

Algunas reflexiones sobre la nueva regulación de los recursos civiles

Javier DE LA HOZ DE LA ESCALERA

Uno de los aspectos más novedosos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) es sin duda la configuración del sistema de recursos. Es claro que en cualquier sistema procesal civil su correcto diseño es pieza clave para lograr el siempre deseable equilibrio entre el derecho a la tutela judicial y la efectividad de este derecho, cuya conjunción configura el ideal de la tutela judicial efectiva de que habla el artículo 24 de nuestra Constitución. La tensión entre la necesidad de un sistema de garantías que permita la revisión de lo resuelto por el juez, ya sea por él mismo o por otro órgano superior, y la realidad de que esto conlleva una enorme dilación de la respuesta judicial definitiva, hasta el punto de hacerla en no pocas ocasiones ilusoria en vez de "efectiva", sólo puede resolverse con un sistema de recursos respetuoso con aquellas garantías pero también asentado sobre la realidad y atento a los intereses en juego, que pondere exquisitamente el número y la calidad de los recursos procesales admisibles en función de los medios que la sociedad está dispuesta a poner a disposición de sus ciudadanos para dirimir sus controversias.

El legislador de 1999 ha sido sin duda consciente de los defectos de la regulación de los recursos en la vieja legislación y se ha esforzado en corregirlos; no pueden negarse aspectos positivos en el nuevo sistema, esencialmente su extremada simplificación y la sencillez y homogeneidad de los trámites. Sin embargo, hay aspectos en que se han adoptado soluciones que, desde la praxis jurisdiccional, resultan en algunos casos tímidas, en otros francamente innecesarias y entorpecedoras para el conjunto del sistema, y en otros, en fin, claramente inútiles. No es este el lugar adecuado para una exposición académica, que por otra parte será hecha sin duda desde el ámbito universitario, pero sí pueden hacerse ya algunos apuntes críticos. Tan sólo añadir, como mínima introducción, que la ley mantiene la esencia de la legislación anterior en los recursos ordinarios: un recurso no devolutivo, que ahora se unifica en su denominación, el de reposición; un recurso devolutivo ordinario que es la apelación, y un recurso devolutivo accesorio, para controlar la admisión de los otros recursos devolutivos ordinarios o extraordinarios, que es la queja. Sin embargo, innova absolutamente los recursos extraordinarios: la casación pierde el ámbito procesal, éste se reserva a un recurso extraordinario por infracción procesal y se crea un recurso en interés de la Ley.

rio, no devolutivo ni suspensivo, contra las providencias y autos no definitivos. Suprime, sin embargo, el viejo recurso de súplica contra las resoluciones de órganos colegiados, que pasa a denominarse también de reposición, unificación a todas luces lógica y simplificadora y que acaba además con una denominación, la de "súplica", que se había quedado muy anticuada.

En la vieja Ley y originariamente, el recurso de reposición era en rigor un medio de impugnación, un instrumento de combatir las ilegalidades procesales. Con el tiempo y la doctrina del Tribunal Constitucional perdió claramente esa esencia para pasar a ser un medio de gravamen utilizable para combatir infracciones tanto procesales como materiales. El viejo artículo 377 exigía que en el escrito de interposición se citase la disposición de la propia LEC que se consideraba infringida, exigencia que en rigor impedía la utilización del recurso cuando el auto o providencia no vulnerasen la legalidad procesal. Fue el Tribunal Constitucional quien dio el paso al interpretar que esa cita legalmente exigida no era necesaria cuando se tratase de combatir la resolución por cuestiones de fondo¹. Pues bien, en la LEC se ha querido terminar con esta problemática al exigirse tan solo que en la interposición del recurso se haga indicación de "la infracción en que la resolución hubiese incurrido", términos amplios y comprensivos de cualquier tipo de vulneración de normas o principios de aplicación al caso.

En términos generales son recurribles todas las providencias y autos no definitivos (arts. 206 y 207), salvo las excepciones que la propia Ley prevé (p. ej., arts. 452 y 457,5). Así, la Ley sigue en este punto los pasos de la vieja y no se ha atrevido a generalizar una norma tan sencilla como la contenida en el artículo 61 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 para el juicio de cognición, por el que durante la fase declarativa del juicio no cabe recurso de reposición contra ninguna providencia ni auto, salvo que impidan la continuación del juicio.

Especial problemática presenta la recurribilidad de las resoluciones orales, esto es, las adoptadas por el tribunal de viva voz cuando está celebrando una vista. La norma general está contenida en el artículo 210 de la LEC. y no deja de ser claramente contradictoria con la oralidad²: sólo si las partes manifiestan

¹ SS.TT.CC. 113/1986, 29/1987, 69/1987, 113/1998, 162/1990, 213/1993, 199/1997, 64/1998.

² Artículo 210: 1. Salvo que la Ley permita diferir el pronunciamiento, las resoluciones que deban dictarse en la celebración de una vista, audiencia o comparecencia ante el tribunal se pronunciarán oralmente en el mismo acto, documentándose este con expresión del fallo y motivación sucinta de aquellas resoluciones. 2. Pronunciada oralmente una resolución, si todas las personas que fueron parte en el juicio estuvieron presentes en el

EL RECURSO DE REPOSICION

La Ley ha mantenido con su propio nombre el recurso de reposición (art. 451) como recurso ordina-

su voluntad de no recurrir en el acto, el tribunal declara en el mismo momento la firmeza de la resolución; en otro caso, el tribunal debe redactar la resolución y notificarla debidamente, y a partir de su notificación puede ser recurrida. No se alcanza a comprender tan complejo sistema, que la generalidad de la norma permite entender aplicable a cualquier decisión adoptada en el curso de una vista; por ejemplo, la decisión oral en la audiencia previa sobre la subsanación de un defecto de poder en el procurador, requerirá que después el juez dicte un auto, salvo que las partes en el acto manifiesten su conformidad a la decisión; el recurso de reposición contra este auto puede tardar en resolverse, en el mejor de los casos, quince días. Es claro que esa regulación distorsiona totalmente el sistema de oralidad e inmediación de que la Ley presume, y quizás por esto mismo en ella se prevé, aunque para casos muy concretos, el recurso de reposición oral ya existente en el Decreto de 21 de noviembre de 1952 regulador del proceso de cognición: así, en el artículo 285 se dispone que el tribunal resuelve sobre la prueba oralmente y contra la resolución —de admisión o inadmisión— cabe recurso de reposición “que se substanciará y resolverá en el acto”. Es de lamentar que tan simple, clara y eficaz regulación no constituya la norma general en vez de la excepción. Una interpretación que trata de salvar tan grave defecto de la Ley es la que entiende que aquel sistema se está refiriendo a las resoluciones de fondo y definitivas, autos y sentencias, éstas en las jurisdicciones en que se admita, dado el carácter supletorio de la LEC, y en este sentido se ha pronunciado Montero Aroca³; pero ante ella se alza el obstáculo insalvable de la falta de regulación en la ley con carácter general de un recurso de reposición oral; por esto, y dado el principio de legalidad procesal especialmente consagrado (art. 1º), toda interpretación escapista no hace sino parchear “contra legem” una regulación a todas luces defectuosa pero legal.

Por último, aunque no es exactamente una novedad respecto de la situación actual (arts. 381 y 703 LEC de 1881), se dispone expresamente la irrecorribilidad autónoma de lo resuelto en reposición, de suerte que contra el auto resolutorio del recurso no cabe ya apelación, ni siquiera a reproducir junto con la apelación principal, sino que únicamente cabe el “reproducir la cuestión objeto de la reposición al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva” (art. 454).

EL RECURSO DE APELACION

Este recurso se sigue configurando en la ley como un recurso ordinario, precisamente el que per-

acto o debidamente representadas, y expresaran su decisión de no recurrir, el tribunal declarará en el mismo acto la firmeza de la resolución. Fuera de este caso, el plazo para recurrir comenzará a contar desde la notificación de la resolución debidamente redactada. ³ En ningún caso se dictarán oralmente sentencias en procesos civiles. En palabras de Montero Aroca, en este precepto “se está negando la esencia de lo que es un acto oral y concentrado”. Juan Montero Aroca (Coord.) y otros: *El nuevo Proceso Civil*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2000, pag. 487.
³ Montero Aroca, Juan. Obra citada, pag. 488.

mite la segunda instancia. La nueva ley sigue la línea de la legislación histórica al consagrar el sistema limitado, aunque no puro; esto es, concibe la segunda instancia no como un nuevo juicio, sino como una revisión de lo ya juzgado, aunque el tribunal de apelación se enfrente al caso con jurisdicción plena, sólo cercenada por lo pedido por el recurrente y la prohibición de la reforma a peor, principios que, al fin, son positivizados (art. 465).

Esa plenitud de jurisdicción del tribunal de la segunda instancia no es, sin embargo, fácilmente coherente con el nuevo sistema de juzgar en la primera. La Ley impone en la primera instancia una inmediación absoluta: el juez o magistrado que celebra la vista o la comparecencia que tenga por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución es quien debe dictar la correspondiente resolución (arts. 137 y 194), sancionándose con la nulidad el incumplimiento de esta norma. Si esto es así, parece no tenerse en cuenta que la segunda instancia es incompatible, en muy buena medida, con un sistema de oralidad en la primera. Como ha expuesto Díez-Picazo Jiménez⁴, si en la primera instancia hay efectiva inmediación, y si el juez que presencia la vista es el que debe dictar la sentencia, precisamente por entenderse esencial la inmediación, al modo en que ocurre en el proceso penal, es incoherente que el tribunal de alzada pueda revisar la valoración de esas pruebas sin haber gozado de inmediación; la ausencia de ésta sólo permite razonablemente una limitada revisión de los aspectos fácticos de la sentencia de instancia: hechos cuya certeza haya sido fijada con base en medios de prueba que no exigen inmediación —documentos— o no es esencial en ellos —informes periciales—, o que han sido fijados por aceptación de las partes, por ser notorios o, en algunos casos, por presunciones. Porque, en definitiva, si se impone la inmediación por considerar imprescindible para que el juez forme un cabal y correcto juicio que vea y oiga directamente todas las pruebas personales y los objetos litigiosos, no se comprende que el juez de la segunda instancia, cuya postura frente al litigio es idéntica, pueda juzgar mejor que el de la instancia sin haber gozado de esa inmediación.

La Ley trata de obviar esas limitaciones con el recurso, sin duda ingenuo, de ordenar la grabación de todos los actos orales (art. 147), previsión que, además de desconocer la realidad de la Justicia en medios materiales e introducir una complejidad tremenda en las secretarías judiciales, parte de la base de que la inmediación puede aprehenderse en una cinta de vídeo, de lo que obviamente cabe discrepar. La actual configuración de la apelación que la LEC de 1881 mantiene y la nueva ley perpetúa es, además de una singularidad —no existe en ningún otro orden jurisdiccional con esas mismas características, y tampoco en lo penal en que la introducción de la apelación como recurso ordinario es relativamente reciente, pues data de la reforma de 1967 y la doctrina generalizada de las Audiencias

⁴ Díez-Picazo Jiménez, Ignacio, “Plantamiento, sistema y caracteres del Borrador de Anteproyecto de ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, Murcia, 1997, pag. 37

reconoce las limitaciones que en orden a la valoración de la prueba impone la ausencia de intermediación—, hija directa de un sistema de escritura, y en puridad incompatible con un sistema de oralidad con intermediación y concentración. Si el legislador ha optado por un nuevo sistema en la primera instancia, parece que debiera haber reconsiderado el sentido y alcance de la apelación; o quizás resulte que, pese a todo, ese legislador que presume de oralidad e intermediación para la primera instancia, en realidad desconfía de ella. En cualquier caso, el mantenimiento de una segunda instancia como la actual obliga a una documentación íntegra y completa de lo actuado en la instancia, lo que antes lograba el sistema de escritura de forma bastante completa; y los letrados, con razón puesto que en última instancia va a primar la valoración de quien no ve las pruebas, querrán que todo, absolutamente todo lo que exponen y manifiestan ellos y los testigos y peritos, conste por escrito; si llegamos a esto, la oralidad no será tal, sino una suerte de “verbalidad” tan inútil como la actual —el actual juicio verbal nunca ha sido en la práctica realmente oral—, distorsionando seguramente y en gran manera toda la primera instancia. Como indica Nabal Recio⁵, “el precio de la oralidad en la instancia se paga en las fases procesales sucesivas”, pues en ninguna de las jurisdicciones en que predomina la oralidad se da una posibilidad de revisión de las cuestiones fácticas tan amplia como en la apelación civil, ya por expresa disposición legal —juicio penal en única instancia, juicio en lo social—, ya por vía de interpretación judicial —juicio penal en doble instancia; y si no se quiere pagar ese precio en las sucesivas instancias, se paga en la primera por el mecanismo de no cumplir realmente la oralidad, que es lo que tristemente y conociendo las inercias del sistema judicial y todos sus intervinientes, es de temer que ocurra.

Otro aspecto a destacar en la regulación del recurso de apelación es su universalidad. La Ley ha seguido el criterio de no cerrar la apelación a ningún tipo de proceso, por ínfima que sea su cuantía, lo que parece excesivo e innecesario. La limitación en los juicios verbales de menos de 80.000 pesetas, introducida por la Ley 10/1992 se encontraba consolidada, sin mayores problemas, y nada impediría su permanencia, incluso ampliándola hasta las 150.000 pesetas, límite previsto por la Ley para exigir la intervención de letrado (art. 31,1). El CGPJ, en su informe al anteproyecto, sostuvo esta postura, aun admitiendo la posibilidad de excepciones en razón a la materia, y también alguna asociación judicial⁶. En países de nuestro entorno existe esa limitación y así, en Alemania, no cabe este recurso si la cuantía no supera los 1.200 marcos, y en Francia si es inferior a los 13.000 francos franceses. Desde

luego no tenía ningún problema de inconstitucionalidad porque, en contra de una opinión extrañamente muy difundida, nuestra Constitución no consagra un derecho a la segunda instancia en materia civil.⁷ Y la limitación del acceso a otra instancia por razón de la cuantía es normal en la jurisdicción social, en la que no se admite la suplicación por menos de 300.000 pesetas; y en la jurisdicción contenciosa no tienen acceso a la apelación los asuntos cuya cuantía no exceda de tres millones de pesetas. Pese a todo ello, con extrema generosidad, desconocida en estas otras jurisdicciones, sin reparar en gastos y poniendo fin a la experiencia de 1992, se ha consagrado la universalidad de la segunda instancia civil. Como indica Nabal Recio⁸, “es todo tan incongruente, que llegaría incluso a parecer una distracción del legislador si criterios tan dispares no se hubieran manifestado en el transcurso de una misma legislatura”. Y piénsese en que la cuestión no se agota estrictamente en la apelación: como quiera que cualquier sentencia dictada en apelación por la Audiencia provincial puede ser recurrida en casación, podremos ver recursos de casación sobre asuntos de un interés económico ínfimo; quizás sea el ideal desde el punto de vista de las garantías, pero no parece que nuestra organización judicial ni nuestra economía puedan permitirse esos lujos, que por no poder ser soportados sólo conducen a colapsar los tribunales.

Sin embargo, la LEC sí acierta al limitar, en general, el recurso de apelación, en la fase declarativa, a las sentencias y autos definitivos, entendiendo por éstos los que ponen fin a la primera instancia. Con ello se pone fin, de forma sencilla y expeditiva, a los recursos contra autos interlocutorios, salvo las excepciones que la propia Ley prevé; las partes tan sólo pueden combatir las providencias y autos mediante la reposición, contra cuya resolución no cabe ya apelación de ningún tipo; pero queda a salvo su derecho a reproducir la cuestión en la segunda instancia, sin necesidad de anunciar el recurso contra el auto ni ningún otro requisito, salvo excepciones. Las excepciones en la Ley a esa norma general de inadmisión de apelación contra autos no definitivos en la fase declarativa son sólo dos, salvo error u omisión: la apelación contra los autos que acuerdan la suspensión del curso del pleito por prejudicialidad penal o civil (arts. 41,2 y 43). En otros casos se trata de autos definitivos, como los que acogen la incompetencia internacional, de jurisdicción, por arbitraje o por competencia objetiva (art. 66), declaran la caducidad de la acción (art. 237) o ponen fin al proceso de reconstrucción de autos (art. 235,4). En general la solución ha sido drástica, suprimiendo el recurso, como es el caso de los autos que resuelven las cuestiones de competencia territorial (art. 67) o la acumulación de autos (arts. 83 y 88). Y lo mismo ocurre en procesos especiales: no cabe recurso de apelación contra el auto que establece las medidas provisionales pre-

⁵ Nabal Recio, Antonio. “Crítica de nuestro sistema procesal”, en *Poder Judicial* núm. 53, pág. 240.

⁶ Es el caso de Jueces para la Democracia, nada sospechosa de sacrificar las garantías procesales en aras a la eficacia. Postura sostenida por Carlos Javier Álvarez Fernández en las *Jornadas sobre el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento civil*. Fundación Antonio Carretero y Asociación Jueces para la Democracia. Ed. Edijus. 1999, pág. 108.

⁷ SS.TT.CC. 14/1982 de 21 de abril, 123/1983 de 26 de diciembre, 112/1987 de 2 de julio, 64/1992 de 29 de abril, en las que se insiste en que la creación o no de una doble instancia es facultad del legislador.

⁸ Obra citada, pág. 234.

vias a un proceso matrimonial (art. 771), o el que fija las provisionales tras la admisión de la demanda de separación o divorcio (art. 772).

En cuanto al procedimiento, la LEC regula una forma única de tramitación del recurso de apelación, ya se interponga contra autos o sentencias definitivas, y sin diferencia alguna en razón al tipo de proceso, lo que supone una evidente mejora y simplificación del régimen anterior en que había hasta cinco formas de tramitar una apelación. Ahora bien; la substanciación del recurso se ha regulado en forma absolutamente escrita, lo que sin duda contrasta con la regulación de la instancia, que se ha querido predominantemente oral con plena vigencia del principio de inmediación. La opción no tiene por base, desde luego, orientación doctrinal alguna, sino la mera productividad; y a esa productividad se ha sacrificado la publicidad, el acceso directo de las partes a los jueces de la segunda instancia y el mejor conocimiento que a los componentes del órgano colegiado depara la vista oral, frente a la supeditación al ponente de los otros dos que propicia la tramitación escrita; porque además la Ley no impone la celebración de vista, salvo que se haya practicado nueva prueba; ciertamente, el tribunal puede ordenar la celebración de vista si lo considera necesario, haya mediado o no petición de parte, que nunca es vinculante, pero las más de las veces la Vista estará ya devaluada, pues no será admisible que las partes introduzcan nuevas pretensiones revocatorias o incluso varíen las argumentaciones ya expuestas en los escritos de interposición y la inercia conducirá, como ha ocurrido actualmente en los juicios verbales y de cognición, a la desaparición de las vistas salvo cuando son preceptivas.

También en materia de procedimiento no puede por menos de hacerse notar una plausible novedad que se da también en todos los demás procesos devolutivos: la Ley no prevé emplazamiento alguno a las partes para que se personen ante el tribunal superior, ya sea la Audiencia, el Tribunal Superior o el Tribunal Supremo; y ni siquiera ha exigido a las partes la designación de un domicilio en la sede del tribunal en que oír notificaciones; ni se prevé sanción o efecto jurídico alguno a la no personación. Esto es así y no parece que sea una simple omisión, pues ocurre también en los recursos extraordinarios. Consecuencia de ello es que cualquier resolución que el tribunal deba notificar a las partes, incluso la sentencia final, deberá hacerlo a través de los procuradores de la instancia; y en el caso de partidos judiciales distintos del de la sede del tribunal, ello exigirá acudir al auxilio judicial. Ciertamente son pocas las resoluciones a dictar en la alzada, pero cualquier incidencia o simplemente la resolución sobre prueba, la notificación del señalamiento o la citación a la vista son otros tantos actos de notificación que deberán hacerse mediante auxilio judicial. El sistema es tan novedoso en nuestro país, en que siempre se exigió expresamente la personación ante el órgano superior, que parece que un cambio tan drástico hubiera merecido una expresa disposición legal;

pero en todo caso bienvenido sea desde el momento en que simplifica enormemente la actuación a las partes y aligera de costes el proceso.

En cuanto a la prueba en segunda instancia el legislador ha mantenido prácticamente el actual régimen; así, se admiten (art. 463) las indebidamente denegadas, siempre que se hubiera intentado la reposición o formulado protesta —alternativa de difícil inteligencia y que puede obedecer a la distinta regulación que da la Ley a la respuesta a la denegación de prueba según se trate del juicio ordinario o del verbal—; las admitidas y no practicadas en la primera instancia por causa no imputable a la parte, ni siquiera como diligencias finales, supuesto que es de esperar que por la nueva regulación de éstas sea utilizado excepcionalmente; las relativas a hechos nuevos —ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la instancia— o anteriores —a dicho plazo—, pero ignorados, como ocurre también actualmente, lo que no son sino los tradicionales “nova producta” y “nova reperta”, y su admisión es precisamente lo que hace que el modelo de apelación no sea limitado puro; y todas las pruebas que proponga quien ha estado en rebeldía en la primera instancia y no se haya personado sino después del momento establecido para proponer prueba, cuando esta situación no le sea imputable; en este último supuesto nuevamente se ha buscado la eficacia por encima de la lógica del sistema, pues si la rebeldía no es imputable a la parte sólo puede deberse bien a situaciones de fuerza mayor, bien a defectos en el emplazamiento o citación o a la ineficacia de estos actos; en unos de estos casos debería darse una solución similar a la de la audiencia al rebelde, esto es, posibilitar la primera instancia; y en otros es claro que lo lógico sería declarar la nulidad de actuaciones a fin de salvaguardar plenamente los derechos de la parte indebidamente preterida del procedimiento; pero lo que no tiene sentido es que por haberse substanciado la primera instancia en rebeldía no imputable al demandado, la segunda se convierta en primera.

EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

Este recurso, cuya resolución se atribuye a las salas de lo civil de los Tribunales Superiores de Justicia, es, sin duda, la mayor novedad de la Ley en esta materia, y la más discutida de todas las que introduce, porque con él se viene a escindir la casación que en nuestro país, desde 1855, tenía en cuenta tanto la infracción de ley material como de la ley procesal. Por ello es difícil justificar la reforma con argumentos históricos, como lo es tratar de encontrar argumentos dogmáticos, pues carece en rigor de justificación la distinción a estos efectos de las infracciones de ley según se trate de leyes materiales o procesales. No cabe cuestionar que sea constitucionalmente viable sustraer el conocimiento de tales infracciones al órgano que, por mandato constitucional, es el “órgano jurisdiccio-

nal superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales" (art. 123 CE), porque lo procesal no constituye un orden jurisdiccional, pero es obvio que se trata de un cambio muy traumático que no obedece, sin embargo, a otros motivos que los meramente políticos y prácticos: de una parte, llenar de contenido las salas de lo civil de los tribunales superiores de justicia (art. 152 CE), lo que no obedece tanto a un deseo de que sus magistrados también trabajen como de dotar de poder a estos órganos que desde muchos sectores son vistos y propugnados como expresión de un poder judicial de las nacionalidades y regiones; de otra, la necesidad, imperiosa y urgente, de aliviar de trabajo al Tribunal Supremo y al Tribunal Constitucional, cuya carga de asuntos y atraso son universalmente reconocidos como obstáculos insalvables al correcto ejercicio de sus funciones.

Se trata de un recurso extraordinario, tanto porque sólo cabe contra determinadas resoluciones —sólo contra las sentencias y autos dictados por las Audiencias Provinciales resolviendo recursos de apelación que pongan fin a la segunda instancia (art. 468)— como porque la ley limita los motivos por los que puede ser interpuesto. Y no es sino trasunto de la actual casación por quebrantamiento de forma, hasta el punto de que la propia Ley, al referirse a la acción del tribunal al anular la resolución recurrida, emplea el verbo "casar", como si de una casación se tratara (art. 476). Pero lo más curioso e insólito es que se trata de un recurso excluyente, pues su utilización por la parte le impide utilizar el recurso de casación. Así lo dispone el art. 466.2 al decir que si se preparasen por la misma parte y contra la misma resolución los dos recursos dichos, se tendrá por inadmitido el recurso de casación. Con ello se impone a la parte necesariamente una opción, que puede ser dramática, en la que habrá de valorar la transcendencia de los defectos de forma habidos en el proceso y su viabilidad, pues de no prosperar este recurso por infracción procesal no podrá ya acudir en casación. Tal sistema es consecuencia del hecho de atribuirse el conocimiento de uno y otro a órganos distintos; pero también de la voluntad decidida del legislador de forzar a la parte a no reclamar por defectos de forma nimios o poco trascendentes, y así se desprende claramente de la exposición de motivos de la Ley: *"la separación entre el recurso de casación y el extraordinario dedicado a las infracciones procesales ha de contribuir, sin duda, a la seriedad con que estas se aleguen"*. Claro está que sin embargo el sistema introduce una enorme complejidad y ofrece ocasión fácil al fraude en el caso de varios litisconsortes: cuando alguno interponga el recurso extraordinario por infracción procesal y otro el de casación, se resuelve primero el de infracción procesal, pero simultáneamente y para ir ganando tiempo, se sustancia también el de casación hasta la resolución sobre su admisión, quedando después en suspenso hasta la resolución de aquel primero.

EL RECURSO EXTRAORDINARIO EN INTERES DE LEY.

La fragmentación de la casación y la atribución de competencia en la materia propia del quebrantamiento de forma a diecisiete tribunales tiene una consecuencia inevitable: la falta de un criterio uniforme en la interpretación de la Ley procesal. Es verdad que tal uniformidad puede no ser completa incluso en la Sala Primera del Tribunal Supremo, pero esto no es más que un argumento a favor de este tribunal; si en una sola Sala ya es difícil mantener cierta uniformidad, es obvio que en lo sucesivo y en diecisiete será imposible, máxime cuando se trata de aplicar e interpretar una Ley tan novedosa sobre la que no existe doctrina legal anterior.

El legislador ha sido consciente de este problema y ha tratado de salvarlo mediante la creación de un recurso en interés de ley, de previsible fracaso a la vista del sufrido por el actual (art. 1.718 LEC de 1881). Se trata de un recurso extraordinario contra las sentencias dictadas por las salas de lo civil de los Tribunales Superiores de Justicia y subsidiario del de amparo constitucional, cuya interposición impide la de este recurso. Por ahora y mientras el Tribunal Supremo siga conociendo del recurso extraordinario por infracción procesal conforme a la Disposición Transitoria Decimosexta es claro que no puede hacerse uso de este recurso; lo que si bien se mira podría no ser una desventaja.

El único motivo del recurso es la contradicción entre sentencias de los Tribunales Superiores, esto es, sólo cabe cuando éstas sostengan criterios discrepantes sobre la interpretación de normas procesales. Y su flanco débil es la legitimación: sólo están legitimados para interponerlo el Ministerio Fiscal, el defensor del pueblo y las personas jurídicas de derecho público *"que, por las actividades que desarrollen y las funciones que tengan atribuidas en relación con las cuestiones procesales sobre las que verse el recurso, acrediten interés legítimo en la unidad jurisprudencial sobre estas cuestiones"*. No deja de sorprender que se legitime para interponer el recurso al Ministerio Fiscal, a quien previamente se ha dejado fuera de la substanciación del recurso extraordinario por infracción procesal; más aún, que se otorgue legitimación al defensor del Pueblo, atribuyéndole un nuevo cometido muy alejado de sus competencias normales y que es dudoso ejercite alguna vez; y más aún, en fin, esa atribución genérica de legitimación a personas jurídicas de derecho público que, además, han de tener interés legítimo en la unidad jurisprudencial; sin duda se está pensando en colegios profesionales o en la misma universidad, pero es francamente difícil que unos y otros lleguen a hacer uso de este recurso.

La sentencia, como es propio de este tipo de recursos, no afecta en ningún caso a las situaciones jurídicas definidas en las sentencias que son su base, sino que se limita a proclamar en su fallo la doctrina jurisprudencial; pero tiene unos efectos inusuales en nuestro derecho hasta la fecha y sólo propios de las sentencias del Tribunal Constitucional

(art. 5 LOPJ): a partir de su publicación en el BOE, su doctrina complementa el ordenamiento jurídico y vincula a todos los jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil. Lo primero es una innovación en el sistema de fuentes del derecho español, pues hasta ahora la jurisprudencia sólo era fuente del derecho cuando emanaba del Tribunal Supremo y era doctrina reiterada (art. 1, 6 C. Civil); lo segundo es la consagración de una vinculación directa de todos los tribunales al criterio del Tribunal Supremo en esta materia procesal, lo que sin duda excede del mero "complemento" del ordenamiento jurídico.

EL RECURSO DE CASACION

Por lo dicho se comprende que el recurso de casación queda reducido en el diseño legal al control de la aplicación del derecho material; o, como expresa la Ley, "*habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso*". (art. 477.1). En realidad, es el motivo 4º del artículo 1.692 de la Ley de 1881, en la que se denominaba "*por infracción de ley*".

La infracción impugnada a través del recurso de casación no es sólo la de la Ley, sino la de cualquier norma aplicable para resolver el fondo del asunto; y dentro del concepto de "*normas aplicables*" deben entenderse incluidas todas las establecidas en el sistema de fuentes del artículo 1 del C. Civil: la Ley, la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho. Ninguna novedad cabe reseñar sobre la casación actual, como no sea la expresa supresión de la referencia a la "jurisprudencia" infringida, lo que sin embargo queda salvado con esa interpretación amplia de la expresión "normas aplicables".

Son muchas las novedades de este nuevo recurso de casación, como la exclusión del Ministerio Fiscal, salvo que deba intervenir por ser parte en el proceso por razón de la materia; la desaparición del depósito para recurrir; y la desaparición también el actual recurso de casación directo (art. 1.688 VLEC), de muy escasa utilización. Se mantiene, eso sí, la exclusión del ámbito casacional de todo lo fáctico, de toda revisión y control de la valoración de las pruebas, siguiendo así la línea iniciada en la reforma procesal de 1984 y completada en la Ley 10/1992 de 30 de abril de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, que acabó con el "error de hecho".

Su fundamento sigue siendo tanto la defensa del "*ius constitutionis*" o del derecho objetivo como del "*ius litigatoris*" o derechos del litigante, pero se refuerza extraordinariamente lo primero en su modalidad de defensa de la uniformidad de la jurisprudencia, lo que en definitiva no es, como indica González-Cuéllar Serrano⁹, sino la defensa del derecho fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 14 de la CE. Tan es así que al regular el acceso al recurso, además de los criterios ya ante-

riormente utilizados de la materia (sentencias dictadas para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución, y la cuantía (sentencias dictadas en procesos de cuantía superior a 25 millones de pesetas), se utiliza un tercero que se denomina "interés casacional" y que no es otra cosa que el interés en la unificación de la doctrina, pues así se deduce de los supuestos que comprende: a) cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo; b) cuando la sentencia recurrida resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista "jurisprudencia" contradictoria de las Audiencias Provinciales; c) cuando la sentencia recurrida aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que no exista doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido, y d) cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior que haya de conocer del recurso o no exista dicha doctrina sobre normas de derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente. Y en este punto ha de reconocerse que la Ley ha sido generosa, porque por esta vía puede tener acceso a la casación cualquier asunto, por ínfima que sea su cuantía, con tal que la sentencia de la Audiencia contradiga otra de cualquier otra; lo que, obviamente y dado el volumen de trabajo que despachan hoy día las Audiencias Provinciales, lejos del sosiego y reposo que serían precisos, se produce con harta frecuencia. Eso sí: la ley ha elevado a la categoría de "jurisprudencia" lo que hasta ahora no lo era, el criterio de las Audiencias Provinciales y los Tribunales Superiores de Justicia, dando así una nueva dimensión al término empleado en el título preliminar del Código Civil.

EL RECURSO DE QUEJA

Este recurso se mantiene también en términos iguales al actual, concibiéndolo como accesorio de otros recursos —apelación, extraordinario por infracción procesal y de casación—, y cuyo objeto es simplemente someter a la decisión del órgano superior la decisión de inadmisión del inferior. Son recurribles en queja, en consecuencia, los autos dictados por los Juzgados de Paz y de Primera Instancia inadmitiendo "la tramitación", dice la Ley, de aquellos recursos. En realidad, se está refiriendo a los autos que deniegan la preparación de los recursos (arts. 457, 4, 470, 3, 480). El recurso debe prepararse pidiendo la reposición del auto que rechaza la preparación de la apelación, casación o de infracción procesal, aunque en la regulación concreta de cada uno de estos recursos se considere directamente la queja. Tal petición es en realidad un recurso de reposición, a interponer en plazo de cinco días, con la peculiaridad de que, además, la parte debe solicitar al interponerlo que en caso de ser desestimado se le entregue testimonio "de ambas resoluciones". Entender así la petición de reposición es importante porque este recurso previo es la única ocasión en que la parte recurrida puede expresar su opinión sobre la admisibilidad del re-

⁹ González-Cuéllar Serrano, Nicolás, en *Los Recursos en el Proceso Civil*. Dirigida por Vicente Gimeno Sendra. Tirant lo Blanch. Valencia, 1995. Pag 400.

curso rechazado. La única novedad relevante y afortunada es la supresión del informe que en la Ley de 1881 el Tribunal superior pedía al inferior, que siempre fue de muy escasa utilidad.

Quizás la práctica evidencie lo equivocado de las anteriores críticas; es siempre el riesgo de opinar sobre lo que no es sino un mero texto aun no contrastado con la realidad. Quizás la ejecución provisional de las sentencias de primera instancia frene razonablemente la interposición de recursos de

apelación y compense los efectos de su universalidad. Quizás la nueva Ley contribuya a que el Tribunal Supremo pueda cumplir su función satisfactoriamente, aunque haya sido a costa de su mutilación. Puede ser que así las salas de lo civil de los tribunales superiores tengan utilidad incluso en las comunidades autónomas sin derecho foral, aunque haya sido a costa de propiciar una seria dispersión en la interpretación de las normas procesales. El tiempo lo dirá.

EDITORIAL TROTTA

Tel. 34-91-593 90 40
E-mail: trotta@intomnet.es
<http://www.trotta.es>

Premio Nacional a la
Mejor Labor Editorial 1999

PEDRO PLASENCIA

*La fiesta de los toros.
Historia, régimen jurídico y textos legales*

IGNACIO PÉREZ-SOBA

Cooperación para el desarrollo. Legislación y directrices

ESTHER HAVA

Protección jurídica de la fauna y flora en España

JOSÉ RUBIO CARRACEDO, JOSÉ MARÍA ROSALES
Y MANUEL TOSCANO MÉNDEZ

Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos

JUAN RAMÓN CAPELLA

Elementos de análisis jurídico

JUAN IGARTUA SALAVERRÍA

El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares

JUAN J. BUSTOS Y HERNÁN HORMAZÁBAL

Lecciones de derecho penal (vol. 2)

JOSÉ LUIS SERRANO

*Validez y vigencia. La aportación garantista
a la teoría de la norma jurídica*

JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO

*Dignidad frente a barbarie: La Declaración Universal
de Derechos Humanos, cincuenta años después*

ENRIC FOSSAS Y FERRAN REQUEJO (eds.)

*Asimetría federal y estado plurinacional. El debate sobre la
acomodación de la diversidad en Canadá, Bélgica y España*

LUIGI FERRAJOLI

*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal (4.ª edición)
Derechos y garantías. La ley del más débil*

JOSÉ LUIS MONEREO

Fundamentos doctrinales del derecho social en España

JAVIER JIMÉNEZ CAMPO

Derechos fundamentales. Concepto y garantías