinciales, o de la aplicación de normas de vigencia no superior a cinco años cuando no existiere jurisprudencia sobre normas anteriores de igual o similar contenido (art. 482). En el planteamiento general del Anteproyecto, la recurribilidad de la sentencia venía a depender pues, con la sola excepción de las sentencias en materia de derechos fundamentales, de la necesidad de cumplir la función casacional de unificar o fijar doctrina jurisprudencial¹⁷.

Fue el Proyecto de Ley el que, incorporando, como concepto selectivo el del “interés casacional” (art. 480), lo declaró apreciable en las sentencias que se opusieran a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, resolvieran cuestiones sobre las que existiera jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplicaran normas de vigencia no superior a cinco años sobre cuyo contenido no hubiera doctrina jurisprudencial de aquel Tribunal (art. 480.2.2º); pero, asumiendo algunas de las observaciones críticas al Anteproyecto de Ley¹⁸, lo declaró tam-

¹⁷ ORTELLS RAMOS, Manuel, “La selección de asuntos para su acceso a la casación...”, *cit*, p. 191.

¹⁸ Como la contenida en el Informe del Consejo General del Poder Judicial que, en orden al mantenimiento de las funciones tradicionales de la casación y a la satisfacción tanto del *ius constitutionis* como del *ius litigatoris*, proponía “presumir

bién concurrente en las sentencias recaídas en asuntos de cuantía superior a 15.000.000 de pesetas (art. 480.2.1º).

El Proyecto no introducía para la casación foral otra salvedad o especialidad en relación a las resoluciones recurribles en ella que el explícito reconocimiento de ese interés casacional también en las sentencias que se opusieran a doctrina del Tribunal Superior de Justicia sobre normas de Derecho especial de su Comunidad (art. 480.3).

Pese a la inserción de esta específica disposición, el Proyecto, lejos de satisfacer la demanda de una casación regional sin las trabas de la casación general, restringía aún más el acceso a ella, pues vinculaba el interés casacional habilitante del recurso a los asuntos de cuantía superior a 15.000.000 de pesetas, incrementando en más del doble la *summa* vigente; a la oposición de la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia sobre normas de Derecho especial de su Comunidad, doctrina que a los doce años de su creación no podía ser muy nutrida; a la inexistencia de doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior sobre normas con vigencia inferior a cinco años, que por entonces dejaba fuera no pocas disposiciones del Derecho civil foral, especialmente del compilado, y a la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales sobre cuestiones resueltas en la sentencia recurrida, ciertamente excepcional en Comunidades uniprovinciales o de reducido ámbito territorial.

2.2. El acceso a la casación general y foral en el articulado definitivo de la Ley

El articulado de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, con mejor técnica que el proyecto, desvincula “interés casacional” y “cuantía del asunto” (art. 477.2.2º y 3º), en consonancia con los

en todo caso interés casacional a los asuntos de determinadas cuantías”, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *La reforma del proceso civil*, Madrid, 1998, p. 219.

diversos fines a que aquél y ésta responden —la defensa del *ius constitutionis*, el primero y la tutela del *ius litigatoris*, el segundo—; eleva por encima de los 25.000.000 de pesetas la cuantía que posibilita sin otras exigencias el acceso a la casación (art. 477.2.2º); reproduce los tres supuestos de “interés casacional” ya recogidos en el proyecto —oposición a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias y aplicación de normas de vigencia no superior a cinco años desprovistas de doctrina jurisprudencial sobre otras anteriores de igual o similar contenido— (art. 477.3, párr. primero) y mantiene también la recurribilidad de las sentencias dictadas en procesos para la tutela judicial de derechos fundamentales (art. 477.2.1º).

Pero, en lo que aquí más importa, la Ley, ampliando la mención del Proyecto al interés casacional de los recursos ante los Tribunales Superiores de Justicia, dispone en un segundo párrafo al apartado 3 del artículo 477 que *“cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente”*.

De su literalidad se deriva la concurrencia de interés casacional no sólo en los recursos contra sentencias que se dicten en oposición a la doctrina jurisprudencial de los Tribunales Superiores de Justicia, ya reconocida en el Proyecto, sino también en los interpuestos contra sentencias que infrinjan normas del Derecho civil foral o especial, de cualquier antigüedad, sobre las que no exista doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de la Comunidad correspondiente o —como luego se verá— sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

2.3. El favorecimiento de la casación y de la jurisprudencia foral

Pese al incremento de la *summa cassationis* a 25.000.000 de pesetas (o 150.000 euros en la conversión operada por el RD 1417/2001), la cuantía del asunto ha dejado de ser de ser pues en la nueva casación la traba que en la derogada legalidad procesal representaba para la creación de una jurisprudencia complementadora de los Derechos civiles forales, pues la habilitación del recurso, sin consideración alguna a la cuantía de la litis, en los supuestos de inexistencia de tal doctrina jurisprudencial o de existencia de jurisprudencia contradictoria, permite el establecimiento de aquella doctrina en relación a cualquier norma o cuestión jurídica que la requiera y la unificación de los dispares criterios de instancia sobre ellas, con la consiguiente potenciación de los fines públicos del recurso y de la jurisprudencia civil foral.

El tratamiento que la nueva Ley hace, tanto de la doctrina jurisprudencial de los tribunales de casación (Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia), como de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, se atiene a la función propia de la primera y devuelve a la segunda un protagonismo relevante en la conformación de aquella.

En la vigente legalidad procesal el “único motivo” que puede fundar el recurso de casación es “la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”; no siéndolo ya la de la jurisprudencia que en la derogada se equiparaba a ella. La consideración legal de la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial como supuesto constitutivo del interés habilitante del recurso y no como motivo de casación es acorde con el valor de la jurisprudencia y el necesario carácter evolutivo de su doctrina. Al sometimiento de los tribunales a la Ley y demás fuentes del ordenamiento jurídico (arts. 117.1, de la Constitución y 1.7 del Código Civil) no es en absoluto equiparable su vinculación a la jurisprudencia

que lo complementa (art. 1.6 del Código Civil)¹⁹. La inobservancia de aquellas normas justifica por sí misma la casación y anulación de la sentencia, mientras que el apartamiento de la jurisprudencia, si bien justifica la revisión casacional de los criterios exegéticos opuestos a su doctrina, no excluye su mantenimiento en casación como conformes y aun más ajustados a la norma jurídica interpretada y a la cambiante realidad social que en cada momento reclama su aplicación, posibilitando la evolución y renovación de la doctrina sentada²⁰.

En lo que a la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales concierne, la Ley, al reconocer interés casacional a la constatación de contradicciones o divergencias en ella, refuerza su contribución a la creación de una doctrina jurisprudencial propiamente dicha, complementadora del ordenamiento jurídico, con la potenciación de la función unificadora que el recurso de casación esta llamado a cumplir.

2.4. La interpretación de los requisitos de acceso a la casación general por el Tribunal Supremo

El contrapunto a la positiva ampliación por la Ley de Enjuiciamiento Civil del acceso a la casación a todas las materias y a la potenciación de una jurisprudencia civil autorizada sobre ellas, ha venido determinado por la restrictiva interpretación que de las disposiciones procesales de acceso al recurso ofreció tempranamente la Sala Primera del Tribunal Supremo en los Acuerdos

¹⁹ Como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 septiembre 2000, (RJ 2000, 7031), haciéndose eco de la doctrina sentada por la de 3 enero 1990 (RJ 1990, 5), y reitera la del mismo Tribunal de 21 julio 2003 (RJ 2003, 5388), la doctrina jurisprudencial complementadora del ordenamiento jurídico no encarna una "disposición" o "norma" sino más bien criterios de aplicabilidad consustanciales con el ejercicio de la función y la independencia propia de los tribunales.

²⁰ Cfr. Auto del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 28 junio 2001 (JUR 2003, 45584). En el parecidos términos se pronuncia LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier, *Los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 112.

de su Junta General de Sala de 12 de diciembre de 2000, cuyo contenido ha seguido con todo rigor en la resolución de las quejas promovidas en fase de preparación y en la admisión de las casaciones interpuestas ante ella.

Sobre la cuestión que más preocupaba a los territorios con Derecho civil propio, los requisitos de acceso a la casación, los Acuerdos establecen, en síntesis:

a) Que los supuestos de recurribilidad contemplados en los tres ordinales del artículo 477.2 de la Ley (tutela de derechos fundamentales, cuantía del asunto e interés casacional) constituyen supuestos *distintos y excluyentes*; lo que supone que sólo puede pedirse la preparación del recurso al amparo de uno de ellos, sin que el tribunal pueda reconducirlo a otro distinto del invocado por la parte²¹.

b) Que por el numeral 2º del artículo 477.2 (*en razón a la cuantía del asunto*) son recurribles las sentencias recaídas en juicio ordinario, sustanciado en razón a la cuantía en que ésta exceda de 25.000.000 de pesetas (o 150.000 euros), quedando pues excluidas las dictadas en juicio ordinario de cuantía inferior o indeterminada²², así como las recaídas en juicio verbal; y por el numeral 3º del mismo artículo (*en razón al interés casacional*), son recurribles

²¹ Aunque en este último particular el Tribunal Supremo ha mostrado una mayor flexibilidad, al admitir por el numeral 2º un recurso indebidamente preparado e interpuesto por interés casacional cuando, siendo la sentencia recurrible por razón de la cuantía, ésta excede de la cantidad legalmente exigida (Auto 25 noviembre 2008 —RJ 2008, 6935— y Sentencia de 18 marzo 2010 —JUR 2010, 103648—). Como dice el Auto de 16 enero 2007 (RJ 2007, 451) ningún óbice puede suponer que se invoque el interés casacional en asuntos incardinables en los números 1º y 2º del art. 477 Ley de Enjuiciamiento Civil; lo determinante es que efectivamente la sentencia sea recurrible al amparo de uno de ellos, como en el caso lo era por razón de la cuantía.

²² También en este particular el Tribunal Supremo ha mitigando el rigor de tal exclusión, aceptando su posible admisión en los supuestos de indeterminación inicial relativa de la cuantía que los datos aportados o la prueba practicada revelan superior a 150.000 euros y en los de sentencias de condena superior a aquel límite cuantitativo. Cfr. Autos de 19 noviembre 2002 (RJ 2002, 10090), 25 enero 2005 (RJ 2005, 1451), 17 octubre 2006 (RJ 2006, 1647) y 10 septiembre 2007 (RJ 2007, 8247).

las sentencias recaídas en juicio ordinario, sustanciado por razón de la materia, excepto los de tutela civil de los derechos fundamentales, y en juicio verbal, tramitado igualmente en atención a la materia, así como las sentencias dictadas en los procesos especiales y en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, a tenor de los Convenios de Bruselas y Lugano y del Reglamento CE 1347/2000. De ello se derivan dos trascendentales consecuencias: *una*, que la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial, la ausencia de ella sobre normas aplicables al caso y la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales son irrelevantes y no revisables casacionalmente en procesos seguidos por razón de la cuantía cuando ésta no es superior a 150.000 euros, y *otra*, que la cuantía del asunto es por completo indiferente o intrascendente para la posible revisión casacional de la sentencia recaída en procesos seguidos en consideración a la materia.

c) Que la alegación de la *oposición de la sentencia a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo* exige la cita de dos o más sentencias de la Sala Primera, razonando cómo, cuándo y en qué sentido ha sido vulnerada.

d) Que la invocación de la *existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias* requiere por su parte la cita de dos sentencias firmes de uno de esos órganos jurisdiccionales, decidiendo en sentido contrario al de otras dos, también firmes, de diferente tribunal de apelación, en razón a fundamentos de derecho contrapuestos y en controversias sustancialmente iguales; con lo que el Tribunal Supremo viene a aplicar a la “jurisprudencia” de las Audiencias las mismas exigencias que ha venido reclamando para el reconocimiento de su propia doctrina jurisprudencial, a tenor del artículo 1.6 del Código civil.

e) Que en la alegación de *normas con menos de cinco años de vigencia*, el cómputo debe efectuarse tomando como día inicial el de su entrada en vigor y como día final el de la sentencia recurrida.

2.5. La interpretación de los requisitos de acceso a la casación foral por los Tribunales Superiores de Justicia

Pese a la reiteración de estos criterios hermenéuticos en las resoluciones del Tribunal Supremo, los Tribunales Superiores de Justicia no se han sentido compelidos a su seguimiento en la interpretación de las normas procesales reguladoras de la casación, al resolver los recursos de que conocen en virtud de su propia competencia funcional.

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra tiene sobre el particular declarado que *aun sin desconocer el valor de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en la interpretación de las normas sustantivas comunes y procesales, no puede dejar de afirmar la plenitud de su soberanía y competencia no sólo en la exégesis de las disposiciones del Derecho civil propio de su Comunidad, de que es último intérprete, sino también en la de las normas reguladoras del recurso de casación civil foral de que conoce con exclusión de cualquier instancia jurisdiccional superior o ulterior*²³. El Tribunal Superior de Islas Baleares que *su sala Civil, no se considera vinculada por las líneas interpretativas que ha adoptado y utiliza el Tribunal Supremo respecto de la recurribilidad en casación de los pleitos que versan de modo exclusivo sobre materias propias de derecho común*²⁴. El Tribunal Superior de Cataluña, que *su Sala Civil es soberana en la interpretación de los requisitos procesales de los recursos de casación de su competencia*²⁵. El Tribunal Superior de Valencia que *el Acuerdo de los magistrados de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2000*

²³ Sentencias de 23 octubre 2002 (RJ 2003, 2208), 2 noviembre 2002 (RJ 2003, 2209 de), 27 diciembre 2002 (RJ 2003, 2214), 26 septiembre 2003 (RJ 2003, 8685), 21 enero 2004 (RJ 2004, 2667), 2 marzo 2004 (RJ 2004, 2797) y 8 noviembre 2004 (RJ 2005, 1042), entre otras.

²⁴ Entre otras resoluciones en sus Sentencias de 20 de diciembre de 2001 (RJ 2002, 2387) y 14 de enero de 2005 (RJ 2005, 214).

²⁵ Sentencia de 27 marzo 2008 (RJ 2009, 299), que cita en el mismo sentido las de 16 septiembre 2002 (RJ 2003, 2598), 28 noviembre 2002 (RJ 2002 10924), 1 diciembre 2003 (RJ 2004, 913), 24 abril 2006. (RJ 2006, 3999), 17 julio 2006 (RJ 2007, 1660).

*tendrá el poder de convicción que se derive de la razonabilidad de sus argumentos y de la fuerza persuasiva de sus conclusiones, pero carece de valor jurídico; ese Acuerdo puede tener eficacia a los efectos internos de esa Sala, pero carece de todo efecto vinculante hacia el exterior de la misma y, desde luego, no vincula a otros órganos judiciales también con competencia para conocer de recursos de casación*²⁶. En el mismo sentido se había pronunciado el Tribunal Superior de Aragón, al declarar que *el acuerdo de la Junta General de Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2000 no afecta al caso, que queda indemne de su contenido, por ser una disposición “ad intra” de la referida Sala y no vinculante*²⁷.

En ejercicio de su soberanía y plena competencia en la interpretación de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil reguladoras de la casación, en lo que a la casación foral o regional concierne, los Tribunales Superiores de Justicia han venido manteniendo mayoritariamente los siguientes criterios:

a) Que la cuantía del asunto, determinada en el ordinal 2º y el interés casacional, establecido en el 3º, del artículo 477.2 de la Ley, posibilitan indistintamente el acceso a la casación de las sentencias pronunciadas en cualquier clase de juicio, ya haya sido determinado su procedimiento por razón de la cuantía, ya por razón de la materia. En expresión del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, repetida en muchas de sus resoluciones *“todas las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales pueden ser recurridas por interés casacional —si lo presentan— y por*

²⁶ Sentencia de 29 mayo 2003 (RJ 2003, 4420), para la que *“nada indica que los casos de los números 2º y 3º del art. 477.2 se presenten como contrapuestos, excluyentes o incompatibles. Un proceso de materia de las enumeradas en los arts. 249.1 y 250.1 puede ser de cuantía superior a 150.000 euros y por esa sola razón debe tener acceso a la casación; un proceso de cualquier materia, y sin referencia a su cuantía, puede dar lugar a interés casacional”*.

²⁷ Sentencia de 29 septiembre 2001 (RJ 2002, 2821), que cita el Auto dictado por la misma Sala y en el mismo recurso el 4 junio 2001. También el Auto de 5 diciembre 2006 (JUR 2007, 222940) con cita del de 12 diciembre 2003 (JUR 2004, 43903) reitera la falta de vinculación del Tribunal Superior de Justicia a los criterios interpretativos del Tribunal Supremo en la materia.

razón de la cuantía —si la alcanzan— cualquiera que sea el procedimiento seguido”²⁸. Tal ha sido asimismo el criterio mantenido por el Tribunal Superior de Justicia de Baleares²⁹; por el de la Comunidad Valenciana³⁰ o por el de Navarra³¹. Y, con algunas vacilaciones iniciales³², también por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, aplicando las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil en recursos anteriores a la Ley aragonesa de 2005³³.

Siguen por el contrario la interpretación que vincula la recurribilidad por la cuantía del asunto y por el interés casacional al pronunciamiento de la sentencia de segunda instancia en proceso seguido, respectivamente, por razón de la cuantía y de la materia, los Tribunales Superiores de Justicia de País Vasco y de Galicia. El primero, asumiendo y abundando en las razones con que el Tribunal Supremo la sustenta³⁴; y el segundo, con la reser-

²⁸ Sentencias 10 octubre 2005 (RJ 2005, 7751) y 27 marzo 2008 (JUR 2008, 284748). La Sala, que en el Auto de 29 octubre 2009 (JUR 2010, 4460) apela también a su soberanía en la interpretación de los requisitos procesales de los recursos de casación de su competencia, basa en sus resoluciones en el principio general de Derecho según el cual donde la Ley no distingue no es lícito distinguir (Auto 3 octubre 2002 —RJ 2002, 10567—).

²⁹ Sentencia 14 enero 2005 (RJ 2005, 214).

³⁰ Sentencia 29 mayo 2003 (RJ 2003, 4420) que, tras una extensa argumentación de su criterio, concluye que “nada indica que los casos de los números 2º y 3º del artículo 477.2 se presenten como contrapuestos, excluyentes o incompatibles”, agregando que “un proceso de materia de las enumeradas en los artículos 249.1 y 250.1 puede ser de cuantía superior a 150.000 euros y por esa sola razón debe tener acceso a la casación” del mismo modo que “un proceso de cualquier materia, y sin referencia a su cuantía, puede dar lugar a interés casacional”.

³¹ Sentencias de 23 octubre 2002 (RJ 2003, 2208), 26 septiembre 2003 (RJ 2003, 8685), 2 marzo 2004 (RJ 2004, 2797) y Auto 31 julio 2002 (JUR 2003, 45744).

³² Como la representada por el Auto de 28 septiembre 2001 (RJ 2002, 2820) que acepta los criterios del Tribunal Supremo, vinculando la casación por interés casacional a los procesos sustanciados por la materia y la casación por la cuantía a los procesos seguidos por tal razón.

³³ Auto de 5 diciembre 2006 (JUR 2007, 222940) que, apelando a otras declaraciones en el mismo sentido de la Sala, cita la del Auto de 12 diciembre 2003 (JUR 2004, 43903).

³⁴ Pueden consultarse en este sentido la Sentencia de 26 noviembre 2009 (JUR

va, derivada de la regulación procesal de la casación gallega, de la recurribilidad universal de las sentencias dictadas en atención a la cuantía³⁵.

b) Que, consiguientemente, el “interés casacional” del recurso, con que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil pretende cumplir la función constitucional de la casación, dirigida a fijar con certidumbre el sentido de las normas jurídicas materiales y unificar su interpretación y aplicación por los tribunales de instancia, permite el acceso a ella de la sentencia de segundo grado recaída en cualquier tipo de proceso, abstracción hecha de la razón (materia o cuantía de la litis) determinante del procedimiento seguido en su tramitación³⁶. Como dice la sentencia de 29 mayo 2003 del

160313 de 2010) y los Autos de 2 marzo 2007 (JUR 2007, 109709) y 10 diciembre 2007 (JUR 2008, 127185).

³⁵ El Tribunal, si bien mantiene la “idoneidad verdaderamente universal de las sentencias dictadas en atención a la cuantía del asunto por las Audiencias Provinciales de Galicia para ser combatidas en casación ante esta Sala”, conforme al art. 1 de la Ley de 1993 y ahora *ex artículo* 2.2 LCG de 2005 (S. 23 enero 2006 —RJ 2006, 844—), advierte que tal principio es predicable sólo de las sentencias recaídas en los asuntos tramitados “por razón de la cuantía” (S. 4 septiembre 2009 —RJ 2009, 3994—), pues la recurribilidad de las dictadas en aquellos en que la clase de juicio viene legalmente determinada en razón a la materia dependerá de que la resolución del recurso presente interés casacional en los términos en que es éste considerado por el art. 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (S. 4 septiembre 2008 —RJ 2009, 3994—) De manera más explícita, reitera en su reciente Sentencia de 4 marzo 2010 (CGPJ, ROJ 2010, 4365) que el interés casacional como presupuesto de recurribilidad se debe circunscribir, de acuerdo con la interpretación del Tribunal Supremo y de este Tribunal, a aquellos supuestos en los que la clase de procedimiento seguido haya sido determinada por razón de la materia y no de la cuantía, insistiendo en que los presupuestos o vías de recurribilidad del art. 477.2 de la LEC no son concurrentes, sino excluyentes en el sentido de que no es posible acceder a casación sino por uno sólo de estos cauces: el interés casacional si el asunto ha seguido un procedimiento en razón de la materia, o la cuantía si se ha seguido por esta última razón.

³⁶ Declara en este sentido el Tribunal Superior de Justicia de Baleares que “si concurre interés casacional, el grado de casación queda abierto en todo caso, abstracción hecha del tipo de proceso en que haya recaído la sentencia de segunda instancia: sea proceso sustanciado por razón de la materia, lo sea por razón de la cuantía y, dentro de este segundo bloque, cualquiera que sea la que tenga, mayor o

Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana³⁷, en el texto definitivo de la Ley de Enjuiciamiento Civil se ha mantenido la recurribilidad en casación de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en atención a que la resolución del asunto presente interés casacional, sin relación alguna con las materias que conforme a los artículos 249.1 y 250.1, se van a tramitar por el juicio ordinario o por el juicio verbal precisamente por la materia y no por la cuantía. Y es que, en palabras de la sentencia de 23 octubre 2002 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra³⁸, la razón última del interés casacional puede darse lo mismo en juicios declarativos —ordinarios o verbales— seguidos por tal procedimiento en razón a la materia, que en los seguidos por razón de la cuantía, pues, a tenor de lo dispuesto en el artículo 477.2-3º, no es el procedimiento, ni el motivo legal de su seguimiento, sino el contenido de la sentencia el que determina el interés casacional. Huelga señalar que para el Tribunal Superior de Galicia la idoneidad universal de las sentencias dictadas en asuntos tramitados por razón de la cuantía para ser combatidas en la casación regida por su Ley especial hace ocioso acudir al interés casacional para examinar su recurribilidad³⁹.

c) Que la elección del cauce procesal (cuantía o interés casacional) habilitante del recurso corresponde en principio a la parte recurrente, aunque, superando el asunto la *summa casationis*, poco sentido tenga la apelación a su interés casacional. El Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que admite

menor de 150.000 €, o indeterminada” (S. 14 enero 2005 —2005, 214—). El mismo parecer ha mantenido el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, antes incluso de la Ley reguladora de la casación aragonesa de 2005, como lo revela la manifestación contenida en uno de los Votos particulares a la Sentencia de 14 julio 2004 (RJ 2004, 6784) en el sentido de que “todos los miembros de esta Sala admitimos que cabe recurso de casación por interés casacional en los asuntos cuya cuantía no exceda de veinticinco millones de pesetas”.

³⁷ RJ 2003, 4420.

³⁸ RJ 2003, 2208, que cita como antecedente de tal declaración el Auto de la misma Sala de 16 mayo 2002 (JUR 2003, 45729)

³⁹ Cfr. Sentencias 10 febrero 2006 (RJ 2006, 3865) y 19 junio 2007 (RJ 2010, 71), entre otras muchas.

la proposición sucesiva o subsidiaria de ambas, ha rechazado su articulación cumulativa o alternativa, exigiendo de la parte recurrente la opción prioritaria por una de ellas⁴⁰. Sin embargo, el Tribunal Superior de Cataluña admite que tal proposición se realice de manera alternativa, e incluso que, cuando concurren los requisitos establecidos para cada caso por el art. 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pueda admitirse de oficio por cauce diferente del inicialmente propuesto⁴¹. En cualquier caso, como en otro lugar he defendido⁴², parece claro que la opción exclusiva por el interés casacional no ha de ser obstáculo para la admisión del recurso por razón de la cuantía cuando ésta, aun no invocada por el recurrente, supere ostensiblemente la *summa cassationis*⁴³.

d) Que, aunque la referencia a la existencia de “*jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales*” figura sólo en el art. 477.3, párrafo primero, y no aparece reproducida en su párra-

⁴⁰ Declara en Sentencia de 6 junio 2002 (RJ 2002, 9004) que la diversidad de los supuestos definidos en los números 2º y 3º del artículo 477.2 de la Ley Procesal Civil, si bien impide la yuxtaposición o invocación conjunta de ambos en la preparación e interposición del recurso, no excluye su proposición o articulación subsidiaria.

⁴¹ Sentencias 27 marzo 2008 (JUR 2008, 284748) y 31 julio 2008 (RJ 2009, 643).

⁴² FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. Javier, “El recurso de casación civil foral en la doctrina del TSJ de Navarra”, en *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 48, julio-diciembre 2009, p. 48.

⁴³ De hecho, también el Tribunal Supremo accede a admitir por el numeral 2º un recurso indebidamente preparado e interpuesto por interés casacional cuando la cuantía del procedimiento excede la cantidad legalmente exigida (Auto 25 noviembre 2008 —RJ 2998, 6935—). Como dice el Auto de 16 enero 2007 (RJ 2007, 451) ningún óbice puede suponer que se invoque el interés casacional en asuntos incardinables en los números 1º y 2º del art. 477 Ley de Enjuiciamiento Civil. Lo determinante es que efectivamente la sentencia sea recurrible al amparo de uno de ellos, como en el caso lo era por razón de la cuantía. El mismo criterio mantiene el Tribunal Superior de Justicia de Galicia para el que, pese a que la vía elegida no haya sido la adecuada, lo determinante para la preparación es que efectivamente la sentencia sea recurrible al amparo de uno de los ordinarios del artículo 477.2 y se cumplan los presupuestos del artículo 479 (S. 4 marzo 2010 (ROJ 2010, 4365)).

fo segundo, relativo al recurso de casación de que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, una interpretación sistemática e integradora de ambos párrafos, permite apreciar el interés casacional de un recurso foral en que la sentencia recurrida aborde y resuelva cuestiones, relacionadas con normas del Derecho civil foral o especial propio, sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Así pues el interés casacional de un recurso de casación foral puede venir determinado y justificado, no sólo por la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial y por la inexistencia de dicha doctrina, sino también por la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Así lo entienden y aplican también en sus resoluciones la generalidad de los Tribunales Superiores de Justicia⁴⁴.

e) Que la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales exige que la contradicción se manifieste entre sentencias de distintos órganos jurisdiccionales de segunda instancia (Audiencias o Secciones de una Audiencia), pues, como advierte el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 19 de octubre de 2009⁴⁵, *el propósito a que responde...no es tanto impedir la disparidad o divergencia en la resolución de casos semejantes, incluso por un mismo órgano jurisdiccional, cuanto superar la disparidad o divergencia observable en la doctrina con que distintos tribunales fundan su discrepante respuesta judicial en supuestos similares, procurando su unificación*. En parecidos términos se pronuncia el Auto del Tribu-

⁴⁴ Cfr. Así lo mantienen los Autos del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 12 diciembre 2006 (RJ 2007, 1581), 21 enero 2009 (RJ 2009, 1850) y 31 marzo 2009 (RJ 2009, 3276) y los Autos del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 noviembre 2002 (RJ 2003, 2456), 28 noviembre 2005 (RJ 2006, 552) y 27 julio 2009 (RJ 2009, 5714). Las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 7 julio 2003 (RJ 2003, 8684), 31 marzo 2004 (RJ 2004, 2424) y 1 diciembre 2008 (RJ 2009, 649) y el Auto de 13 diciembre 2006 (JUR 2007, 222653), todos referidos al artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dan asimismo por supuesto que para los recursos de competencia de los Tribunales Superiores de Justicia el interés casacional del art. 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil incluye la existencia jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales.

⁴⁵ JUR 2010, 119875.

nal Superior de Justicia de Aragón de 13 de diciembre de 2006⁴⁶ cuando exige que las sentencias de contraste procedan de órganos diferentes y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de julio de 2001⁴⁷, para la que, cuando las sentencias proceden de una misma Sección de la Audiencia Provincial, parece el interés casacional como unificador de la doctrina de las Audiencias. Y, aunque los Tribunales Superiores de Justicia en general muestran mayor flexibilidad que el Tribunal Supremo en la apreciación de este interés casacional, particularmente en lo que concierne al número y procedencia de las sentencias de contradicción y al sentido en que ésta ha de producirse, no puede decirse que sobre estos puntos existan coincidencias sustanciales entre ellos.

f) Que, dentro ya del elenco de los supuestos legales de “interés casacional”, es posible la invocación conjunta de dos de ellos y aun la reconversión de oficio de alguno de los invocados en otro distinto de concurrencia evidente. Aunque la inexistencia de doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia es bastante para la acreditar su interés casacional, se ha admitido la conjunta alegación con ella de la existencia de jurisprudencia contradictoria⁴⁸. También se ha admitido la invocación de la inexistencia de doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior subsidiariamente a la alegación de la oposición de la sentencia recurrida a dicha doctrina⁴⁹. La inexistencia de doctrina puede incluso ser apreciada de oficio como causa habilitante de un recurso en que se invoque una o más sentencias que por su número

⁴⁶ JUR 2007, 222653.

⁴⁷ RJ 2002, 1401.

⁴⁸ Auto del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 4 noviembre 2002 (JUR 2003, 45707).

⁴⁹ Auto del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 16 febrero 2006 (inédito). En él se expresaba que la admisibilidad del recurso por inexistencia de una doctrina jurisprudencial propiamente dicha sobre las normas en conflicto, más allá de la alegada oposición a la doctrina de una única sentencia sobre ellas, justificaba la admisión del recurso. Cfr. FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. Javier, “*El recurso de casación civil foral...*”, *cit.*, p. 48.

o contenido estime el Tribunal que no han llegado a conformar una verdadera doctrina jurisprudencial⁵⁰.

g) Que, entre los supuestos de “interés casacional” específicos del recurso de casación foral ante Tribunal Superior de Justicia, el constituido por la inexistencia de doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la comunidad Autónoma correspondiente (art. 477.3, párrafo seguido), trascendental en orden a la consecución de una efectiva doctrina jurisprudencial complementadora de los ordenamientos forales o autonómicos, no exige su referencia a normas de vigencia no superior a cinco años. Dice sobre el particular la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 18 septiembre 2008⁵¹ que *en materia de Derecho Civil propio de las Comunidades Autónomas no se exige cortapisa alguna de orden temporal, bastando para acceder a la casación con el mero hecho de que no exista doctrina jurisprudencial, al estar los ordenamientos civiles autonómicos más necesitados de pronunciamientos jurisdiccionales que armonicen y clarifiquen la interpretación de sus disposiciones*. En el mismo sentido se expresa el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en sentencia de 15 junio 2004⁵² cuando declara que *es indiferente el tiempo de su vigencia, pues, guiado por el propósito de favorecer la existencia de doctrina jurisprudencial sobre normas del Derecho civil foral o especial, el legislador no ha requerido para los recursos de casación de que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia que la inexistencia de doctrina suya se refiera a normas con vigencia no superior a cinco años*. Y similar criterio mantiene el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña⁵³.

⁵⁰ En este sentido se pronuncian los Autos del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 1 junio 2005, 18 mayo 2006 y 20 octubre 2009 (inéditos). Cfr. FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. Javier, “El recurso de casación civil foral...”, *cit.*, p. 49.

⁵¹ RJ 2009, 1728.

⁵² RJ 2004, 4139. En el mismo sentido se viene pronunciando desde el Auto de 28 junio 2001 (JUR 2003, 45584).

⁵³ El Auto de 16 marzo 2009 (RJ 2009, 4002), que cita los del mismo Tribunal de 19 junio de 2004 y de 21 de noviembre de 2008, declara que “la norma de los cinco años de vigencia referida no es aplicable a la casación ante el Tribunal Supe-

3. LA CASACIÓN FORAL EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL AUTONÓMICA

Junto con el propósito, particular del legislador gallego, de dotar de certidumbre y asegurar la correcta aplicación de los usos y costumbres de Galicia, las Leyes 11/1993 y 5/2005 de esta Comunidad, como la Ley 4/2005 de Aragón, se promulgaron con la común finalidad de posibilitar, sin las limitaciones de la legislación general, el acceso a la casación foral o autonómica de un mayor número de asuntos y favorecer así la creación por los Tribunales Superiores de Justicia de las respectivas Comunidades de una jurisprudencia complementadora de sus ordenamientos, que fijara el sentido de sus normas y unificara su interpretación. También el Proyecto de Ley reguladora de la casación en materia de Derecho civil de Cataluña⁵⁴ aparece inspirado en el objetivo de procurar el incremento de los asuntos susceptibles de acceder a la casación autonómica para que el Tribunal Superior de Justicia pueda cumplir los retos que le confiere el ordenamiento civil catalán.

Ciertamente, la *summa cassationis* establecida por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que la Ley 10/1992 situó por encima de los 6.000.000 de pesetas, en contemplación a la carga competencial del Tribunal Supremo, representaba una acusada traba a la revisión en casación de la interpretación y aplicación de amplias áreas de los Derechos civiles forales, particularmente del gallego, al incidir en instituciones propias de una economía agraria de limitada importancia cuantitativa, que hacía prácticamente inviable la producción de una jurisprudencia sobre ellas.

Aunque, como antes se ha apuntado, esta circunstancia re-

rrior de Justicia de Cataluña, como es de ver en la redacción del art. 477.3, párrafo segundo, de la LEC, pues nada se menciona sobre dicho lapso temporal en el indicado apartado, y la regla establecida en el art. 477.3, párrafo primero, de la LEC no es de aplicación a la casación autonómica".

⁵⁴ Cfr. Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña núm. 784 de 30 julio 2010; www.parlament.cat.

clamaba una específica consideración del legislador en la regulación procesal de la casación y de los criterios selectivos del acceso a ella, más sensible a las particularidades y exigencias de los ordenamientos civiles forales y a las competencias y capacidades de los tribunales de casación de las respectivas Comunidades Autónomas, no parecía en cambio tan clara la constitucionalidad de una solución legislativa autonómica a aquellas trabas mediante una regulación procesal de la casación que las eludiera en los recursos sobre el Derecho civil propio.

La salvedad recogida en el artículo 149.1.6^a de la Constitución Española a la competencia exclusiva del Estado sobre la legislación procesal tan sólo permite a las Comunidades Autónomas introducir las singularidades procesales que, por la conexión directa con las particularidades de su Derecho sustantivo, vengan requeridas por éstas⁵⁵. Y resultaba cuando menos cuestionable que la realidad socioeconómica de una región y la reducida importancia cuantitativa de sus conflictos constituyeran particularidades de su Derecho sustantivo justificativas de una especial regulación procesal autonómica de los recursos de casación a que diere lugar su exégesis y aplicación. Así lo pusieron en su momento de relieve Nieva⁵⁶, a propósito de la Ley reguladora

⁵⁵ El Tribunal Constitucional ha venido exigiendo con rigor la vinculación o conexión directa de cualquier innovación procesal autonómica con la necesaria observancia de las peculiaridades del Derecho sustantivo de la Comunidad Autónoma. Compendiando su doctrina, declara la Sentencia 135/2006, de 27 abril, que la expresión “necesarias especialidades” del citado precepto constitucional, tan sólo permite introducir aquellas innovaciones procesales que inevitablemente se deduzcan, desde la perspectiva 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 Comunidad Autónoma, o, dicho en otros términos, las singularidades procesales que se permiten a las Comunidades Autónomas han de limitarse a aquellas que, por la conexión directa con las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, vengan requeridas por éstas (SS. 71/1982, de 30 de noviembre; 83/1986, de 26 de junio; 121/1992, de 28 de septiembre y 127/1999, de 1 de julio)

⁵⁶ Para NIEVA FENOLL, Jorge, la realidad socioeconómica de los procesos gallegos no forma parte del “Derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas” y aunque en línea de principio pueda parecer justificable que se amplíe la casación

de la casación gallega, y Herrero⁵⁷ y Bercovitz⁵⁸, de la aragonesa, y lo apuntó también el Magistrado Conde Martín de Hijas en el voto particular de disentimiento emitido a la sentencia 47/2004 del Tribunal Constitucional⁵⁹.

Este Tribunal confirmó sin embargo la constitucionalidad de la norma procesal autonómica de Galicia, que eliminaba para el acceso a casación gallega la limitación que en la general representaba la exigencia de una cuantía litigiosa mínima, y la de la norma que establecía como motivo de casación el error en la apreciación de la prueba de hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre, razonando en la citada sentencia de 25 de

por estas razones desde un Parlamento Autonómico, lo cierto es que la Constitución no lo permite, en “El recurso de casación ante el TSJ... (Primera parte)”, *cit.* p. 18.

⁵⁷ HERRERO PEREZAGUA, Juan F., tras examinar las causas determinantes del reducido número de asuntos que acceden a través del recurso de casación al Tribunal Superior de Justicia de Aragón, señala que su corrección escapa del campo de actuación reservado a la legislación procesal autonómica: unas, por ser materia reservada a la ley procesal del Estado, otra, por serlo de la ley civil autonómica. Agrega el autor que, aunque sólo entendiendo como peculiaridad del Derecho sustantivo aragonés la reducida cuantía de los asuntos derivados de él podría admitirse la existencia de título para promulgar una ley aragonesa de casación, el requisito de la “necesidad” se presenta poco menos que insalvable. “La casación aragonesa tras la reforma del Estatuto de Autonomía”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 24, julio-diciembre 1997, p. 239.

⁵⁸ Apunta BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, que desde un punto de vista constitucional cabe preguntarse si el mero hecho de que los recursos de casación basados en el Derecho civil aragonés sean escasos constituye una especialidad del mencionado Derecho necesitada de la correspondiente adecuación de carácter procesal, “Casación foral”, en *Aranzadi Civil*, Tribuna, n° 12 de 2005, Pamplona.

⁵⁹ A juicio del magistrado disidente, ni el carácter fundamentalmente consuetudinario del Derecho gallego, ni el mínimo valor cuantitativo de los litigios suscitados en su aplicación pueden considerarse “peculiaridades” de las que puedan derivarse “necesarias especialidades” en el sistema de casación. Agregaba en su fundamentación que el recurso de casación no es una necesaria especialidad de ningún derecho sustantivo, sino que obedece a consideraciones de carácter estrictamente procesal, cuyo significado común a todo el sistema procesal hace inaceptable en línea de principio la fragmentación de su regulación desde las diferentes Comunidades Autónomas con derecho sustantivo propio.

marzo de 2004, en lo que a la primera disposición concierne que *“la aplicación de la exigencia de una cuantía litigiosa mínima, como requisito para abrir la vía de la casación foral impediría, de facto, la uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho civil de Galicia, con el riesgo consiguiente de criterios dispares de las diversas Audiencias Provinciales del territorio gallego en torno a una misma institución jurídico-privada integrante de su Derecho civil propio, y sin posibilidad efectiva de su unificación por vía de la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, a través de las Sentencias dictadas en casación”*⁶⁰.

Debe sin embargo insistirse en que cuando se dictó la sentencia 47/2004 del Tribunal Constitucional⁶¹ y se promulgaron las Leyes 5/2005 de Galicia y 4/2005 de Aragón no estaba ya vigente la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 cuyas restricciones en el acceso a la casación, especialmente tras la reforma de 1992, estaban en la raíz de la Ley 11/1993 de Galicia, sino que llevaba ya varios años en vigor la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, que dejó de exigir como presupuesto general para la recurribilidad de todas las sentencias que no la tuvieran reconocida por razón de la materia la superación de una cuantía litigiosa, y permitió el acceso a la casación regional de las sentencias pronunciadas en oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia o con infracción de normas sobre las que no se hubiera forjado dicha doctrina o existiera jurisprudencia contradictoria de las Audiencias, favoreciendo de esta manera, por

⁶⁰ En lo relativo a la segunda disposición, señalaba que “el carácter marcadamente consuetudinario de su Derecho civil foral... justifica, desde la perspectiva competencial examinada, la...especificación, como motivo casacional propio, de la infracción de tales usos y costumbres cuando éstos sean desconocidos por los Juzgados y Tribunales radicados en el territorio autonómico, contribuyendo así a la fijación y reconocimiento del derecho consuetudinario, allí donde exista y sea aplicable para resolver el litigio”

⁶¹ Con un retraso de más de diez años, considerado excesivo sobre un entendimiento razonable del plazo para resolver un recurso de inconstitucionalidad, PULIDO QUECEDO, Manuel, “A vueltas con las funciones casacionales de los Tribunales Superiores de Justicia”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Tribuna, 2005, T. I, p. 1848.

una u otra vía, la deseada y necesaria doctrina jurisprudencial, en su doble función, nomofiláctica y uniformadora; con lo que, si no la constitucionalidad⁶², sí la justificación de una regulación procesal autonómica fundada en la necesidad de suprimir o reducir la cuantía mínima para el acceso a la casación, con el fin de favorecer la creación de una doctrina jurisprudencial foral, venía a resultar si cabía más cuestionable tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.

A ello ha de agregarse, en lo que respecta especialmente a la regulación de la casación aragonesa, que la nueva Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil reiteraba la competencia funcional que los Tribunales Superiores de Justicia tenían orgánicamente atribuida (art. 478.1, párrafo segundo) y declaraba la recurribilidad en casación de las sentencias de segunda instancia, por razón de la cuantía y del interés casacional (art. 477.2. y 3). Y lo hacía en términos que, literalmente, o a través de una interpretación lógica, sistemática y finalista de la normativa orgánica y procesal en vigor, permitían alcanzar resultados que, con la salvedad de la cuantía del asunto accesible a la casación, se revelaban en lo esencial coincidentes con los establecidos por la posterior Ley 4/2005 reguladora de la casación aragonesa, que el Tribunal Superior de Justicia de Aragón había ya asumido en gran medida, interpretando la legislación estatal; lo que no deja de resultar relevante, porque, si la mera reiteración de reglas procesales generales en la legislación autonómica no hace buena, sin más, una tal previsión (SS. 71/1982, de 30 noviembre y 121/1992, de 28 septiembre, del Tribunal Constitucional), tampoco parece que pueda justificarla la que sólo ofrece una distinta, pero posible, interpretación de su

⁶² No ha de olvidarse que la sentencia, aplicando la doctrina del denominado *ius superveniens*, advierte que el cotejo o contraste entre la regulación autonómica sobre la casación civil foral y la estatal de la Ley de Enjuiciamiento Civil, atribuida ésta al Tribunal Supremo *ex art.* 123 de la Constitución Española, no ha de limitarse a la contenida en la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 por la Ley 10/1992, que era la vigente cuando se promulgó la Ley de Galicia 11/1993 objeto de impugnación, sino que alcanza también, tomándola en consideración, a la constituida por la ahora vigente Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

contenido, sin conexión directa con particularidad alguna de su normativa material⁶³.

A tenor de la nueva orientación seguida en el acceso a la casación por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y de las modificaciones normativas a que acaba de hacerse mención, no está de más reflexionar sobre la constitucionalidad de algunas de las nuevas disposiciones procesales autonómicas reguladoras de la casación regional, reconsiderar su necesidad en orden a la potenciación de una jurisprudencia civil complementadora de los respectivos ordenamientos forales y revisar la idoneidad de sus contenidos desde la óptica del cumplimiento de los intereses públicos a que sirve el recurso de casación, analizando comparativamente la normativa autonómica de la casación foral con las soluciones que se derivan de la aplicación de la normativa general de ese recurso.

3.1. La declaración de competencia funcional del Tribunal Superior de Justicia

Como antes se ha visto, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, como la de 1881, tras la reforma de 1992, establecían la competencia casacional civil de los Tribunales Superiores de Justicia, supeditándola

⁶³ El Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley sobre la casación foral aragonesa, tras considerar los artículos 1 y 2.2º (con la salvedad de su inciso final) y 3 una reproducción casi literal de lo dispuesto en la legislación procesal general, y el artículo 2.1º una particularidad constitucionalmente inobjetable a la luz de la doctrina sentada en la Sentencia 47/2004 del Tribunal Constitucional, señalaba que el inciso final del artículo 2.2º (relativo a la posible invocación del interés casacional en procedimiento determinado por razón de la cuantía) representaba una innovación del régimen procesal general con la que el prelegislador aragonés pretendía corregir y evitar para la casación aragonesa la interpretación que del art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil venía haciendo el Tribunal Supremo, mas sin llegar a justificar en el Preámbulo su necesaria derivación de particularidades propias del Derecho civil aragonés. CGPJ, *Informe al Anteproyecto de Ley sobre la casación foral aragonesa de 9 marzo 2005*, en www.poderjudicial.es.

a la concurrencia de tres presupuestos: la procedencia de la resolución recurrida de tribunal civil con sede en la Comunidad; la fundamentación del recurso, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de normas del Derecho civil foral o especial propio de la misma y la previsión estatutaria de esta atribución competencial.

La Ley 4/2005 reguladora de la casación foral aragonesa reitera en su artículo 1 esta disposición, sin otra innovación que la omisión en su redacción del tercero de los citados presupuestos: la previsión estatutaria de dicha atribución competencial. Es cierto que a la fecha de aprobación de aquella Ley no se había resuelto en el plano normativo el conflicto originado por la supresión, con la Ley Orgánica 5/1996, del artículo 29 del Estatuto de Autonomía de Aragón de 1982 que la establecía⁶⁴. Su eliminación dio lugar a una sucesión de resoluciones del Tribunal Superior de Justicia y de otros órganos judiciales de instancia de Aragón que, considerando desprovista de cobertura legal la competencia del primero para conocer de recursos de casación fundados en infracción de normas del Derecho propio de su Comunidad, remitían el conocimiento de los asuntos al Tribunal Supremo. Pero sobre la conclusión de incompetencia funcional que, a su bien fundado entender, se derivaba del vacío originado por la desacertada reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón⁶⁵, terminó imponiéndose la opuesta afirmación que de su competencia sentó el Tribunal Supremo en diversas resoluciones⁶⁶, a partir del Auto de 10 de febrero de 1998, y acabó asu-

⁶⁴ Cfr. Herrero Perezagua, Juan F., "La casación aragonesa tras la reforma del Estatuto de Autonomía", *cit.*, pp. 219 y ss. y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, "Problemas actuales de la casación foral en Aragón (Reflexiones en torno a una resolución judicial desafortunada y a una decisión política incomprensible)", *Revista de Derecho civil aragonés*, núm. 2, 1997, pp. 51 a 72.

⁶⁵ Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 25 mayo 1998 (RJ 1998, 4273). El Auto de 14 julio 1998 (RJ 1999, 315) y su voto particular citan, en el mismo sentido del de 25 mayo 1998, los Autos de 14 abril 1997 y 20 abril 1998.

⁶⁶ Autos de 10 febrero 1998 (RJ 1998, 1160), 12 mayo 1998 (RJ 1998, 4338), 19 mayo 1998 (RJ 1998, 4452), 8 septiembre 1998 (RJ 1998, 7261), 2 marzo 1999 (RJ

miendo, no sin vacilaciones y discrepancias, el propio Tribunal Superior de Justicia de Aragón⁶⁷, que, al principio mayoritariamente y luego sin votos disidentes, dejó de hacer cuestión de su competencia funcional.

Aunque tal cuestión quedó definitivamente resuelta, con el restablecimiento de la previsión competencial suprimida en 1996, en la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril⁶⁸, la disposición del artículo 1 de la Ley reguladora de la casación foral aragonesa de 2005 poco aportaba a su solución. En cuanto determinaba la competencia del Tribunal Superior de Justicia para el conocimiento de los recursos procedentes contra las resoluciones de tribunales con sede en Aragón fundados, exclusivamente o junto a otros motivos, en la infracción de normas de su Derecho civil, porque se limitaba a reproducir sin ninguna innovación lo dispuesto en la legislación general, orgánica y procesal⁶⁹. Y en cuanto silenciaba u omitía la necesaria previsión estatutaria de dicha atribución competencial, asimismo requerida en ella, porque, siendo tal previsión presupuesto de la competencia funcional que a los Tribunales Superiores confiere el artículo 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, su exigencia no podía quedar orillada o soslayada por su silenciamiento en una Ley procesal ordinaria y de procedencia autonómica⁷⁰.

1999, 1897), 21 diciembre 1999 (RJ 1999 9921) y 22 febrero 2000 (RJ 2000, 1777), entre otros. Reitera la misma doctrina el más reciente Auto de 6 junio 2006 (RJ 2006, 6049).

⁶⁷ Cfr. Autos 14 julio 1998 (RJ 1999, 315) y 5 julio 1999 (RJ 1999, 7262) y Sentencias 25 noviembre 1998 (RJ 1998, 8597) y 29 mayo 2000 (RJ 2000, 7129).

⁶⁸ En su artículo 63.2 ha venido a reiterar que “el Tribunal Superior de Justicia de Aragón conocerá, en todo caso, de los recursos de casación fundados en la infracción del Derecho propio de Aragón”.

⁶⁹ En este sentido se expresaba también el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley sobre la casación foral aragonesa, CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto...*, cit., p. 13, en www.poderjudicial.es.

⁷⁰ Como apunta HERRERO PEREZAGUA, Juan F., aunque “no es técnica inusual que en materias sobre las que la Constitución ha establecido una reserva estatutaria se acuda a normas autonómicas de desarrollo...”, en el caso que nos

3.2. La eliminación o reducción de la cuantía habilitante del acceso a la casación

La exigencia de una cuantía litigiosa como requisito para la recurribilidad de una sentencia en casación y su paulatino incremento, en exclusiva consideración a la carga competencial que pesaba sobre la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituía, bajo la vigencia de la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en particular tras la reforma de 1992, un acusado obstáculo para el acceso de los asuntos a la casación foral ante los Tribunales Superiores de Justicia, condicionante de su competencia funcional, y un serio impedimento a la elaboración de la jurisprudencia con que estaban llamados a complementar los ordenamientos propios de sus respectivas Comunidades, al quedar fuera del ámbito de su conocimiento un buen número de materias cuyos conflictos no superaban la *summa cassationis*.

Y es que el criterio selectivo de la cuantía litigiosa del asunto, aun no siendo el único, pues la Ley preveía asimismo la recurribilidad de las sentencias recaídas en procesos sustanciados sobre ciertas materias, sí era desde el punto de vista numérico el de más amplia aplicación, debido —como dice Ortells⁷¹— a una doble razón: primero, a que por ser regla residual la de adecuación del procedimiento por la cuantía, siempre podía afectar a mayor número de asuntos litigiosos que las casuísticas reglas de selección por la materia, y segundo, a que, en defecto de aplicabilidad de estas últimas reglas, los asuntos de cuantía inestimable también tenían acceso a la casación.

En este contexto normativo procesal resultaban plenamente

ocupa, la reserva que contiene la Constitución no opera a favor del Estatuto, sino precisamente a favor de la Ley Orgánica del Poder Judicial y es ésta la que puede dejar abierta la determinación concreta de la competencia; no haciéndolo, tal determinación no puede ser modificada por ley ordinaria, ni estatal ni autonómica”, en “La casación aragonesa...”, *Revista Jurídica de Navarra*, cit. p. 237.

⁷¹ ORTELLES RAMOS, Manuel, “La selección de asuntos para su acceso a la casación...”, cit. pp. 172 y 173.

fundadas las voces que desde distintas Comunidades con Derecho civil propio pedían la eliminación o reducción de aquella exigencia cuantitativa, al menos en lo que concierne al recurso de casación foral ante los Tribunales Superiores de Justicia, libres de la carga de trabajo que soportaba el Tribunal Supremo.

La insensibilidad del legislador estatal con estas reclamaciones impulsó la iniciativa del autonómico, plasmada en la Ley 11/1993 de Galicia, que en la Exposición de Motivos consideró este texto legal “inaplazable”, tras la Ley 10/1992 de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, “para hacer posible que el acceso al recurso de casación ante el Tribunal Superior de Galicia (fuera) efectivamente viable”.

En esta misma consideración aparecen inspiradas, a tenor de sus Exposiciones de Motivos⁷², las disposiciones de la Ley 5/2005 reguladora de la casación en materia de derecho civil de Galicia y las de la Ley 4/2005 de la casación foral aragonesa que respectivamente declaran la recurribilidad en casación de las sentencias sin sujeción “a limitación alguna por causa de su cuantía litigiosa” (art. 2.2) y la recurribilidad de las sentencias en que “la cuantía del asunto exceda de 3.000 euros o sea imposible de calcular ni siquiera de modo relativo” (art. 2.1). Y también las del Proyecto de Ley reguladora del recurso de casación en materia de Derecho civil de Cataluña, en el que se reduce a 120.000 euros la cuantía legalmente requerida para el acceso a la casación de las acciones y pretensiones formuladas (art. 4.1).

Sucede que en el nuevo marco normativo de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 la elaboración de jurisprudencia civil

⁷² La Ley 5/2005 de Galicia, se aprobó con el fin de “posibilitar la existencia de un recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia que haga efectivas las previsiones del artículo 21 del Estatuto de Autonomía para Galicia y la creación de una doctrina jurisprudencial sobre el derecho civil gallego”. Y la Ley 4/2005 de Aragón, con el fin de “permitir al Tribunal Superior de Justicia de Aragón crear la jurisprudencia que complementa el ordenamiento civil aragonés”, porque, “dadas las peculiaridades de nuestro Derecho, en la actualidad sólo un escaso número de asuntos están accediendo a la casación foral aragonesa”

foral por los Tribunales Superiores de Justicia y la unificación por ellos de la emanada de las Audiencias Provinciales no depende, ni precisa, de la supresión o rebaja de la cuantía de los asuntos potencialmente sujetos a su conocimiento, pues cualquiera que sea ésta, la ausencia de jurisprudencia sobre normas del Derecho civil propio de su respectiva Comunidad o la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias sobre ellas habilitan por sí mismas, en toda clase procesos —según la interpretación mayoritaria de los Tribunales Superiores de Justicia—, el acceso del litigio a la casación, posibilitando el cumplimiento de las funciones públicas (nomofiláctica y uniformadora) propias de este recurso⁷³.

Pudiendo conseguirse por la vía procesal del interés casacional la jurisprudencia complementadora de los ordenamientos civiles forales cuya necesidad inspiró en las leyes autonómicas gallega y aragonesa —y hoy en el Proyecto de Ley de Cataluña— la supresión y la reducción, respectivamente, de la cuantía del asunto para el acceso a la casación, cabe preguntarse si, tras la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, sigue siendo realmente apreciable aquella necesidad que en la sentencia 47/2004 del Tribunal Constitucional determinó el reconocimiento de constitucionalidad de la eliminación de la cuantía para el acceso a la casación foral.

A ello ha de añadirse que, en la nueva legalidad procesal, la cuantía del asunto ha dejado de ser una limitación del acceso a la casación para convertirse en un cauce habilitante del recurso para las sentencias dictadas en asuntos que la superen y cuya impugnación no presente el interés casacional objetivado por el

⁷³ La accesibilidad directa a la casación de los asuntos que rebasen una determinada cuantía quizá encuentre en la creación de doctrina jurisprudencial más firme justificación en los recursos generales de Derecho civil común en que la inexistencia de doctrina jurisprudencial tan sólo ofrece interés casacional cuando se refiera a normas de vigencia no superior a cinco años y no exista tampoco dicha doctrina sobre normas anteriores de igual o similar contenido (art. 477.3, párr. primero, *in fine*).

legislador en función del *ius constitutionis*. Tal como revela su inclusión en el Proyecto entre los supuestos de interés casacional y su ulterior diferenciación de ellos en el texto de la Ley, la cuantía del asunto no se reintrodujo con el fin (perseguido por la derogada Ley de 1881) de limitar el número de recursos y aliviar la carga de trabajo que pesaba sobre el Tribunal Supremo, sino —como advierte López Sánchez⁷⁴— con el de “facilitar el acceso a la casación en asuntos de cuantía elevada, al excluir la necesidad, en estos casos de acreditar la concurrencia de interés casacional”.

Sin embargo, la inserción de la cuantía del asunto como criterio selectivo en el Proyecto y definitivamente en el texto de la Ley 1/2000, rectificando su abandono por el Anteproyecto, no representaba una exigencia directa del *ius constitutionis*, presidido por la finalidad de asegurar la correcta y uniforme interpretación y aplicación de las normas, que la Ley ha querido potenciar⁷⁵, sino una concesión al *ius litigatoris*, encarnado en el interés subjetivo de los litigantes a una revisión del juicio jurídico de instancia⁷⁶, que el legislador ha querido tutelar en los procesos de mayor trascendencia económica, no siempre coincidente con la jurídica de las cuestiones implícitas en su resolución, en que la respuesta judicial más puede interesar a la formación de una jurisprudencia de relieve y alcance general.

Establecida pues esta vía procesal (la del numeral 2º del art. 477.2 de la LEC) en preeminente consideración al *ius litigatoris*, parece obligado reconsiderar si este trato procesal de favor al li-

⁷⁴ LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier, *Los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación*, cit., p.126.

⁷⁵ La propia Exposición de Motivos de la Ley declara que los límites de cuantía no constituyen por sí solos un factor capaz de fijar de modo razonable y equitativo un ámbito objetivo de la casación coherente con la necesidad de doctrina jurisprudencial especialmente autorizada.

⁷⁶ Aunque en opinión de LOREDO COLUNGA, Marcos, la tutela del *ius litigatoris* es la verdadera función o finalidad de la casación en nuestro sistema procesal, a tenor de su particular devenir histórico, *La casación civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 169 a 172.

tigante sujeto al Derecho civil propio de una Comunidad frente al que recibe el litigante de Derecho civil general⁷⁷ responde a una necesidad real de su ordenamiento material y tiene en su complementación una justificación razonable, o comporta por el contrario en el actual marco normativo procesal una discriminación injustificada. Dadas las posibilidades que ofrece la vía del “interés casacional” en los recursos ante los Tribunales Superiores de Justicia, la formación de una jurisprudencia acorde a las exigencias de los respectivos ordenamientos civiles forales o especiales no pasa ya necesariamente por la eliminación o la reducción de la cuantía habilitante del acceso a la casación, ni por la asimilación de los de cuantía inestimable a los que superan la cifra establecida.

Explicando las razones de la moderada reducción a 120.000 euros, propuesta en el Anteproyecto de Ley reguladora del recurso de casación, de Cataluña, señala su Exposición de Motivos que con ella se pretende *“incrementar el número de asuntos que puedan tener acceso a la casación ante el Tribunal Superior de Justicia con la finalidad de alcanzar un volumen mínimo y adecuado de recursos que favorezca que el Tribunal pueda, a partir de la experiencia de los diferentes supuestos evaluar y confirmar los criterios jurisprudenciales expresados anteriormente o, en su caso, actualizarlos”*. Sin embargo, la formación, revisión y actualización de la doctrina jurisprudencial no depende tanto del número de recursos cuanto de su “interés casacional”; siendo el derivado de la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial, de la ausencia de dicha doctrina o de la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias, susceptible por lo demás de generar un número apreciable de recursos, el cauce natural y más adecuado para la consecución de aquel objetivo.

De hecho la experiencia de la casación gallega indica que la recurribilidad en casación de todas las sentencias de segunda

⁷⁷ No exento de materias y cuestiones también conflictivas, pero de escasa relevancia o trascendencia económica.

instancia dictadas en procesos seguidos por razón de la cuantía incrementa el número de recursos ante el Tribunal Superior de Justicia, pero no necesariamente contribuye al enriquecimiento de la jurisprudencia civil foral y del ordenamiento que esta llamada a complementar. La reiteración de recursos sobre materias, cuestiones y normas que ya han sido objeto de repetidos y concordes pronunciamientos (cual sucede, sobre todo, en materia de montes vecinales en mano común, vitalicios, servidumbres de paso y serventías) termina generando una doctrina jurisprudencial reiterativa, sustentada en fundamentos que muy comúnmente se limitan a reproducir criterios ya expuestos en precedentes resoluciones.

3.3. La posible invocación de la cuantía o del interés casacional en toda clase de procesos

La Ley 4/2005 de la casación foral aragonesa declara recurribles en casación las sentencias de segunda instancia, tanto por la cuantía del asunto (superior a 3.000 euros o indeterminable siquiera de modo relativo), como por el interés casacional del recurso; y ello, *“aunque la determinación del procedimiento se hubiese hecho en razón de la cuantía”* (art. 2). También el Proyecto de Ley de casación, de Cataluña, autoriza el acceso a la casación de los asuntos cuya cuantía rebasa la establecida (120.000 euros) o es indeterminable y los de cuantía inferior en que concurra algunos de los supuestos de interés casacional que, aun omitiendo tal calificación, asimismo objetiva (art. 4); y ello igualmente sin condicionamiento alguno derivado de la clase de procedimiento seguido.

La posible invocación de la cuantía del asunto o del interés casacional en toda clase de procesos no es —como se ha visto— una previsión cuya necesidad se derive de su interdicción en la legislación procesal general. El cierre de este recurso por el “interés casacional” a las sentencias dictadas en litigios cuyo procedimiento quedó determinado en razón a la cuantía no viene impuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, sino por la

exégesis que de sus disposiciones hizo la Sala Primera del Tribunal Supremo en sus Acuerdos de 12 de diciembre de 2000 y sigue manteniendo en sus resoluciones⁷⁸.

Pero, más allá de la fuerza de convicción que pueda conferirles la racionalidad de sus fundamentos, el valor y alcance de los criterios sentados por el Tribunal Supremo en la interpretación e integración de las normas reguladoras de la casación se reduce al recurso de su competencia funcional⁷⁹, por lo que no impide a los Tribunales Superiores de Justicia, en ejercicio de su soberanía y competencia, establecer e imponer los suyos propios, aun referidos a la misma normativa legal, en los recursos de que conocen con exclusión de cualquier instancia ju-

⁷⁸ Refiriéndose en particular a la disposición contenida en el artículo 2.2º, *in fine*, del todavía entonces Anteproyecto de Ley sobre la casación foral aragonesa, consideraba el Consejo General del Poder Judicial en su informe que dicho inciso respondía, más que a una especialidad derivada necesariamente de particularidades del Derecho civil material aragonés, a la discrepancia del prelegislador aragonés con la interpretación dada por el Tribunal Supremo al art. 477.2.3º LEC, siendo su pretensión la de corregirla al menos para el ámbito de la casación civil foral aragonesa. CGPJ, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley...*, cit. p. 13.

⁷⁹ El propio Tribunal Supremo tiene declarado, en relación al contenido del Acuerdo de la Sala de 12 de diciembre de 2000 (vgr. Auto de 28 enero 2003 —RJ 2003, 318— que cita los de 28 diciembre 2001 —JUR 2002, 23970—, de 12 marzo 2002 —JUR 2002, 91471—, de 23 abril 2002 —JUR 2002, 131453— y 24 septiembre 2002 —JUR 2002, 238683—), que “no cabe atribuir valor normativo de ninguna clase a las conclusiones alcanzadas en la Junta General de Magistrados celebrada el día 12 de diciembre de 2000, como tampoco cabe reconocerles en sí mismas valor vinculante alguno, ni mucho menos conferirles el carácter de instrucción o de norma o instrumento normativo de desarrollo de la Ley..., respondiendo, simplemente, a la ineludible necesidad de fijar las líneas interpretativas bajo las que habría de desenvolverse la actuación de este Tribunal ..., dado que el texto de la Ley presentaba lagunas y numerosos problemas de aplicación práctica a los que había que dar respuesta buscando la coherencia del sistema, y siempre atendiendo a aquella interpretación que más conforme a la legalidad resultase, en función de dicho sistema normativo, aunque para ello fuera preciso, como así ha sido, integrar el contenido de los preceptos por encima de lo que pueda resultar de su estricta literalidad”. En defensa de la labor interpretativa e integradora desarrollada por la Sala Primera del Tribunal Supremo frente a las lagunas y deficiencias del texto legal, cfr. Lorca Navarrete, Antonio M^a, *El recurso de casación según el Tribunal Supremo*, IVADP, San Sebastián, 2005, pp. 2 a 5.

risdiccional superior o ulterior⁸⁰. De hecho, como antes se ha visto, la casi totalidad de los Tribunales Superiores de Justicia han mantenido, y siguen haciéndolo, criterios divergentes a los sentados por el Tribunal Supremo, entre otros particulares, en éste de la recurribilidad indistinta de todas las sentencias por la cuantía o el interés casacional, considerada más acorde a una exégesis literal, lógica, sistemática, histórica y finalista de la legalidad procesal común, que también un sector significado de la doctrina comparte⁸¹.

No existe norma alguna que vincule el cauce procesal del artículo 477.2.2º (por la cuantía) con la determinación por los artículos 249.2 y 250.2 del juicio adecuado (por la cuantía) y el cauce procesal del artículo 477.2.3º (por el interés casacional) con la fijación por los artículos 249.1 y 250.1 del juicio adecuado (por razón de la materia), ni tampoco disposición alguna que los declare excluyentes⁸².

⁸⁰ Señala en este sentido XIOL RÍOS, Juan A., que los criterios estrictos de admisibilidad del recurso de casación establecidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil, los cuales han sido además interpretados muy estrictamente por el Tribunal Supremo, pueden carecer de sentido en relación con el Derecho propio de la Comunidad Autónoma, en donde puede ser admisible o necesario un criterio más amplio de admisibilidad del recurso, en "Reflexiones sobre la interacción entre Justicia y Economía. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo", *Justicia y Economía*, Manuales de Formación Continuada ni. 49, CGPJ, Madrid, 2010, p. 37.

⁸¹ BONET NAVARRO, Ángel, *Los recursos en el proceso civil*, cit., p. 212; BLASCO GASCÓ, Francisco de P., *El interés casacional. Infracción o inexistencia de doctrina jurisprudencial en el Recurso de Casación*, Aranzadi-Thomson, Pamplona, 2002, p. 48; LOREDO COLUNGA, Marcos, *La casación civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 216 y 217; MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATIES, José, *El recurso de casación civil. Casación e infracción procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 399; López Sánchez, Javier, *Los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación*, cit., pp. 132, 133 y 142. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, "Art. 477", en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid 2001, p. 830; Samanes Ara, Carmen, "Recurso de casación por interés casacional y posible control casacional de la valoración de los hechos realizada por el tribunal de instancia". *Derecho aragonés*, núm. 2, 2005, en www.derecho-aragones.net/cuadernos.

⁸² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 29 mayo 2003 (RJ 2003, 4420).

— Que el demandado pueda en su momento impugnar la cuantía de la demanda en contemplación a un eventual recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia (art. 255.1) no supone que tal impugnación sólo sea posible en los juicios cuyo procedimiento venga determinado en razón a la cuantía y menos que sólo sus sentencias tengan acceso a la casación en consideración a ella.

— Que, en los recursos interpuestos y admitidos por interés casacional, la sentencia estimatoria deba resolver, con la casación de la recurrida, lo que corresponda sobre la invocada oposición a la doctrina jurisprudencial o la contradicción de jurisprudencia (art. 487.3) tampoco significa que tal interés no pueda apreciarse en recurso dimanante de un procedimiento ordinario o verbal sustanciado en razón a la cuantía de la demanda.

— Que el recurso deba inadmitirse cuando no alcance la cuantía establecida o no exista interés casacional (art. 483.2.3^o) supone que habrá de serlo por la primera razón, cuando sea la única esgrimida para el acceso al recurso, o la segunda cuando sólo ésta pueda habilitarlo; pero no implica, que en un procedimiento determinado por la razón de la cuantía —que no alcance la suma requerida para la casación— no pueda recurrirse la sentencia por interés casacional, supuesto en el que la inadmisión no podrá de fundarse sólo en aquella razón cuantitativa, sino que habrá de extenderse a la eventual falta de acreditación del interés casacional invocado.

La razón última del interés casacional —la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial, la inexistencia de esta doctrina sobre las normas materiales aplicadas o aplicables a la resolución de la contienda y la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias sobre las cuestiones jurídicas que suscita— puede darse lo mismo en juicios —ordinarios o verbales— cuyo procedimiento se haya determinado en razón a la materia, que en los seguidos por razón de la cuantía⁸³, pues, a tenor del

⁸³ Por ejemplo, la oposición a la doctrina jurisprudencial o la existencia de jurisprudencia contradictoria acerca de la eficacia traslativa de la tradición instru-

artículo 477.2.3º, no es la clase de procedimiento, ni el motivo legal determinante de su seguimiento, ni la razón de política legislativa que lo inspira, sino el contenido de la sentencia —el fundamento normativo y doctrinal sustentador del fallo— el que determina el interés casacional del recurso. Sucede que mientras la recurribilidad por razón de la cuantía se determina automática o aritméticamente por la importancia económica del asunto, la recurribilidad por el interés casacional del recurso ha de justificarse —y en su caso acreditarse documentalmente— a partir del contenido de la sentencia de segunda instancia en función de la necesidad de mantener, unificar o crear jurisprudencia.

No ha de olvidarse que, tras la omisión de la cuantía como criterio selectivo en el Borrador y el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, el Proyecto la incluyó como un supuesto más de interés casacional del recurso, atendiendo a las propuestas que en tal sentido se formularon al mismo⁸⁴. Pero tal agregación —que en el texto definitivo se independizaría del concepto de interés casacional— pretendía ampliar la recurribilidad de la sentencia a los asuntos que, careciendo del interés casacional (objetivo y público) definido estrictamente por la Ley, superaran la cuantía establecida, pero no excluirla en ningún asunto que presentara tal interés, dado el “propósito” del legislador, reiterado en la Exposición de Motivos de la Ley, de no excluir de la casación ninguna materia civil o mercantil y favorecer la creación de una autorizada doctrina jurisprudencial.

mental en la adquisición de la propiedad podrá producirse y apreciarse lo mismo en la resolución de una acción reivindicatoria sustanciada en procedimiento determinado en razón a la cuantía, que en la de una acción de retracto sustanciada en procedimiento determinado por razón de la materia.

⁸⁴ La Exposición de Motivos de la Ley (XIV) reproduce sin embargo sin modificación alguna el párrafo de la del Proyecto que alude a la objetivación del interés casacional, no sólo mediante un parámetro de cuantía elevada, sino también con la exigencia de que los asuntos sustanciados en razón a la materia aparezcan resueltos contra doctrina jurisprudencial o sobre cuestiones en las que exista jurisprudencia contradictoria de Audiencias o con infracción de normas de vigencia inferior a cinco años carentes de una autorizada doctrina jurisprudencial.

Ciertamente, el Tribunal Constitucional ha confirmado en diversas resoluciones la constitucionalidad de las resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo que han inadmitido recursos de casación en razón al carácter distinto y excluyente de los dos cauces procesales examinados⁸⁵; pero no puede olvidarse:

a) que lo ha hecho, porque no observa en tales pronunciamientos irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente que justifique la revisión en sede constitucional de una interpretación sobre cuestiones pertenecientes al ámbito de la legalidad ordinaria; pero no porque las normas interpretadas no admitan otras exégesis igualmente fundadas y razonables que cumplan los cánones constitucionalmente requeridos;

b) que lo ha hecho, sin llegar a pronunciarse sobre la constitucionalidad de la interpretación favorable a la compatibilidad de los dos cauces legales propugnada por la mayoría de los Tribunales Superiores de Justicia, y

c) que lo ha hecho contra el informe favorable a la demanda de amparo emitido por el Ministerio Fiscal⁸⁶ en los recursos 4460/2001 y 3321/2002, y con el voto particular disidente de tres de los magistrados del Tribunal⁸⁷.

⁸⁵ *Ad ex.* Sentencias 46/2004, de 23 marzo; 150/2004, de 20 septiembre y 164/2004, de 4 octubre, entre otras.

⁸⁶ A juicio del Ministerio Fiscal, la exclusión de la vía del interés casacional en los procedimientos determinados en razón a la cuantía crea un requisito no contemplado en la regulación legal de la casación, presupone una incompatibilidad de los distintos cauces de acceso a la casación no demostrada y desatiende la voluntad de la ley de no excluir de la casación las sentencias dictadas en aquel tipo de procesos;

⁸⁷ Excmos. Sres. García Manzano, Jiménez de Parga y Gay Montalvo.

3.4. La doctrina jurisprudencial y jurisprudencia acreditativas del interés casacional del recurso

La Ley 4/2005 reguladora de la casación foral aragonesa considera en su artículo 3 que un recurso presenta interés casacional “cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Aragón o del Tribunal Supremo, dictada en aplicación de normas de Derecho civil aragonés...” (apartado 1) y “cuando la sentencia recurrida resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales” (apartado 2).

Como antes se ha dicho, la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia ha interpretado el inciso “se entenderá que también existe interés casacional”, con que el segundo párrafo del artículo 477.3 se refiere a los recursos atribuidos a su competencia funcional, en el sentido de reputar subsumibles en él los supuestos que en dicho párrafo se mencionan (oposición a doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia e inexistencia de dicha doctrina) “además” de los relacionados en el párrafo primero para la casación general, al menos en cuanto sean distintos y compatibles con ellos. Si por efecto de tal ampliación debiera considerarse comprendida en el interés casacional de un recurso foral no sólo la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias, que pacíficamente se estima por los Tribunales Superiores de Justicia habilitante del mismo, sino también la oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, ninguna novedad a la normativa procesal común representaría la previsión contenida en el artículo de la Ley de la casación aragonesa que aquí se examina, más allá de la sanción legal de tal interpretación.

A) La doctrina jurisprudencial objeto de contraste

No es sin embargo pacífico que la oposición a la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo en la interpretación de la normativa civil foral o autonómica constituya, en

el marco de la Ley procesal común, una alegación idónea para justificar el interés casacional de un recurso promovido ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad correspondiente. Y —como se verá— tampoco parece seguro que lo justifique y reclame por ello su reconocimiento legal.

Como antes se ha dicho, en el vigente régimen procesal de competencia funcional instaurado por la Ley Orgánica del Poder Judicial y desarrollado por la de Demarcación y Planta Judicial de 1988, la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada en 1992 y la actual de 2000, la atribución general a los Tribunales Superiores de Justicia del conocimiento de los recursos de casación fundados en la infracción de normas forales o especiales no excluye el conocimiento por el Tribunal Supremo de recursos fundados en infracción de la normativa foral o autonómica (vgr. contra sentencias dictadas por órganos radicados fuera de la Comunidad de que es propia), como tampoco excluye el conocimiento por aquellos Tribunales de motivos de casación por infracción de normas comunes en los recursos de su competencia. Se trata pues de ámbitos competenciales no excluyentes, sino concurrentes⁸⁸, en los que sobre una determinada norma, materia o cuestión pueden producirse pronunciamientos de Tribunal Supremo y Tribunales Superiores, y por tanto confluir doctrinas jurisprudenciales de uno y otros⁸⁹.

Es por ello posible, en lo que aquí más interesa, que sobre una norma civil foral exista doctrina jurisprudencial del Tribunal

⁸⁸ Cfr. FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. Javier, “Ámbitos materiales concurrentes en la competencia casacional del Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia”, cit., pp. 289 y ss.

⁸⁹ Defiende *de lege ferenda* CORDÓN MORENO, Faustino, que debe desaparecer la posibilidad de que los asuntos forales accedan al Tribunal Supremo y de que la doctrina por él elaborada sobre esta materias forme verdadera jurisprudencia; así como la posibilidad contraria de que los Tribunales Superiores de Justicia ejerciten su función casacional en materias propias de Derecho común, porque no parece que puedan coexistir dos sistemas casacionales diferentes con posibilidad de interferencias entre sí, sin que de algún modo se resienta la misión fundamental de la casación, “Cuestiones sobre Derecho de casación foral”, en *Jornadas sobre Derecho Foral Navarro*, Parlamento de Navarra, Pamplona, 2004, pp. 184 y 185.

Supremo, no sólo anterior a la creación de los Tribunales Superiores de Justicia, sino también posterior a ella (o iniciada antes y consolidada después de su constitución), en eventual concurrencia con la emanada del Tribunal Superior de la Comunidad respectiva. La norma procesal aragonesa no hace distinción alguna entre la doctrina sentada por el Tribunal Supremo antes o después de la creación de los Tribunales Superiores de Justicia.

Siendo sin lugar a duda factible la invocación de la oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en recursos mixtos para amparar la admisibilidad de motivos de casación fundados en infracciones de Derecho común sin conexión con las del Derecho foral determinantes de la competencia y del interés casacional del recurso interpuesto ante el Tribunal Superior, no es tan pacífica, en el marco normativo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la posible alegación de dicha oposición en recurso de casación foral cuando la doctrina en cuestión ha sido forjada en la interpretación y aplicación de normas civiles forales o autonómicas, que es el supuesto específicamente contemplado por la Ley aragonesa. Algunos autores se han mostrado favorables a dicha invocación como supuesto habilitante del recurso⁹⁰, incluso cuando la sentencia recurrida, opuesta a la doctrina del Tribunal Supremo, fuera acorde a la doctrina del Tribunal Superior, a fin de fijar éste la doctrina jurisprudencial “auténtica” superando la contraposición⁹¹. Otros, sin embargo, han entendido que, bajo la vigencia de la Ley 1/2000, la única doctrina jurisprudencial, en materia de Derecho civil privativo de las Comunidades Autónomas, cuya vulneración o inexistencia justifica el interés casacional de un recurso interpuesto ante su Tribunal Superior de Justicia es la forjada por él, no siendo pues invocable a tal fin la sentada por el Tribunal Supremo en la interpretación y aplicación de esa misma normativa⁹².

⁹⁰ BONET NAVARRO, Ángel, *Los recursos...*, cit., p. 227 y LOREDO COLUNGA, Marcos, *La casación civil*, cit. p. 220.

⁹¹ LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier, *Los recursos extraordinarios...*, cit, pp. 169 y 170.

⁹² MUÑOZ JIMÉNEZ, F. Javier, “Comentario al artículo 477”, en *Comentarios*

Este último criterio es seguido por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra tras la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000⁹³. Con anterioridad a ella, el tratamiento legal de la infracción de la jurisprudencia como motivo de casación, sin discriminación alguna por razón del Tribunal de procedencia —Tribunal Supremo o Tribunal Superior de Justicia— y la inaccesibilidad de una sentencia a la casación por la sola inexistencia de jurisprudencia de éste sobre la normativa civil foral aplicable al caso, determinaron la admisibilidad por el Tribunal Superior de los motivos en que se invocaba la infracción de la jurisprudencia civil foral del Tribunal Supremo⁹⁴. Pero la Ley 1/2000 contempla como supuestos específicos del interés habilitante de un recurso de casación ante los Tribunales Superiores de Justicia, tanto la oposición de la sentencia recurrida a su doctrina, como la inexistencia de dicha doctrina, de modo que la eventual oposición de aquélla a la sentada por el Tribunal Supremo poco puede aportar como presupuesto adicional de su accesibilidad a la casación foral. Si existe doctrina del Tribunal Superior de Justicia sobre la materia, será la oposición de la sentencia a ella la que determine el interés casacional

a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, coord. por FERNÁNDEZ BALLESTEROS, RIFÁ SOLER Y VALLS GOMBAU, Iurgium, Barcelona, 2001, T. II, pp. 2266 y 2267. BLASCO GASCÓ, Francisco de P., *El interés casacional...*, cit., pp. 84 a 88. También parece compartir tal conclusión LORCA NAVARRETE, Antonio M^a, *El recurso de casación...*, cit., pp. 64 y 65.

⁹³ Sentencia de 15 junio 2004 (RJ 2004, 4139) y Autos de 21 enero 2009 (RJ 2009, 1850) y 12 diciembre 2006 (RJ 2007, 1581), que citan en el mismo sentido los de 14 de noviembre de 2002 (R^o casación 33/2002), 28 de noviembre de 2004 (R^o casación 34/2004) y 14 de enero de 2009 (R^o casación 40/2008).

⁹⁴ Refiriéndose al marco normativo de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, apuntaba DE PABLO CONTRERAS, Pedro, la imposibilidad de restringir la alegación de doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en recurso para cuya resolución resultaran competentes los Tribunales Superiores de Justicia, agregando que es la propia doctrina de éstos la que, ulteriormente, debe dilucidar qué jurisprudencia es asumible y aplicable en el contexto del sistema privativo de que se trate, en "Problemas actuales de la casación foral...", *Revista de Derecho civil aragonés*, cit. pp. 67 y 68.

de este recurso; y si no ha llegado a elaborarla, tal circunstancia será bastante para justificarlo⁹⁵.

Declara el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 12 de diciembre de 2006 (RJ 2007. 1581) que, al habilitar este recurso extraordinario, por interés casacional, en los casos de oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o del Tribunal Superior de Justicia, el legislador ha querido que sean estos tribunales los que, en el ámbito de sus respectivas competencias —el primero, en materias de Derecho común o general, y el segundo, en materias de Derecho foral o especial—, decidan mantener su doctrina, haciéndola prevalecer sobre la sentada en instancia, o modificarla, alterándola, tras la reconsideración que el recurso les posibilita⁹⁶.

Teniendo en cuenta que, con la alegación de la oposición a la doctrina jurisprudencial, el recurso esta poniendo a disposición del Tribunal de casación la revisión de su doctrina, sea para mantenerla, sea para rectificarla, asumiendo la de la sentencia recurrida u otra distinta, o para matizarla, parece del todo cuestionable la idoneidad de la alegación de la oposición a la doctrina del Tribunal Supremo en recurso interpuesto ante Tribunal Superior de Justicia, que, en ningún caso podría revisar, corregir o enmendar la del Tribunal Supremo⁹⁷, sino sólo forjar la suya propia en ejercicio de su soberana competencia.

⁹⁵ En palabras de BLASCO GASCÓ, Francisco de P., si el recurso de casación se plantea ante el Tribunal Superior de Justicia y la norma considerada infringida es de Derecho civil propio, para la fundamentación del interés casacional que alegue el recurrente sólo podrá invocarse oposición o inexistencia de doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia al que corresponda el conocimiento del recurso de casación, sin perjuicio de que el Tribunal Supremo haya conformado también doctrina jurisprudencial respecto de dicha norma jurídica. *El interés casacional...*, cit., pp. 96 y 87.

⁹⁶ Y es que, como advierte el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en su Auto de 21 enero 2009 (RJ 2009, 1850), que cita el de 12 diciembre 2006, el “interés” legal habilitante del recurso no se limita al control de la observancia de esa doctrina jurisprudencial por los tribunales inferiores, sino que alcanza también a su eventual reconsideración ante resoluciones que se aparten de ella.

⁹⁷ Auto del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 21 enero 2009 (RJ

Si el Tribunal Superior de Justicia no ha llegado a sentar doctrina sobre una materia ya tratada por el Tribunal Supremo, será la inexistencia de doctrina suya sobre ella —no la eventual oposición a la sentada por el Tribunal Supremo— la determinante del interés casacional del recurso⁹⁸. En su resolución el Tribunal Superior de Justicia podrá considerar la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo; pero, al haber tomado como premisa habilitante de su admisión la ausencia de doctrina propia, en nada se verá condicionado por la de éste, pudiendo en definitiva separarse de ella sin la justificación argumental que requeriría la rectificación o modificación de la suya.

El Proyecto de Ley reguladora de la casación de Cataluña no contempla como supuesto habilitante del recurso la oposición de la sentencia a la doctrina del Tribunal Supremo. Declara en cambio accesibles a la casación los asuntos cuyo recurso se funde en la contradicción con la jurisprudencia que resulta de reiteradas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña o del Tribunal de Casación de Cataluña, no dejada sin efecto (art. 4.2.a). El interés casacional de la oposición a la jurisprudencia de este extinto Tribunal tiene su justificación en la normativa material que, integrándola en la tradición jurídica catalana, dispuso en el Decreto Legislativo 1/1984, de 19 julio, que aprobó el texto refundido de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña (disp. final 1ª) y mantiene en el artículo 111.2.2, de la Primera Ley de Código Civil de Cataluña de 2002, que su doctrina jurispuden-

2009, 1850).

⁹⁸ En palabras de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 15 de junio de 2004 (RJ 2004, 4139), “tanto la oposición como la inexistencia de la doctrina a que alude el artículo 477.3, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, han de referirse a la eventualmente sentada por Tribunal Superior de Justicia y no a la que pueda haber emanado del Tribunal Supremo, al punto de que si sobre determinada norma civil foral o especial existe doctrina del segundo y no del primero, la Sentencia que vuelva sobre ella abonará el interés casacional del recurso de casación regional que pueda prepararse e interponerse frente a dicha resolución, tanto si se atiende, como si se opone, a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo”.

cial, no modificada por posteriores Leyes, debe tenerse en cuenta al interpretar y aplicar el derecho civil de Cataluña y puede de ser invocada a los efectos del recurso de casación⁹⁹.

Modificando el texto del Anteproyecto, el Proyecto de Ley de Cataluña exige que la jurisprudencia invocada resulte de “reiteradas sentencias”. Se trata en rigor de una exigencia que para la forjada a través de la casación, se derivaba de lo dispuesto en el artículo 1.6 del Código civil, de manera que su inserción no representa novedad alguna respecto de la normativa común, aunque refuerza el campo de acción de la ausencia de jurisprudencia como supuesto determinante del acceso a la casación. Debe en este sentido recordarse que, pese a la alegación de la oposición de la sentencia a su doctrina jurisprudencial, el Tribunal Superior de Justicia puede apreciar, incluso de oficio, la inexistencia de dicha doctrina como causa habilitante del recurso cuando estime que las sentencias aducidas, por su número o contenido, no han llegado a conformar una verdadera doctrina jurisprudencial¹⁰⁰.

B) La jurisprudencia contradictoria de Audiencias

Aun cuando no faltan opiniones contrarias a la apreciación de este supuesto de interés casacional en recursos planteados ante Tribunales Superiores de Justicia¹⁰¹, la jurisprudencia de

⁹⁹ Como advierte el *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de la Ley reguladora del recurso de casación en materia de Derecho civil de Cataluña*, “dado el contenido de la norma sustantiva autonómica, fácilmente se colige que la novedad introducida por el Anteproyecto se acomoda a una singularidad propia del Derecho Civil Catalán y, por ello ninguna objeción se ha de plantear a la posibilidad de que el recurso de casación pueda sustentarse en la infracción de la doctrina jurisprudencial del extinto Tribunal de Casación de Cataluña que no haya sido dejada sin efecto”. Cfr en www.iustel.com y www.poderjudicial.es

¹⁰⁰ En este sentido se pronuncian los Autos del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 1 junio 2005, 18 mayo 2006 y 20 octubre 2009 (inéditos). Cfr. FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. Javier “*El recurso de casación civil foral...*”, *cit.*, p. 49.

¹⁰¹ LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier, *Los recursos extraordinarios...*, *cit.*, p. 170.

estos Tribunales —según se ha visto antes— lo considera comprendido, merced al inciso “también” que encabeza el párrafo segundo del artículo 477.3, entre los supuestos de interés casacional invocables en ellos, en cuanto dicha contradicción se refiera a cuestiones suscitadas en la aplicación de la normativa civil foral o autonómica sobre la que el Tribunal Superior de Justicia está llamado a cumplir —como Tribunal de casación— aquella función unificadora de la jurisprudencia de Audiencias¹⁰².

En este sentido, la previsión contenida en el artículo 3.2 de la Ley de casación aragonesa ninguna novedad representa respecto del texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como no sea la de confirmar, dando certidumbre legal, a una interpretación de esta Ley que puede calificarse de pacífica entre los Tribunales Superiores de Justicia.

De todas maneras resulta limitada la virtualidad de este supuesto adicional de interés casacional, pues, dada la general o común recurribilidad de las sentencias ante los Tribunales Superiores de Justicia por inexistencia de doctrina jurisprudencial suya sobre normas del Derecho especial de su respectiva Comunidad, la sola constatación de dicha inexistencia será bastante para la habilitación del recurso, del mismo modo que la de su existencia privará de interés casacional a la eventual contradicción jurisprudencial de las Audiencias¹⁰³. No le falta por ello razón a Blasco Gascó cuando señala que los supuestos de interés casacional se resumen en la contradicción con la doctrina jurisprudencial o en la inexistencia de doctrina jurisprudencial, porque el supuesto de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provin-

¹⁰² Cfr. Autos del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 25 abril 2007 (JUR 2007, 289923), 21 enero 2009 (RJ 2009, 1850), 27 febrero 2009 (RJ 2009, 3272), 31 marzo 2009 (RJ 2009, 3276) y 19 octubre 2009 (JUR 2010, 119875).

¹⁰³ Como dice el Auto del Tribunal Supremo de 14 julio 2010 (JUR 2010, 264030) la unificación por la doctrina jurisprudencial de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales elimina el interés casacional derivado de su alegada contradicción.

ciales se reconduce, en definitiva, a cualquiera de los supuestos anteriores: o no hay doctrina jurisprudencial o, si la hay, alguna de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales la ha contradicho¹⁰⁴.

La mención de la Ley de casación aragonesa a “*la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales*” como supuesto legal de interés casacional podía acaso haberse aprovechado, en aras a la potenciación de la función unificadora de la casación foral, para desvincular el término “jurisprudencia” del concepto ofrecido por el artículo 1.6 del Código Civil, que la Sala Primera del Tribunal Supremo ha hecho rigurosamente extensivo a la de las Audiencias, y propiciar su reconocimiento a partir del contraste de la sentencia recurrida con otras —u otra— de orientación doctrinal opuesta o divergente pronunciadas por distintos órganos de segunda instancia, e incluso por el mismo órgano jurisdiccional¹⁰⁵, sin necesidad de que la contradicción se manifieste entre dos o más sentencias coincidentes de un mismo órgano y otras dos o más en sentido diverso, pero también coincidentes entre sí, de un órgano distinto, como exige aquella Sala desde los Acuerdos del Pleno de 2000.

La exigencia de reiteración de la doctrina procede de la histórica consideración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo como “doctrina legal”, primero, y “fuente complementadora” del ordenamiento jurídico, después, a los efectos de fundar un “motivo de casación”. La asimilación, a estos solos

¹⁰⁴ Advierte BLASCO GASCÓ, Francisco de P., que si la sentencia que se quiere recurrir es conforme a la doctrina jurisprudencial, no cabría el recurso de casación por interés casacional y si ninguna de las sentencias es conforme a la doctrina jurisprudencial, el interés casacional se manifestaría no en el hecho de la contradicción de la jurisprudencia de Audiencias, sino en el hecho de dictarse una sentencia contraria a la doctrina jurisprudencial. *El interés casacional*, cit. p. 48.

¹⁰⁵ Se pronuncian en sentido favorable a una interpretación más abierta y flexible de este supuesto legal, entre otros, BONET NAVARRO, Ángel, *Los recursos...*, cit., p. 225; LOREDO COLUNGA, Marcos, *La casación civil*, cit. pp. 221 y 222; LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier, *Los recursos extraordinarios...*, cit. p. 159; MONTERO Y FLORS, *El recurso de casación civil...*, cit., p. 378.

efectos, de la infracción de la jurisprudencia a la de la propia norma jurídica exigía por razones de firmeza y seguridad una uniformidad o reiteración en los criterios judiciales que no parece tan justificada cuando el recurso está dirigido, más que a corregir la infracción de la jurisprudencia, a resolver, superándola, las eventuales contradicciones que puedan producirse en la de las Audiencias. Desde esta perspectiva puede considerarse bastante para la apreciación del interés casacional del recurso que la contradicción se produzca entre dos o más sentencias fundadas en criterios opuestos o distintos sobre la misma cuestión¹⁰⁶.

La certeza y la seguridad jurídica que la unificación de doctrina persigue y la utilidad que proporciona al ordenamiento reclaman una anticipación de la resolución unificadora, a fin de abortar la contradicción desde sus primeras manifestaciones, sin necesidad de esperar a que la contradicción se consolide con el pronunciamiento de más de una sentencia en cada uno de los sentidos confrontados por cada uno de los órganos en conflicto.

3.5. La inexistencia de doctrina jurisprudencial y su relación con la vigencia de las normas

Es comúnmente compartida entre los autores¹⁰⁷ y pacífica —según se ha visto— entre los Tribunales Superiores de Justicia¹⁰⁸ la apreciación de que la inexistencia de doctrina jurisprudencial

¹⁰⁶ Tal es el criterio mantenido por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en sus Autos (inéditos) 2/2004, de 14 enero —R. 62/2003—; 16 junio 2004 —R. 17/2004— y 12/2009, de 20 octubre —R. 18/2009—. Cfr. FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. Javier, “El recurso de casación civil foral...”, *cit.*, p. 70.

¹⁰⁷ Así, MORÓN PALOMINO, Manuel, “Del recurso de casación”, en *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*, Forum, Oviedo, 2000, p. 572; BLASCO GASCÓ, Francisco de P., *El interés casacional*, *cit.*, p. 55; LOREDO COLUNGA, Marcos, *La casación civil*, *cit.*, p. 224; LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier, *Los recursos extraordinarios...*, *cit.*, p. 168; MONTERO AROCA Y FLORS, *El recurso de casación civil*, *cit.*, p. 391.

¹⁰⁸ Cfr. Autos del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 18 septiembre

dencial suya sobre normas del Derecho foral o especial de la respectiva Comunidad justifica, conforme al artículo 477.3, párrafo segundo, el interés casacional del recurso planteado ante ellos, con independencia y total abstracción del tiempo de vigencia de las normas en cuestión, sólo requerida para la casación común o general por el último inciso del artículo 477.3, párrafo primero, de la misma Ley 1/2000.

Ninguna novedad representa, en este sentido, la disposición del Proyecto de Ley reguladora del recurso de casación, de Cataluña (art. 4.2.b) que, tras declarar accesibles a la casación los asuntos cuya impugnación se fundamente en la falta de jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, agrega que *“el tiempo de vigencia de la norma en relación con la cual se alega la falta de jurisprudencia no impide el acceso a la casación en ningún caso”*¹⁰⁹. Y lo mismo habría de decirse de la disposición de la Ley aragonesa 4/2005 que considera concurrente el interés casacional habilitante del recurso cuando *“no exista dicha doctrina en relación con las normas (de Derecho civil aragonés) aplicables”* (art. 3.1), sin mención alguna a su tiempo de vigencia.

La Ley aragonesa ofrece sin embargo dos particularidades reseñables: una, la indistinta referencia al Tribunal Superior de Justicia de Aragón o al Tribunal Supremo de la doctrina jurisprudencial cuya inexistencia o contradicción determina el interés casacional del recurso; y otra, la agregación a este supuesto de interés casacional de otro diferenciado, consistente en la aplicación de normas de vigencia no superior a los cinco años cuando no exista doctrina jurisprudencial sobre otras anteriores de igual o similar contenido (art. 3.3).

2008 (RJ 2009, 1728), del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 marzo 2009 (RJ 2009, 4002) y del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 15 junio 2004 (RJ 2004, 4139).

¹⁰⁹ Precisamente por ello el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley sugería *“la supresión de este apartado, pues amén de no reflejar novedad alguna, tampoco contribuye a clarificar el contenido de los anteriores”*.

Como antes se ha apuntado, el inciso “*se entenderá que también existe interés casacional*”, con que el segundo párrafo del artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a los recursos atribuidos al conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia, permite extender de entrada a estos recursos los supuestos de interés casacional relacionados en el primero para la casación general, pero sólo en cuanto sean distintos y compatibles con los dos enunciados en el segundo para la casación foral.

A) La referencia indistinta de la doctrina al Tribunal Superior de Justicia o al Tribunal Supremo

A tenor del artículo 3.1 de la Ley aragonesa un recurso foral presenta interés casacional cuando sobre las normas de Derecho aragonés aplicables al caso no exista doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Aragón o del Tribunal Supremo. La redacción de la disposición parece excluir la apreciación de tal interés cuando sobre las normas exista doctrina del Tribunal Supremo y la sentencia recurrida no se oponga a ella, aunque las normas en cuestión no cuenten con una doctrina propia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Una interpretación así pugnaría con la función jurisprudencial que a los Tribunales Superiores de Justicia compete en relación a los derechos civiles propios de sus respectivas Comunidades. Con independencia de la doctrina que el Tribunal Supremo haya podido forjar en la interpretación de las normas forales o autonómicas, la inexistencia de doctrina jurisprudencial propia del Tribunal Superior de Justicia sobre ellas ha de bastar para dotar de interés casacional al recurso que se promueva sobre ellas.

Interpretando en su lógica correlación los dos párrafos del artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así lo ha puesto de relieve la doctrina procesalista¹¹⁰ y así lo ha entendido y

¹¹⁰ Señala MUÑOZ JIMÉNEZ, Javier, que tanto en el caso de oposición, como en el de inexistencia, la doctrina a que se refiere el art. 477.3, último párrafo, es

declarado también el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en sentencia de 15 de junio de 2004¹¹¹ cuando advierte que “tanto la oposición como la inexistencia de la doctrina a que alude el artículo 477.3, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, han de referirse a la eventualmente sentada por Tribunal Superior de Justicia y no a la que pueda haber emanado del Tribunal Supremo, al punto de que si sobre determinada norma civil foral o especial existe doctrina del segundo y no del primero, la sentencia que vuelva sobre ella abonará el interés casacional del recurso de casación regional que pueda prepararse e interponerse frente a dicha resolución, tanto si se atiende, como si se opone, a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo”.

B) La referencia jurisprudencial a normas de vigencia no superior a cinco años

La Ley 4/2005 reguladora de la casación aragonesa contempla dos supuestos de interés casacional diferenciados: la inexistencia de doctrina jurisprudencial sobre las normas de

la forjada por el propio Tribunal Superior sobre las normas de Derecho especial de la Correspondiente Comunidad Autónoma. Que haya doctrina del Tribunal Supremo no impide que no exista la del Tribunal Superior de Justicia, único elemento que debe tomarse en cuenta para decidir en punto a la procedencia del recurso. “Comentario al artículo 477”, en *Comentarios...*, cit., T. II, p. 2266. Para BLASCO GASCÓ, Francisco de P., si no hay doctrina del Tribunal Superior de Justicia sobre la norma de derecho civil propio pretendidamente infringida, pero sí la hay del Tribunal Supremo, no cabe invocar la oposición a esta doctrina jurisprudencial, sino la inexistencia de doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia relativa a la misma, *El interés casacional*, cit. p. 87. También LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier, apunta que si sobre una norma de Derecho civil foral o especial no hay jurisprudencia del TSJ, el interés casacional concurre en razón del segundo supuesto de interés casacional del párrafo segundo del art. 477.3 LECiv. La inexistencia de doctrina del Tribunal Supremo es, en este punto, un hecho indiferente. Existiendo doctrina jurisprudencial del TSJ sobre la norma de Derecho civil foral, parece lógico que el interés casacional sólo concorra cuando la sentencia recurrida se oponga a esa doctrina jurisprudencial. *Los recursos extraordinarios...*, cit., p. 170.

¹¹¹ RJ 2004, 4139.

su Derecho civil aplicables al caso (art. 3.1, inciso final) y la aplicación en la sentencia recurrida de normas de vigencia no superior a cinco años cuando no exista doctrina jurisprudencial relativa a normas anteriores de igual o similar contenido (art. 3.3). La Ley de Enjuiciamiento Civil reconoce también en el artículo 477.3 estos dos supuestos de interés casacional: el segundo, en el párrafo referido al recurso de casación general y, el primero, en el relativo al recurso de casación foral ante los Tribunales Superiores de Justicia. Es verdad que el inciso “se entenderá que también existe interés casacional” que encabeza éste último párrafo autoriza a entender comprendidos en él los supuestos relacionados en el anterior; pero —como antes se ha dicho— sólo en cuanto sean distintos y compatibles con los específicos de la casación foral. Y, en la interpretación comúnmente compartida por los Tribunales Superiores¹¹², el específico de la inexistencia de doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia sustituye a aquél otro en la casación foral, eliminando para ella el requisito de su referencia a normas de vigencia no superior a cinco años, en consideración a las mayores necesidades de desarrollo de los Derechos civiles forales o autonómicos.

No parece fácilmente justificable el sentido de esta duplicidad de supuestos de interés casacional, o más precisamente, la articulación del segundo gozando el primero de pleno reconocimiento en la Ley aragonesa y en la propia Ley de Enjuiciamiento Civil. Y es que, si la norma civil aragonesa aplicada o aplicable a la resolución del caso carece de doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia el recurso presentará siempre interés casacional cualquiera que sea el tiempo de vigencia de la norma.

La vigencia inferior a cinco años de la norma civil arago-

¹¹² También por un apreciable sector de la doctrina procesalista, cfr. Morón Palomino, Manuel, “Del recurso de casación” en *Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000)*, Forum, Oviedo, 2000, p. 572; BONET NAVARRO, Ángel, *Los recursos en el proceso civil, cit.*, p. 228; LOREDO COLUNGA, Marcos, *La casación civil, cit.*, p. 224.

nesa no justifica el interés casacional del recurso cuando existe doctrina jurisprudencial relativa a normas anteriores de igual o similar contenido. Si la existencia de esta doctrina sobre normas anteriores excluye el interés casacional del recurso, con más razón habrá de excluirlo la forjada sobre las normas actualmente en vigor. Siendo la inexistencia de doctrina sobre las normas la premisa determinante del interés casacional, parece claro que la referencia al tiempo de su vigencia tan sólo actúa como límite del acceso a la casación por esta vía.

Podría acaso justificarla la posibilidad temporal de una reconsideración de la doctrina ya sentada sobre las normas civiles vigentes, para corroborarla, rectificarla o matizarla; pero si así fuera no se entendería el cierre de la casación a los recursos sobre normas que reproducen otras anteriores ya dotadas de doctrina jurisprudencial.

En definitiva, la agregación de este supuesto de interés casacional al derivado de la mera o simple inexistencia de doctrina jurisprudencial sobre normas de Derecho civil aragonés aplicables al caso ni amplía la accesibilidad a la casación civil aragonesa de recursos que no la tuvieran reconocida, ni potencia la labor jurisprudencial foral a que se halla preordenada.

3.6. La infracción de costumbre notoria en la casación foral gallega

La Ley 5/2005, de 25 de abril, considera en su artículo 2.1 motivo casacional *“el error en la apreciación de la prueba que demuestre desconocimiento por parte del juzgador de hechos notorios que supongan infracción de uso o costumbre”*.

Esta norma reproduce sin modificaciones sustanciales el párrafo primero del artículo 2.2º de la Ley 11/1993 que la sentencia 47/2004 del Tribunal Constitucional reconoció acorde al orden constitucional y estatutario. Su razón y finalidad residían en el carácter consuetudinario de muchas de las instituciones del Derecho civil gallego y en la necesidad de dotar de las máximas

garantías los perfiles de una normativa que debía quedar bien probada para asegurar su correcta aplicación.

La vigente Ley no reproduce en cambio el segundo párrafo del artículo 2.2º de la Ley 11/1993 que, tras establecer que *“los usos y costumbres notorios no requerirán prueba”*, disponía que *“a los efectos de este recurso son notorios, además de los usos y costumbres compilados, los aplicados por el Tribunal Supremo, por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia o por la antigua Audiencia Territorial de Galicia”*, porque su contenido dispositivo se incorporó al artículo 2.1 de la Ley 4/1995, del Derecho civil de Galicia, que hoy se recoge en el también artículo 2.1 de la Ley 2/2006 de Derecho civil de Galicia.

Eliminada de la Ley reguladora de la casación de Galicia la previsión normativa que dispensaba de prueba a los usos y costumbres notorios y establecía los medios de acreditación de su notoriedad, la norma procesal autonómica se limita hoy a sancionar la posible fundamentación del recurso de casación en el desconocimiento por la sentencia recurrida de una costumbre notoria, con el alcance que a la notoriedad da el artículo 2.1 de la citada Ley de Derecho civil¹¹³.

A la hora de valorar la virtualidad de esta norma procesal ha de tenerse presente que, como apuntaba el Parlamento de Galicia en defensa de la constitucionalidad de la Ley 11/1993 en el recurso 3141/1993¹¹⁴, la aprobación de la Ley de Derecho civil de Galicia estaba llamada a hacer prácticamente nominal este precepto, dada la previsible elevación a norma escrita de sus usos y costumbres, por lo que la referida norma procesal

¹¹³ Como dice la reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de marzo de 2010, con cita de las de 22 noviembre 2005 y 4 junio 2007, el precepto procesal tiene reducido su ámbito de aplicación a aquellos usos y costumbres gallegos no elevados a rango de ley que tengan el carácter de notorios, con el alcance que a la notoriedad da el citado precepto y el artículo 2 de la Ley de Derecho civil de Galicia.

¹¹⁴ Cfr. Antecedente 6 de la Sentencia 47/2004 del Tribunal Constitucional.

se limitaba a ofrecer una regulación *rebus sic stantibus*¹¹⁵, esto es, en tanto el Derecho civil gallego siguiera siendo consuetudinario. Pero cuando la Ley 5/2005 de la casación gallega se aprobó, llevaba ya varios años en vigor la Ley 4/1995 del Derecho civil de Galicia, que recibió e incorporó a su articulado si no todas¹¹⁶, sí buena parte de las instituciones consuetudinarias aún vivas y confirió rango legal a las normas por que se regían, haciendo inviable la alegación en casación de usos y costumbres gallegos que la Ley había transformado en norma escrita¹¹⁷. El precepto legal no ampara sin más una nueva valoración probatoria que correspondería a un motivo de infracción procesal y el eventual desconocimiento por la sentencia recurrida de unos usos o costumbres que, a tenor del artículo 2.1 de la Ley de Derecho civil de Galicia deban tenerse por notorios y dispensados por ello de prueba, no dejaría de constituir infracción de norma jurídica material¹¹⁸, subsumible sin dificultad en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de no existir la norma procesal autonómica, tanto si su inobservancia se produce por la inaplicación de una costumbre notoria a tenor de aquel precepto, como si tiene lugar por la ignorancia de su contenido normativo.

¹¹⁵ Así la califica NIEVA FENOLL, Jorge, en el "El recurso de casación ante el TSJ de Galicia, tras la LEC 1/2000 (1ª parte)", en *Revista Xuridica galega, cit.*, p. 19.

¹¹⁶ La propia Exposición de Motivos admite la posible existencia de otras instituciones que la ley no regula y que tienen méritos propios para ser incorporadas al derecho escrito de Galicia, dejando abierta la puerta a su ulterior recepción y formalización legal.

¹¹⁷ Cfr. en este sentido Sentencias de 16 febrero 2002 (RJ 2002, 6970), 22 noviembre 2005 (RJ 2006, 212), 4 junio 2007 (RJ 2007, 4847), entre otras muchas, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

¹¹⁸ De la norma escrita contenida en el art. 2.1 de la Ley de Derecho civil de Galicia y eventualmente de la norma consuetudinaria cuya notoriedad resulta de aquélla.

4. LA OPCIÓN POR LA REGULACIÓN GENERAL DE LA CASACIÓN FORAL

Como advierte la sentencia 47/2004 del Tribunal Constitucional, la sola existencia del recurso de casación civil foral no habilita sin más a las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio “para emanar una normación procesal que regule por completo y en su totalidad los presupuesto procesales y el procedimiento de tal recurso extraordinario”. Una regulación procesal autonómica de la casación regional ha de ser por ello necesariamente fragmentaria y limitarse a las especialidades procesales que requieran las particularidades de su Derecho civil material. Dada la naturaleza y finalidad del recurso, lo normal será que éstas se deriven de las peculiaridades propias del sistema de fuentes de cada uno de los ordenamientos forales y de los mecanismos dispuestos en ellos para su interpretación e integración. Sobre ellas no sólo resulta conforme al orden constitucional sino plenamente justificada una regulación procesal autonómica que posibilite la efectividad de las que le son propias.

Hay sin embargo otros requerimientos y exigencias de la casación regional que no derivan de particularidades específicas de los distintos Derechos civiles forales y sus normativas materiales, sino de la necesidad de dotar a sus respectivos ordenamientos de una doctrina jurisprudencial cuantitativa y cualitativamente relevante que fije el sentido y alcance de sus normas, favoreciendo la accesibilidad a la casación de las sentencias de segunda instancia sin las limitaciones establecidas para la general en razón a la carga de trabajo que pesa sobre el Tribunal Supremo. Y estos requerimientos y exigencias pueden —y a mi entender deben— ser objeto de un tratamiento común en la legislación procesal general.

Para su consecución, constituye una base de partida adecuada y posiblemente suficiente el reconocimiento de la recurribilidad de las sentencias de segunda instancia, con total abstracción

de la cuantía del asunto¹¹⁹, en exclusiva consideración al “interés casacional” del recurso, objetivado:

a) En la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial de los Tribunales Superiores de Justicia, apreciable con la divergencia de criterios resolutorios sobre una misma cuestión jurídica, aunque se suscite a partir de supuestos fácticos distintos¹²⁰;

b) En la inexistencia de dicha doctrina sobre normas del Derecho civil de la respectiva Comunidad, cualquiera que sea su tiempo de vigencia, considerando que no existe cuando, aun habiéndose producido anteriores pronunciamientos sobre una norma jurídica las cuestiones que suscita la resolución del supuesto enjuiciado reclamen una nueva consideración y declaración sobre ella, y

c) En la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales en relación con la interpretación y aplicación de dichas normas, sin la exigencia para su apreciación de los requisitos de uniformidad y reiteración en dos o más sentencias de cada signo propios de la doctrina jurisprudencial o jurisprudencia de casación; debiendo bastar que entre la sentencia

¹¹⁹ Representaría una nueva traba al acceso a la casación foral la exigencia cumulativa de cuantía e interés casacional que preveía para los artículos 477.1, párrafo final, 478.1 y 488.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el Proyecto de Ley Orgánica por la que se adaptaba la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se reformaba el recurso de casación y se generalizaba la doble instancia penal, aprobado por el Consejo de Ministros el 16 de diciembre de 2005. Cfr. Ministerio de Justicia, *Boletín de Información*, suplemento al núm. 2006, 1 febrero 2006.

¹²⁰ Así ORTELLS RAMOS, Manuel, “La selección de asuntos para su acceso a la casación...”, en *Los recursos ante Tribunales Supremos*, cit. p. 220. También el Auto del Tribunal Supremo de 4 octubre 2005 (RJ 2005, 7068) mantiene que “el señalado presupuesto de recurribilidad se satisface sin necesidad de que las Sentencias que contienen la doctrina jurisprudencial que se dice vulnerada contemplen un supuesto de hecho idéntico al analizado por la Sentencia recurrida, bastando con que la contradicción se produzca respecto de una misma cuestión jurídica, con independencia del marco fáctico en la que se desenvuelve”.

recurrida y otras, u otra¹²¹, se aprecien divergencias en la interpretación y aplicación de las normas civiles forales o autonómicas con incidencia causal en los fallos pronunciados, sin que sea necesaria igualdad o similitud fáctica, ni identidad en el objeto litigioso o en la causa de pedir en los procesos confrontados¹²².

Contribuiría al postulado “un ordenamiento, un tribunal de casación” y a la función uniformadora de la casación regional la extensión de la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia al conocimiento de todos los recursos fundados en la infracción de normas civiles propias de su Comunidad aun contra sentencias dictadas por Audiencias Provinciales radicadas fuera de su demarcación territorial¹²³.

Y sería por último deseable una modificación del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que no sustraiga, sin más matizaciones ni reservas, a la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento de los recursos de casación fundados en la infracción de precepto constitucional en los casos en que ésta se entienda producida en la interpretación o aplicación de una norma civil foral o autonómica. Y, en todo caso,

¹²¹ Para BONET NAVARRO, Ángel, debería bastar que la contradicción quedara de manifiesto comparando la sentencia recurrida con una sola de Audiencia distinta e incluso de la misma Audiencia, *Los recursos...*, cit., p. 225; también para LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier, debería ser suficiente con que la contradicción se diera entre dos únicos pronunciamientos de órganos de segunda instancia, *Los recursos extraordinarios...*, cit., p. 159. En el mismo sentido se pronuncian MUÑOZ JIMÉNEZ, F. Javier, “Comentario al artículo 477”, en *Comentarios*, cit., p. 2266, BLASCO GASCÓ, Francisco de P., *El interés casacional*, cit., p. 51 y MONTERO Y FLORS, *El recurso de casación civil*, cit., p. 379.

¹²² Cfr. BONET NAVARRO, Ángel, *Los recursos*, cit., p. 242; MUÑOZ JIMÉNEZ, F. Javier, “Comentario al artículo 477”, en *Comentarios*, cit., p. 2266, y ORTELLS RAMOS, Manuel, “La selección de asuntos...”, en *Los recursos ante Tribunales Supremos*, cit., p. 222.

¹²³ Una previsión semejante se contenía en el Proyecto de Ley Orgánica por la que se adaptaba la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se reformaba el recurso de casación y se generalizaba la doble instancia penal, aprobado por el Consejo de Ministros el 16 de diciembre de 2005, con la reforma del artículo 488 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Cfr. Ministerio de Justicia, *Boletín de Información*, suplemento al núm. 2006, 1 febrero 2006.

debería reintroducirse en la vigente Ley de Enjuiciamiento civil la previsión contenida en el artículo 1732 de la derogada, que de manera expresa limitaba la competencia funcional del Tribunal Supremo al examen de los motivos fundados en la infracción de precepto constitucional e imponía la remisión del recurso al Tribunal Superior de Justicia correspondiente para el conocimiento de los demás motivos de legalidad ordinaria, cuando algunos de ellos estuvieren fundados en infracción de norma civil foral o especial, despejando las incógnitas que la omisión de una norma semejante suscita¹²⁴.

¹²⁴ El Tribunal Supremo en los Autos de 4 diciembre 2007 (RJ 2008, 250) y 8 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 7065), advertía que el conocimiento por el Tribunal Supremo de la infracción de precepto constitucional le obligaba —dada la no posibilidad de dividir la continencia del recurso— a examinar en su integridad el derecho propio de la Comunidad Autónoma, agregando “que el legislador acepta que el Tribunal Supremo conozca de Derecho foral o especial si existe el dato que prima en esta caso de alegación de norma constitucional”. Sin embargo el propio Tribunal Supremo parece haber rectificado la orientación trazada por las resoluciones a que se ha hecho antes mención en el Auto de 4 diciembre 2008 (JUR 2009, 2176) y la Sentencia de 31 marzo 2009 (RJ 2009, 2002), dictada en el mismo rollo de casación, donde acordó que correspondía a la Sala 1ª conocer y resolver el motivo del recurso fundado en la infracción de precepto constitucional y, una vez resuelto el mismo, remitir las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares.

