

# Los recursos extraordinarios de casación e infracción procesal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil

Javier VECINA CIFUENTES

## 1. EL SISTEMA DE RECURSOS EXTRAORDINARIOS EN LA LEC: REGIMEN PROYECTADO Y REGIMEN VIGENTE

Se establece en los artículos 468 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en lo sucesivo, LEC) un sistema de recursos extraordinarios que, sin embargo, y por los avatares propios del juego parlamentario, no ha podido entrar en vigor. Para entender lo sucedido debe tenerse en cuenta el condicionante legal con el que se encuentra en esta materia el legislador del año 2000.

Los redactores de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (en adelante, LOPJ), previendo la posibilidad de que la legislación procesal estableciera o pudiera establecer en el futuro nuevos recursos extraordinarios distintos a los tradicionales de casación y revisión, decidieron encomendar la resolución de los mismos a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, haciendo expresa mención a ello en el 56.1º de la referida Ley Orgánica a cuyo tenor dicho Alto Tribunal conocerá "*De los recursos de casación, revisión y otros extraordinarios en materia civil que establezca la Ley*". Quince años más tarde, sin embargo, la voluntad política en materia de recursos era otra muy distinta. El Gobierno pretendía introducir junto a la casación civil un recurso extraordinario que, al menos en su denominación (*recurso extraordinario por infracción procesal*), resultaba extraño a nuestra tradición procesal y atribuir su conocimiento a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, en vez de a la Sala Primera del Tribunal Supremo. Pero para hacer efectiva tal voluntad política se debía salvar, con carácter previo, el escollo que suponía la previsión normativa efectuada en 1985; era preciso, pues, modificar la LOPJ e introducir en ella la correspondiente norma atributiva de competencia funcional en favor de los Tribunales Superiores de Justicia, y a tal fin, fundamentalmente, fue presentado en el Parlamento el Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOPJ. Dicho Proyecto acompañó al de la nueva LEC, pero corrió una suerte parlamentaria distinta ya que la falta de consenso entre los distintos grupos parlamentarios hizo imposible obtener la mayoría cualificada necesaria y la reforma de la LOPJ no fue finalmente aprobada.

A fin de salvar esta la complicada situación se introdujo *in extremis*, ya en las postrimerías de la tramitación parlamentaria del Proyecto de LEC, un régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios, que es el actualmente vigente, y que, afortunadamente, tal y como veremos después, difiere sustancialmente del proyectado inicialmente. Esta es la causa que explica

el hecho de que la nueva LEC tenga en cuenta un doble sistema de recursos extraordinarios: el nonato, previsto en los artículos 466 y siguientes de la LEC para cuando se lleve a efecto la anunciada reforma de la LOPJ, y el provisional, pero vigente mientras dicha reforma no acontezca, regulado en la Disposición final decimosexta de la LEC.

Acabamos de anticipar que entre uno y otro régimen hay diferencias sustanciales. Pero para entender mejor en qué consisten y poder elaborar un juicio crítico al respecto, resulta conveniente efectuar con carácter previo algunas consideraciones de carácter general a fin de determinar las necesidades que los recursos están llamados a satisfacer en nuestro Estado Constitucional de Derecho, o dicho de otra forma aquello que los recursos *deben ser*, cosa distinta será comprobar después si y en qué medida el *ser*, esto es el sistema—proyectado y vigente—de recursos extraordinarios, se adecua al *deber ser*.

## 2. EL SISTEMA DE RECURSOS PROPIOS DE NUESTRO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

### A) La necesidad de ordenar el sistema de recursos desde la óptica constitucional

Lo primero que se echa en falta en el ordenamiento procesal español es un sistema uniformado de recursos que, con algunos pequeños matices, pudiera servir lo mismo al proceso civil, que al penal, al administrativo o al laboral. Pese a ser ésta una de las materias propicias a la armonización procesal<sup>1</sup>, lo cierto es que cada orden jurisdiccional ha contado tradicionalmente con un régimen de recursos diferenciado; incluso dentro de un mismo ámbito procesal es posible encontrar regímenes dispares, lo que se traduce y da lugar con frecuencia a un trato diverso del justiciable, la mayoría de las veces injustificado.

Para darse cuenta de ello basta ver cómo hoy día conviven apaciblemente en nuestro ordenamiento procesal, sin que prácticamente nadie critique esta lamentable situación<sup>2</sup>, procesos de única instancia

<sup>1</sup> Tal y como señalara hace varias décadas Fairen Guillén, *Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del derecho procesal*, en "Estudios de Derecho Procesal", Madrid, 1955, págs. 327 y 328.

<sup>2</sup> Una de las pocas voces doctrinales que ha podido escucharse en contra de esta caótica regulación es la de Cortés Domínguez, quien desde hace años viene criticando duramente el sistema de recursos diseñado por el legislador para el proceso penal (*Derecho Procesal penal*, 3ª edic., Madrid, 1999, págs. 704 y 705 —con V. Moreno y V. Gimeno—).

donde no es posible recurrir la sentencia que pone fin a los mismos (v.gr. proceso contencioso-administrativo cuya cuantía no exceda de 3 millones de pesetas), con procesos de doble instancia donde además es posible interponer después de la apelación un recurso extraordinario de casación (v.gr. proceso penal ante el Tribunal del Jurado). Junto a ambos extremos, y sin que tampoco ello cause demasiada extrañeza, existe el término medio, esto es, procesos de doble instancia exclusivamente, donde la casación está excluida (v.gr. proceso penal abreviado por delitos menos graves), y procesos de única instancia más un posterior recurso de casación (proceso penal por delitos graves o algunos procesos contencioso-administrativos sustanciados en única instancia ante la Audiencia Nacional o los Tribunales Superiores de Justicia).

Pero, a pesar de tal diversidad, lo que hasta ahora no existía en nuestro Derecho procesal era un sistema similar al proyectado inicialmente en la nueva LEC que, afortunadamente, aún no ha cobrado vigencia: un proceso civil de doble instancia con una posterior opción excluyente a cargo del recurrente, que habrá de elegir entre interponer recurso de casación por infracción de ley ante la Sala de lo Civil del TS o interponer recurso extraordinario por infracción procesal ante la Sala de lo Civil y Penal de los TTSSJJ (recurso éste que, aun cuando nuevo en su denominación, viene a ser en realidad el equivalente al antiguo recurso de casación por quebrantamiento de forma<sup>3</sup>). La elección, además, resulta inevitable, ante la imposibilidad de acumular simultánea o sucesivamente los dos recursos, y la opción por uno de ellos comporta automáticamente, *ope legis*, la preclusión y pérdida del otro (arts. 466.2 y 476.4 LEC). Todo un drama.

Aparte de algunas razones más o menos dogmáticas, no siempre bien entendidas, como las fundamentadas por ejemplo en el principio de inmediación judicial en el proceso penal, han sido sobre todo razones prácticas las que han conducido después de múltiples reformas legislativas a un régimen de recursos tan deslavazado y dispar como el que existe en cada uno de los órdenes jurisdiccionales, esencialmente la necesidad de evitar el mal endémico que aqueja desde siempre a las de las respectivas Salas del Tribunal Supremo cual es su sobrecarga de trabajo<sup>4</sup>. Pero a pesar de que el objetivo de las reformas siempre ha estado claro, los medios empleados casi nunca han sido satisfacto-

rios, quizás porque nunca se ha intentado con seriedad ordenar los recursos en función de los fines que éstos están llamados a cumplir en nuestro Estado Constitucional de Derecho.

En descargo del legislador quizás pueda alegarse que aún hoy no están bien asentadas las bases para que pueda efectuarse esa labor de ordenación de los medios de impugnación desde la óptica constitucional. Piénsese que a pesar de algunas advertencias y construcciones científicas al respecto<sup>5</sup>, el Tribunal Constitucional continúa apegado a su tradicional jurisprudencia sobre el particular, la cual, de ser asumida de forma acrítica, llevaría a concluir que, salvo en materia penal, no existe exigencia constitucional alguna en cuanto a la creación de recursos, siendo perfectamente viable y compatible con la Constitución la ausencia generalizada de medios de impugnación en todos los órdenes jurisdiccionales excepto en el penal (STC 3/1983, de 25 de enero, y las que le siguen).

No parece haya que detenerse demasiado en explicar el desasosiego que semejante jurisprudencia produce en quien desea acometer una reconstrucción constitucional del sistema de recursos. Ahora bien, aun cuando somos conscientes de lo firmemente asentada que en la actualidad se encuentra la doctrina constitucional expuesta, no la compartimos. No es éste el lugar idóneo para profundizar sobre el tema pero en nuestra opinión<sup>6</sup> parece evidente que desde los postulados propios del Estado Constitucional de Derecho, y teniendo en cuenta las prescripciones que derivan de nuestra Constitución, aparece como necesaria la regulación de un sistema de recursos tendente a asegurar eficazmente, en su conjunto, al menos los cuatro valores o funciones siguientes: el control de legalidad ordinaria de las resoluciones judiciales, propio de todo Estado de Derecho (art. 9.1 y 3 y 117.1 CE), la segunda instancia en el proceso penal, como garantía de justicia para el condenado (art. 14.5 PIDCP, en relación con el art. 10.2 CE); la uniformidad jurisprudencial, como garantía del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley y de los valores de certeza y seguridad jurídicas (arts. 14 y 9.3 CE); y en cuarto lugar, la tutela de los derechos fundamentales frente a lesiones provenientes del Poder Judicial, como exigencia implícita en la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo constitucional (art. 53.3).

<sup>3</sup> Que bajo la denominación inicial de "recurso de amparo judicial", dada por el Borrador de LEC, y la posterior de "recurso extraordinario por infracción procesal", recogida en el Anteproyecto, se encierra, en realidad, un recurso de casación por quebrantamiento de forma, lo ha puesto de manifiesto Gimeno Sendra, *El recurso extraordinario por infracción procesal*, recogido en la obra colectiva "El proceso civil y su reforma", Madrid, 1998, pág. 415.

<sup>4</sup> Baste recordar por ejemplo, aunque sea con referencia al proceso penal, las razones dadas por el legislador en 1988 para excluir de la casación penal las sentencias de apelación dictadas por las Audiencias Provinciales: "atendida la acumulación de asuntos que se registra en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo... se considera procedente mantener la limitación del recurso de casación a las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en única instancia, lo que supondrá una importante disminución del número de sentencias susceptibles de ser recurridas en casación" (Exposición de Motivos de la LO 7/1988, de 28 de diciembre).

<sup>5</sup> Por ejemplo, las de Gimeno Sendra, *La casación y el derecho a los recursos (notas para una nueva ordenación del sistema penal de recursos)*, en "Justicia", núm. 3/1988, págs. 547 y ss. También las de J. Cruz Villalón, *Constitución y proceso de trabajo*, en "REDT", núm. 38/1989, págs. 228 y ss., o, por poner un último ejemplo, las de González-Cuellar Serrano, *Apelación y casación en el proceso civil*, Madrid, 1994, págs. 159 y ss. (con J. Garber).

<sup>6</sup> Seguimos de cerca, con los matices lógicos que derivan de nuestras propias exigencias constitucionales, la tesis de Ferrajoli, *I valori del doppio grado e della nomofilachia*, en la obra colectiva *Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni*, en "Democrazia e diritto", núm. 20, suplemento al núm.1 de 1992, págs. 31 y ss.

## B) Control de legalidad, justicia, uniformidad jurisprudencial y tutela de los derechos fundamentales

Las que se mencionan en la rúbrica son, pues, las cuatro principales exigencias de nuestra Constitución en materia de recurso, de las que derivan, correlativamente, cuatro obligaciones que se dirigen fundamentalmente al legislador. Si dejamos a un lado la segunda instancia, por venir impuesta únicamente para el proceso penal y exceder por tanto del objetivo de estos comentarios a la LEC, la satisfacción del resto de obligaciones constitucionales ha de llevar al legislador a establecer un sistema de recursos dirigido al menos a facilitar los tres cometidos siguientes: en primer término, un control de la legalidad de las resoluciones judiciales, tanto en lo relativo a la cuestión de fondo como en lo concerniente a las normas esenciales que disciplinan el proceso; en segundo lugar, la formación de una doctrina jurisprudencial que garantice la unidad del derecho material y procesal a nivel interpretativo; y, por último, en tanto en cuanto no se desarrolle el artículo 53.2 CE, un sistema de recursos que facilite la tutela de los derechos fundamentales frente a lesiones causadas por los órganos judiciales. Si el legislador no establece un sistema tal de recursos —omisión absoluta— o dispone uno que no satisface todas las funciones constitucionales expuestas —omisión relativa—, estará incumpliendo su obligación constitucional y generando con ello una inconstitucionalidad legislativa por omisión.

Ahora bien, la atribución de las tres funciones mencionadas debería hacerse lo más racional y económico posible; el sistema de recursos ha de ser optimizado al máximo y para ello resulta imprescindible atribuir adecuadamente los esfuerzos en la satisfacción de cada una de ellas entre los diferentes órganos y medios de impugnación, evitando hacer recaer en un solo tribunal la tarea de satisfacer aquellos tres cometidos, pues la acumulación de trabajo que se le ocasionaría sería tal que a la postre ninguno de ellos se vería debidamente realizado.

Esta anómala situación es la que ha venido sucedido tradicionalmente en el ámbito civil, donde un único órgano judicial —la Sala Primera del Tribunal Supremo— debía velar a través de un único recurso —el de casación— por garantizar en el proceso civil aquellas tres funciones: control de legalidad, uniformidad jurisprudencial y, en los últimos años, amparo ordinario. La avalancha de recursos que esta situación produjo trató de paliarse normalmente limitando no ya los fines a que debe servir la casación, que es lo que se debiera haber hecho<sup>7</sup>, sino el número de resoluciones susceptibles de ser recurridas en casación, bien por razón de la materia o del proceso en que recayeron, bien por razón de la cuantía mediante el establecimiento de una *summa gravaminis* cada vez más elevada. Basta recordar las dos últimas reformas de la casación civil, efectuadas en 1984 y 1992, para darse cuenta de que la técnica reformadora no ha pasado por una reorde-

nación de los fines casacionales ni de los fines que, en general, deben de cumplir los recursos en un Estado Constitucional de Derecho como el nuestro.

No parece que el número de recursos de casación que se haya podido evitar con dicha técnica procesal haya sido demasiado elevado, pues en poco se diferencia la situación actual de la Sala 1ª del TS de la de hace ocho años. Pero lo que sí es seguro es que la reducción del volumen de trabajo se ha producido siempre a costa de menoscabar seriamente la finalidad uniformadora, existiendo un número cada vez mayor de materias civiles y mercantiles ajenas a la casación, donde la no intervención del Tribunal Supremo permitía en teoría la coexistencia simultánea de tantas líneas jurisprudenciales sobre el significado de una misma norma jurídica como Audiencias Provinciales y, dentro de ellas, tantos puntos de vista como Secciones, y así ha sucedido en cierta medida en la práctica con la consiguiente pérdida de la igualdad, seguridad y certidumbre jurídicas.

Esta perturbadora situación se daba en el ámbito civil, pero también en el resto de órdenes jurisdiccionales. Consciente de ello, el legislador estableció junto a la tradicional casación ordinaria —en el año 1990 en el proceso laboral y en el año 1992 en el proceso administrativo— un recurso de casación para la unificación de doctrina con el que se intentó, básicamente, posibilitar la uniformidad jurisprudencial allá donde la casación ordinaria no llegaba. Se trata, en definitiva, de un recurso por infracción de ley, material o procesal, que viene avalado por una o varias Sentencias que, frente a la doctrina de la resolución impugnada, establecen un criterio contrario y acertado a juicio del recurrente. En los órdenes jurisdiccionales donde rige este recurso (contencioso-administrativo y social) se ha mejorado sustancialmente la finalidad uniformadora del Tribunal Supremo pero al permanecer intacto el recurso de casación ordinario, cuyo conocimiento viene atribuido también a dicho órgano judicial, en realidad no se evita su sobrecarga de trabajo.

El paso siguiente en la evolución legislativa, capaz quizás de descargar de trabajo al Tribunal Supremo y de solucionar pues lo que hasta ahora no ha sido sino un problema similar a la cuadratura del círculo, debe ser que el recurso de casación para unificación de doctrina —u otro similar— sustituya al tradicional recurso de casación.

La uniformidad jurisprudencial debe ser plena; ninguna rémora u obstáculo procesal puede oponerse a tal finalidad. Para ello será imprescindible, con referencia al proceso civil, que tengan acceso a la casación todas las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales al conocer del recurso de apelación. Pero para evitar la paralización de la Sala Primera del Tribunal Supremo que ello produciría, el recurso de casación debería encaminarse únicamente hacia la salvaguarda de la finalidad que le es propia: la uniformidad jurisprudencial, abandonando aquellos otros fines que no sean connaturales a un órgano situado en la cúspide del organigrama judicial con jurisdicción en toda España. El recurso de casación tradicional debería en este sentido desembarazarse de su función no-

<sup>7</sup> Vid. González-Cuéllar Serrano, *Apelación y casación...*, op. cit., págs. 182 a 184

mofiláctica, de control de la legalidad de las resoluciones judiciales, en todos aquellos casos en que la infracción de ley no provoque una discordancia jurisprudencial a la que haya que poner fin. Sólo cuando la infracción de ley cause un contraste jurisprudencial con otras resoluciones del Tribunal Supremo o Audiencias Provinciales existirá una violación del principio de igualdad en la aplicación de la ley merecedora de ser corregida por el Tribunal Supremo. Ello supondría reducir a uno los motivos de casación: infracción de ley, material o procesal, causante de discriminación por existir jurisprudencia contradictoria; o si se prefiere, pues en realidad es pura cuestión semántica, reducir a uno el tipo de resoluciones recurribles en casación, concretamente aquéllas que, a juicio del recurrente, infrinjan la ley tal y como ésta ha sido interpretada y, en su caso, aplicada por el Tribunal Supremo u otras Audiencias Provinciales.

No obstante, a fin de garantizar el principio de subsidiariedad del recurso de amparo constitucional (art. 53.2 CE), debiera añadirse como segundo motivo de casación la lesión de derechos fundamentales susceptibles de amparo. Y quizás, por último, también debería añadirse un tercer motivo de casación para depurar los vicios de nulidad de pleno derecho del proceso, pues, en otro caso, si no pueden acceder a la casación lo harán directamente al Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo.

Esta reforma, propuesta desde la doctrina<sup>8</sup> en forma similar a la aquí expuesta e intuita en cierto modo por el legislador del año 2000, no ha sido sin embargo seguida por éste de una forma plena y coherente, y es precisamente esta falta de coherencia entre la finalidad que se pretende y el medio para conseguirlo la que lleva a un resultado totalmente insatisfactorio desde las perspectiva constitucional que se acaba de analizar. Veámoslo.

## 2. LUCES Y SOMBRAS DEL SISTEMA DE RECURSOS EXTRAORDINARIOS PROYECTADO INICIALMENTE (ARTS. 468 Y SS. LEC)

Se analizarán en este apartado las grandes líneas del régimen de recursos extraordinarios previsto en los artículos 466 y siguientes de la LEC, en el bien entendido de que el mismo no es todavía derecho vigente.

El resultado final que dicho régimen arroja dista de ser satisfactorio, pero se ha de reconocer que el mismo denota al menos la preocupación del legislador por ordenar el sistema civil de recursos de acuerdo a las exigencias constitucionales que han sido expuestas con anterioridad. Incluso se ha llegado a intuir el camino adecuado para conseguirlo, introduciendo respecto a la tradicional regulación de la casación algunas atinadas modificaciones.

### A) Luces del sistema de recursos extraordinarios aún no vigente

Constituye un primer acierto del legislador haber generalizado el recurso de casación, permitiendo, en el supuesto de existir una divergencia jurisprudencial (art. 477.2.3º LEC), que dicho recurso pueda dirigirse contra todas las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales sin limitación alguna por razón de la materia, cuantía o procedimiento, pues con ello se facilita la creación de doctrina legal en todos los ámbitos del Derecho privado al tiempo que se favorece una mayor igualdad en la aplicación del derecho civil y mercantil.

También resulta acertada, en segundo lugar, la decisión legislativa, opuesta sin embargo a nuestra tradición, de convertir la alegación de infracción de ley por parte del recurrente en un requisito necesario pero no suficiente por sí sólo para abrir el recurso de casación, y exigir, además de la mera alegación, la acreditación o justificación —documental— de que la infracción legal que se imputa a la sentencia impugnada ha generado un contraste jurisprudencial, bien por oponerse a la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo, bien por hacer lo propio respecto a la jurisprudencia emanada sobre el particular por otra u otras Audiencias Provinciales (art. 477.3, en relación con el 479.4, ambos de la LEC).

En tercer lugar, el legislador es consciente de que la subsidiariedad que caracteriza al recurso de amparo constitucional debe incidir sobre la casación civil, haciendo de ésta un recurso de agotamiento previo a la interposición de aquél ante el Tribunal Constitucional. Y por esta razón, en cumplimiento del artículo 53.2 CE, establece —si bien que con una técnica legislativa bastante defectuosa— como “motivo” de casación la lesión de derechos fundamentales susceptibles amparo constitucional (art. 477.2.1º LEC).

En principio, pues, el sistema de recursos proyectado inicialmente parece responder a las exigencias propias del Estado Constitucional de Derecho a que se hizo referencia con anterioridad. Sin embargo, esta primera impresión se desvanece cuando se observa, de un lado, que por infracción de ley *en casación* se entiende exclusivamente infracción de ley material (art. 477.1, en relación al 469.1), y de otro, que la tutela de los derechos fundamentales se limita *en sede casacional* a aquellos de índole material, todo lo cual implica dejar fuera del recurso de casación tanto la infracción de ley procesal como la vulneración de los derechos fundamentales de índole procesal reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, con las perniciosas consecuencias que, como seguidamente se dirá, ello acarrea.

### B) Sombras del sistema de recursos extraordinarios aún no vigente

Esta doble exclusión (ley procesal-derechos fundamentales del artículo 24 CE) del ámbito del recurso de casación civil produce automáticamente tres consecuencias cuya interrelación resulta a todas luces negativa:

<sup>8</sup> González-Cuéllar Serrano, *Apelación y casación* .., op. cit., págs. 182-197.

1ª) Obliga al legislador a establecer un recurso distinto a la casación, en el que se puedan hacer valer las infracciones de la legalidad procesal, ya sea de la legalidad ordinaria, ya sea de la legalidad constitucional. Es decir, fuerza a crear un recurso que sirva para denunciar los quebrantamientos de forma y la vulneración de los derechos fundamentales de naturaleza procesal. Recurso éste que no es otro que el denominado, novedosamente, recurso extraordinario por infracción procesal (arts. 468 y ss. LEC).

2ª) La limitación de la casación civil, competencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, a los solos errores *in iudicando*, y la atribución de la competencia funcional para conocer de los errores *in procedendo* a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 468), a través del recurso extraordinario por infracción procesal, impide que sobre la materia procesal se forme una doctrina jurisprudencial uniforme en todo el territorio nacional, pues teóricamente al menos será posible que exista sobre una misma cuestión procesal tantas interpretaciones jurídicas diversas como Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia haya en nuestro país (al menos una por Comunidad Autónoma). La falta de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley que ello genera es aun mayor si se tiene en cuenta que la principal herramienta de trabajo de los jueces y magistrados civiles —la LEC— es completamente nueva y que, en consecuencia, las interpretaciones antitéticas sobre la misma serán, a buen seguro, bastantes numerosas.

Para salir al paso de esta crítica el legislador introdujo en la LEC un recurso en interés de la ley contra las sentencias resolutorias de recursos extraordinarios por infracción de ley procesal, atribuyendo su conocimiento a la Sala Primera del Tribunal Supremo (arts. 490-493 LEC). Pero tiene razón GIMENO SENDRA<sup>9</sup> cuando señala que la experiencia que existe respecto de este tipo de recursos en interés de la ley permite afirmar que su utilización por los legitimados: Ministerio Fiscal, Defensor del Pueblo y algunas Corporaciones de Derecho Público será en la práctica muy escasa. A ello contribuirán diversos factores (el desconocimiento de la existencia de contraste jurisprudencial, el transcurso del plazo de interposición, la falta del interés suficiente, etc.), pero quizás el hecho de no afectar el recurso a las situaciones jurídicas particulares creadas por la sentencia recurrida sea el principal (art. 493 LEC), pues ni tan siquiera la parte que resultó vencida en dicho proceso se tomará la molestia de poner su caso en conocimiento de los legitimados. Por lo demás, la falta de anulación de la sentencia recurrida incluso en el supuesto de estimación del recurso hará que la jurisprudencia del Tribunal Supremo emanada con ocasión de los recursos en interés de la ley permanezca, respecto de la establecida por los Tribunales Superiores de Justicia, a un mero nivel admonitivo, logrando imponerse únicamente si consigue que tales órganos judi-

ciales se persuadan de la bondad de la doctrina jurisprudencial elaborada por el Alto Tribunal.

3ª) Al establecer dos recursos contra las mismas resoluciones judiciales —las sentencias de apelación de las Audiencias Provinciales—, la necesidad de no prolongar indefinidamente el proceso civil ha llevado al legislador a establecer una relación de exclusión entre ambos recursos.

El recurrente se encuentra ante la inevitable tesitura de optar por uno u otro recurso, pues la preparación simultánea de la casación y de la infracción procesal produce *ex lege* la consecuencia jurídica de tener por inadmitido el recurso de casación (art. 466.2 LEC). Ni siquiera se permite el empleo sucesivo en el tiempo de ambos recursos, el artículo 476.4 LEC lo impide expresamente.

Optar por el recurso extraordinario por infracción procesal acarrea perder el pleito si dicha infracción no es estimada, aun cuando exista un error manifiesto de aplicación del derecho en la resolución del fondo del asunto. Y todo ello, sin una justificación razonable.

Por su parte, optar por el recurso de casación implica permitir la convalidación de todos los vicios procesales que pudieran existir en el proceso, incluida la de aquellos que consisten en la lesión de derechos fundamentales de índole procesal (art. 24 CE). Efectivamente, siendo el recurso extraordinario por infracción procesal —y no la casación— el remedio útil para restablecer tales derechos fundamentales, su no interposición motivada por el hecho de haber optado el recurrente por la casación impedirá a éste acudir después al recurso de amparo constitucional ante la ausencia del requisito esencial exigido por el artículo 44.1.a) LOTC consistente en el de agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial.

No parece que privar al recurrente del recurso de amparo constitucional en defensa de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE, por haber optado previamente por la casación, sea una medida proporcionada, ni tampoco parece que dicha privación sea respetuosa con la posición y ámbito competencial del Tribunal Constitucional, pues éste dejará de ser en tales casos, por la sola voluntad del legislador ordinario, el órgano jurisdiccional superior en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE). Del mismo modo, es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que el derecho a los recursos se infringe cuando se impide el acceso por causa no razonable o arbitraria o con obstáculos indebidos, excesivos o innecesarios, todo lo cual sirve para poner en tela de juicio la constitucionalidad de esta anómala regulación legislativa.

### C) Conclusión

De todo lo expuesto se infiere que el legislador del año 2000 intuye la dirección correcta pero que, sin embargo, no acierta a seguirla cuando regula el sistema de recursos extraordinarios en los artículos 466 y siguientes de la LEC. Una correcta ordenación de los recursos desde la óptica constitucional hubiera

<sup>9</sup> *El recurso extraordinario...*, op. cit., pág. 418.

exigido abrir también la casación a las infracciones procesales causantes de contraste jurisprudencial y a las lesiones de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE, todo ello al objeto de facilitar asimismo la uniformidad del derecho procesal y de asegurar la subsidiariedad del recurso de amparo constitucional sin necesidad de crear un “nuevo” recurso que lo único que genera, como se ha visto, son problemas en su relación con la casación.

#### 4. EL SISTEMA PROVISIONAL DE RECURSOS EXTRAORDINARIOS (DISPOSICIÓN ADICIONAL SEXTA DE LA LEC)

Como consecuencia de la falta de aprobación del Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOPJ se introdujo en la LEC (Disposición adicional decimosexta) un régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios que está llamado a regir hasta tanto no se confiera a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para del recurso extraordinario por infracción procesal. Pero, además, y esto es importante no olvidarlo, la referida falta de aprobación del Proyecto de reforma de la LOPJ ha permitido que continúen en vigor varios preceptos cuya reforma también se postulaba; concretamente, por lo que aquí interesa, el artículo 5.4 LOPJ, que permite fundamentar el recurso de casación en la infracción de precepto constitucional, y los artículos 238 y siguientes del mismo texto legal, que regulan la nulidad de actuaciones en todo tipo de procesos.

Aunque resulte paradójico, la combinación de los preceptos que acaban de citarse (Disposición adicional decimosexta, art. 5.4 y arts. 238 y ss. LOPJ) logra enmendar los desatinos del sistema de recursos previsto originariamente, creando otro nuevo que resulta preferible al primero por cuanto, salvo alguna excepción, resulta plenamente respetuoso con las exigencias constitucionales en materia de recursos.

##### A) Competencia funcional

En el régimen provisional, las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia no son ya las llamadas a conocer del recurso extraordinario por infracción procesal. La competencia funcional para decidir los recursos extraordinarios por infracción procesal la ostenta en exclusiva —salvo lo que después se dirá— la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que es la única, como se dijo en su momento, a la que la actual LOPJ permite atribuir el conocimiento de recursos extraordinarios en materia civil distintos de la casación y la revisión (art. 56.1º).

Casación ordinaria e infracción procesal son, pues, competencia exclusiva de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. El conocimiento de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, como sucedía en la regulación anterior, queda reducido únicamente a la casación foral, esto es, aquella fundada, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad Autónoma

(art. 478.1.II LEC). Si bien, incomprensiblemente<sup>10</sup>, el legislador permite en la Disposición adicional decimosexta (regla 1ª) acumular al recurso de casación foral el recurso extraordinario por infracción procesal, otorgando en tales casos a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia una competencia funcional que no sólo no se halla prevista de forma explícita en la LOPJ (v. art. 73) sino que, además, resulta contraria a lo dispuesto expresamente en el 56.1º LOPJ.

##### B) Motivos y resoluciones recurribles

En el régimen provisional que establece la LEC el recurso de casación no varía su ámbito de aplicación, procediendo por los mismos motivos y contra las mismas resoluciones judiciales que en régimen inicialmente previsto. De ahí que los aciertos, ya comentados, del sistema casacional continúen siendo los mismos.

Afortunadamente, el régimen jurídico provisional sí modifica sustancialmente al recurso extraordinario por infracción procesal. El párrafo primero del apartado 1 de la Disposición final decimosexta reduce su inicial ámbito de aplicación, de tal modo que el recurso procede por los motivos del artículo 469 pero sólo contra las resoluciones judiciales que sean susceptibles de ser recurridas en casación conforme al 477 LEC. Ello significa que, a diferencia de lo que sucedía en el proyectado inicialmente, en el régimen provisional el recurso extraordinario por infracción procesal procederá en los siguientes supuestos:

1º) Cuando el recurso presente un interés casacional, al provocar la infracción procesal denunciada por el recurrente un contraste jurisprudencial respecto a la doctrina legal del Tribunal Supremo o a la jurisprudencia emanada de otras Audiencias Provinciales.

La mera infracción de ley procesal que no genere disparidad jurisprudencial está excluida, en principio, del recurso extraordinario por infracción procesal, y así parece que deba ser si se desea reservar el Tribunal Supremo básicamente para aquello que sólo él puede lograr: la unidad del derecho material y procesal a nivel interpretativo.

Pero si la infracción procesal es tal que origina una nulidad de actuaciones —lo que sucederá en la práctica totalidad de los motivos del artículo 469 LEC—, todo apunta a que podrá ser ésta denunciada en el recurso extraordinario por infracción procesal (también en el de casación)<sup>11</sup>, evitando con ello una prematura interposición de recursos de amparos que podría sobrecargar aún más de trabajo al Tribunal Constitucional. Debe tenerse en cuenta que mientras no se proceda a reformar la LOPJ a fin de acomodarla a las previsiones de los artículos 225 a 230 de la LEC, en materia de nulidad de actos judiciales continúa vigente el régimen previsto

<sup>10</sup> Da cuenta de ello Moreno Catena, *Derecho Procesal Civil. Parte General*, 3ª edic., Madrid, 2000, pag. 413 (con V. Cortés y V. Gimeno).

<sup>11</sup> En este sentido se pronuncia también Moreno Catena, *De-recho...*, op. cit., pág. 412.

en los artículos 238 y siguientes LOPJ. Y el apartado 1 del artículo 240 de dicho texto legal establece de forma general, sin reserva alguna, que la nulidad de pleno derecho y los defectos de forma que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión se harán valer por medio de los recursos establecidos por la ley contra la resolución de que se trate, entre los cuales habrá de entenderse incluido el recurso extraordinario por infracción procesal. Entender lo contrario, mediante una interpretación restrictiva del acceso al recurso, sería absurdo, pues, en todo caso, lo que nunca podría evitarse, por preverlo expresamente el artículo 240.2 LOPJ, es que con ocasión del conocimiento del recurso por infracción procesal la Sala Primera del Tribunal Supremo pudiera declarar, *de oficio o a instancia de parte*, previa audiencia de las partes, la nulidad de actuaciones.

En consecuencia, el recurso extraordinario por infracción procesal podrá interponerse con fundamento en la existencia de una infracción de ley procesal que cause un contraste jurisprudencial u origine una nulidad de actuaciones.

2ª) Junto a ello, la remisión global —y sin demasiada reflexión— a las resoluciones recurribles en casación que efectúa la Disposición final decimosexta de la LEC, deja abierta la posibilidad de interponer recurso extraordinario por infracción procesal contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales cuando la cuantía del asunto exceda de 25 millones de pesetas. Cabría cuestionarse la utilidad de hacer intervenir al Tribunal Supremo en tales casos, si no fuera porque la práctica totalidad de infracciones procesales que permiten, según el artículo 469.1 LEC, fundamentar el recurso constituyen, a su vez, supuestos de nulidad de actuaciones, por lo que, en todo caso, superase o no la citada cuantía, la nulidad podría hacerse valer en el proceso civil a través del recurso extraordinario por infracción procesal, tal y como acaba de señalarse en el apartado anterior.

3ª) Finalmente, la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE podrá hacerse valer en el recurso extraordinario por infracción procesal, pero no está claro si cabe hacerlo respecto de cualquier sentencia dictada por las Audiencias Provinciales en apelación o sólo respecto de algunas de ellas (aquellas que pongan fin a los procesos civiles de amparo ordinario, a los procesos de cuantía superior a 25 millones de pesetas o presenten interés casacional), pues la remisión genérica al artículo 477 crea unos problemas hermenéuticos de difícil solución. Pero como sucediera con la nulidad de actuaciones, otro precepto al que no ha podido alcanzar la derogación por falta de la mayoría parlamentaria necesaria, viene a salvar la situación. Se trata del artículo 5.4 LOPJ, a tenor del cual "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, cualquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional".

Si se pretende, pues, denunciar la vulneración de alguno de los derechos fundamentales de incidencia procesal reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, la prudencia aconseja preparar recurso de casación con fundamento en el artículo 5.4 LOPJ, en vez de arriesgarse a articular con ese mismo fundamento recurso extraordinario por infracción procesal.

## 5. CONCLUSIONES

1ª) El sistema provisional de recursos extraordinarios regulado en la Disposición adicional decimosexta de la LEC —que es el vigente en la actualidad merced a la falta de aprobación del Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la LOPJ que acompañaba a la LEC— es preferible al sistema proyectado inicialmente con carácter de definitivo en la nueva LEC, al adecuarse en mayor medida que éste a las exigencias constitucionales en materia de recursos.

2ª) En el régimen provisional de recursos extraordinarios (Disposición final decimosexta LEC), la función constitucional de uniformar la jurisprudencia y facilitar con ello la igualdad en la aplicación de la ley, tanto material como procesal, puede cumplirla por entero la Sala Primera del Tribunal Supremo al tener encomendada la decisión de ambos recursos: casación e infracción procesal. El conocimiento del recurso de casación permitirá a dicho órgano jurisdiccional lograr —siquiera sea tendencialmente— la unidad del derecho privado a nivel interpretativo a través del número 3º del artículo 477.2 LEC, que permite alegar, contra cualquier sentencia dictada por las Audiencias Provinciales en segunda instancia, la infracción de ley material que origine un contraste jurisprudencial. Por su parte, el conocimiento del recurso extraordinario por infracción procesal le permitirá lograr el mismo grado de unidad respecto al derecho procesal a través de idéntico motivo, pero fundamentado ahora en la existencia de una infracción de ley procesal causante de una divergencia jurisprudencial.

En el régimen provisional no resulta necesario, pues, servirse del recurso en interés de la ley para armonizar el derecho procesal en todo el territorio nacional, y esta es la razón por la que el apartado 2 de la disposición final decimosexta LEC deja también en suspenso dicho recurso.

3ª) En el sistema provisional de recursos extraordinarios (Disposición final decimosexta LEC), la subsidiariedad del recurso de amparo constitucional, tanto respecto a derechos fundamentales de índole civil como a los de contenido procesal (el art. 53.2 CE no distingue), alcanza de lleno al Tribunal Supremo merced a la vigencia del artículo 5.4 LOPJ y a la posibilidad que el mismo ofrece de interponer a su abrigo recurso de casación por infracción de cualquier precepto constitucional.

4ª) En el régimen provisional (Disposición final decimosexta LEC), casación e infracción procesal podrán fundamentarse también, al amparo de los apartados 1 y 2 del artículo 240 de la LOPJ, en la existencia de una causa de nulidad de actuaciones, actuando tales me-

dios de impugnación a modo de filtro y garantía del principio de subsidiariedad que informa el recurso de amparo constitucional (art. 53.2 CE).

5ª) La posibilidad existente en el régimen provisional de acumular simultáneamente los recursos extraordinarios de casación e infracción procesal (regla 3ª del apartado 1 de la Disposición final decimosexta LEC), permitirá a la Sala Primera del Tribunal Supremo satisfacer a un tiempo las tres finalidades mencionadas: uniformidad jurisprudencial, tutela de los derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional y depuración de las eventuales nulidades de actuaciones.

6ª) El único motivo que no halla una explicación directa e inmediata en la adecuación del sistema de recursos extraordinarios a las exigencias constitucionales es el previsto en el número 2º del apartado 2 del artículo 477 LEC, que permite abrir el recurso

de casación —y en el régimen provisional también el recurso por infracción procesal— cuando “la cuantía del asunto excediere de veinticinco millones de pesetas”. Aparte de la discriminación que supone respecto a litigios de cuantía inferior, no se alcanza a comprender qué relación puede tener la cuantía del proceso con la uniformidad jurisprudencial, la tutela de los derechos fundamentales o la nulidad de actuaciones, que son, tal y como ha quedado apuntado, las funciones básicas que en el proceso civil habría de cumplir el Tribunal Supremo en cuanto “órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales” (art. 123.1 CE).

Recapitulando, el *régimen provisional* —actualmente en vigor— de los recursos extraordinarios de casación e infracción procesal sería, en síntesis, el que se recoge en el siguiente esquema:

**REGIMEN PROVISIONAL**

**SALA 1ª DEL TRIBUNAL SUPREMO**

RECURSO DE CASACION	RECURSO POR INFRACCION PROCESAL
<b>MOTIVOS</b>	<b>MOTIVOS</b>
<p>1ª) <i>Vulneración de derechos fundamentales:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— Sólo de índole civil, al amparo del art. 477.2.1ª LEC</li> <li>— De cualquier índole, al amparo del artículo 5.4. LOPJ.</li> </ul> <p>2ª) <i>Infracción de ley material:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— Simple: al amparo del artículo 477.2.2ª LEC (sólo en procesos de cuantía &gt; 25.000.000 plas.)</li> <li>— Con interés casacional: al amparo del artículo 477.2.3ª LEC (en todo tipo de procesos)</li> </ul> <p>3ª) <i>Nulidad de actuaciones,</i> al amparo del artículo 240 LOPJ.</p>	<p>1ª) <i>Vulneración de derechos fundamentales previstos en el artículo 24 CE:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— Su alegación es preferible hacerla vía recurso de casación, al amparo del artículo 5.4 LOPJ.</li> </ul> <p>2ª) <i>Infracción de ley procesal:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— Simple: al amparo de la Disp. Final 16ª en relación con el artículo 477.2.2ª LEC (sólo en procesos de cuantía &gt; 25.000.000 plas.).</li> <li>— Con interés casacional, al amparo de la Disp. Final 16ª, en relación con el artículo 477.2.3ª LEC (en todo tipo de procesos)</li> </ul> <p>3ª) <i>Nulidad de actuaciones,</i> al amparo del artículo 240 LOPJ</p>