

TERCERA PARTE
EL RECURSO EXTRAORDINARIO
POR INFRACCIÓN PROCESAL

I. Antecedentes del recurso extraordinario por infracción procesal	99
1. El recurso de nulidad	99
2. El recurso de nulidad en 1838	102
3. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855	104
4. La Ley de Casación Civil de 22 de abril de 1878	107
5. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881	108
II. Naturaleza jurídica y concepto	111
1. El recurso extraordinario por infracción procesal como <i>querella nullitatis</i>	111
2. La incidencia sobre la naturaleza jurídica del recurso del apartado 4o. del artículo 469.1 LEC: el recurso extraordinario por infracción procesal como instrumento para la tutela de los derechos fundamentales	117
3. Consecuencias de la suspensión de la entrada en vigor del régimen de recursos extraordinarios de la LEC	121
4. Concepto del recurso extraordinario por infracción procesal	122
III. Finalidad del recurso extraordinario por infracción procesal: la función del recurso extraordinario por infracción procesal dentro del sistema de recursos extraordinarios diseñado por la Ley de Enjuiciamiento Civil	123
IV. Órgano competente: el papel de las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia de las Comunidades Autónomas	131
V. Resoluciones recurribles	144
VI. Motivos	153

1. Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional	153
2. Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia	155
3. Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión	157
4. Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución	159
5. La necesaria denuncia previa en la instancia de la vulneración de derechos fundamentales	160
VII. Procedimiento	161
1. Preparación	161
2. Interposición del recurso extraordinario por infracción procesal	162
3. Admisión del recurso extraordinario por infracción procesal	164
4. Sustanciación	166
VIII. Resolución del recurso y efectos de la sentencia	167
1. Efectos de la sentencia desestimatoria del recurso	167
2. Efectos de la sentencia estimatoria	167
3. Recursos frente a la sentencia	169

TERCERA PARTE

EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

I. ANTECEDENTES DEL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

El recurso extraordinario por infracción procesal es una figura estrictamente novedosa, creada e introducida en nuestro ordenamiento por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. No obstante, si se efectúa un repaso a la historia jurídica española, resulta posible encontrar ciertas instituciones que desempeñaron en el pasado las funciones que, de cara al futuro, tiene encomendadas el recurso extraordinario por infracción procesal; como veremos, todas ellas presentan como rasgo común su estrecha vinculación con el instituto de la casación.

1. *El recurso de nulidad*

Aunque se han mencionado como posibles antecedentes de la casación en España tanto el recurso de fuerza¹⁸⁰ como el de segunda suplicación, es en el recurso de nulidad de la Constitución de Cádiz de 1812 en el que la atención de la doctrina española se ha concentrado a la hora de buscar el antecedente más remoto de la casación en España.¹⁸¹ En

¹⁸⁰ El propio Alcalá-Zamora, en el prólogo de la traducción al castellano de *La casación civil*, de Calamandrei, afirma que la institución en España tiene “antecedentes propios tan curiosos como el recurso de fuerza en el modo de proceder” (*cfr.* Calamandrei, *op. cit.*, nota 142, parte 1, p. 15).

¹⁸¹ En este sentido, véase la siguiente afirmación de Manresa: “El establecimiento en España de este recurso extraordinario [la casación] tiene su origen en la Constitución política de 1812, pues aunque las leyes de Partida y recopiladas hablan de la nulidad de las sentencias, es en un sentido bien diferente de lo que hoy significa dicho remedio” (Manresa Navarro, J. M. y Reus García, J., *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y explicada*, Madrid, Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1858, t. IV, p. 368). De igual forma, Prieto-Castro señaló que el recurso de nulidad de 1812 fue como “el anuncio de la institución del derecho francés”, sin que fuera su establecimiento en España, “limitándose a dar entrada al recurso sin llamarlo de casación, y sin contener ulteriores especificaciones acerca de su naturaleza y formas” (*Derecho procesal civil*, Madrid, 1956, t. II, p. 359); Gómez Orbaneja afirma que “en España, la influencia francesa se muestra desde la Constitución de 1812, la cual sin usar la palabra casación establecía un Supremo Tribu-

efecto, esta Constitución estableció en su artículo 259 un Tribunal Supremo,¹⁸² y entre las amplias competencias que le atribuyó se encontraba la de conocer de los recursos de nulidad fundados en infracciones a las normas del procedimiento.¹⁸³

Sin embargo, se ha demostrado que las Cortes Constituyentes de 1810-1813, aunque seguían de cerca muchos de los postulados que motivaron la creación del Tribunal de Casación por la Asamblea francesa,¹⁸⁴ no buscaron que el Tribunal Supremo a través del recurso de nulidad cumpliera la misma función que aquél;¹⁸⁵ en efecto, para mantener el control sobre los tribunales y evitar que éstos entraran a interpretar la ley, en los

nal de Justicia con la atribución de conocer los recursos de nulidad” (*Lecciones de derecho procesal civil*, Madrid, 1979, t. I, p. 484).

¹⁸² Artículo 259. “Habrá en la Corte un Tribunal, que se llamará Supremo Tribunal de Justicia”. Relacionados con él, han de tenerse en cuenta los siguientes artículos de la Constitución gaditana:

Artículo 17. “La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los Tribunales establecidos por la ley”.

De modo específico, y ya dentro del título V “De los tribunales y de la administración de justicia en lo civil y lo criminal”, capítulo I “De los tribunales”, deben transcribirse los siguientes:

Artículo 242. “La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los Tribunales”.

Artículo 243. “Ni las cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar a abrir los juicios fenecidos”.

Artículo 244. “Las leyes señalarán el orden y las formalidades del proceso, que serán uniformes en todos los Tribunales, y ni las Cortes ni el Rey podrán dispensarlas”.

Artículo 245. “Los tribunales no podrán ejercer otras funciones que las de juzgar y de hacer que se ejecute lo juzgado”.

Artículo 246. “Tampoco podrán suspender la ejecución de las leyes ni hacer reglamento alguno para la administración de justicia”.

¹⁸³ El artículo 261 de la Constitución de 1812 atribuía, en su apartado 90., al Tribunal Supremo la tarea de “Conocer de los recursos de nulidad que se interpongan contra las sentencias dadas en última instancia para el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndolo, y hacer efectiva la responsabilidad de que trata el artículo 254”. El artículo 254 se encargaba de regular las consecuencias de la infracción hecha a las normas del procedimiento, estableciendo lo siguiente: “Toda falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal hace responsable personalmente a los jueces que la cometieren”.

¹⁸⁴ En particular la desconfianza frente al juez (Fairén Guillén, V., “Sobre la recepción en España del recurso de casación francés”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, núm. 2, 1957, pp. 661 y ss.).

¹⁸⁵ *Idem*; Plaza, M. de la, *La casación civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1944, pp. 40 y ss.

casos en que su aplicación resultara dudosa, era preceptiva la intervención del cuerpo legislativo, que debería ser consultado a través del Tribunal Supremo y del rey.¹⁸⁶ Teniendo en cuenta que el estricto respeto a la ley por los tribunales se aseguraba por otros medios, la función del recurso de nulidad estaba encaminada más bien hacia el control de la observancia de las normas que rigen el proceso,¹⁸⁷ lo que lo acercaba más a la de una *querella nullitatis*¹⁸⁸ que a una genuina casación.

La anterior afirmación, sumada a la consideración de que el recurso de nulidad se correspondía con una especie de garantía procesal ascendida al rango de categoría política fundamental,¹⁸⁹ nos hace encontrar similitudes con la configuración actual del recurso extraordinario por infracción procesal. En efecto, como veremos más adelante (*cfr. infra*, apartado III.2), en la Ley de Enjuiciamiento Civil el legislador configura este

¹⁸⁶ La Constitución de Cádiz mantenía una interpretación tradicional de la separación de poderes, y para salvaguardar la vigencia de este principio estableció un mecanismo muy similar al *référe législatif facultatif*, por medio del cual correspondía a las propias Cortes realizar la interpretación de las leyes (al respecto, *cfr.* Fairén Guillén, V., *op. cit.*, nota 184, p. 674).

Lo anterior también puede apreciarse en el artículo 261: “Toca a este Supremo Tribunal: 10. Oír las dudas de los demás Tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere, para que promueva la conveniente declaración en las Cortes”. Esta disposición había de ponerse en relación con el artículo 131 de la misma Constitución que, entre las facultades de las Cortes, establecía las de “Proponer y decretar las leyes, e *interpretar* y derogarlas en caso necesario”.

¹⁸⁷ “El recurso de nulidad estaba pensado para controlar la debida observancia de las normas que rigen al proceso, de tal forma que ante su infracción se podía derivar incluso la responsabilidad personal de juzgador”. “Al Tribunal Supremo se atribuye la facultad de conocer de los recursos de nulidad que se interpusieren contra las sentencias dictadas en última instancia; mas con el designio de reponer el proceso, y devolverle al Tribunal *a quo*, para que se hiciesen efectiva la responsabilidad de los magistrados que hubiesen infringido procedimiento; es decir, con finalidad que no es, en suma, la que el recurso de casación, propiamente dicho, persigue”: Plaza, M. de la, *op. cit.*, nota 185, pp. 95 y 96.

¹⁸⁸ Ésta es la posición mayoritaria de la doctrina que se ha ocupado del tema. Al respecto véase Laso Gaite, J. F., “Evolución histórica de la casación civil en España”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, enero-marzo de 1971, p. 130; Jiménez Conde “El recurso de nulidad, cuyo conocimiento se atribuye al Tribunal Supremo por el artículo 261, párrafo 9, de la Constitución de 1812, lejos de perseguir un control de legalidad en el sentido indicado, se asemeja a una especie de *querella nullitatis* del derecho común, enfocada exclusivamente a anular, o más bien a declarar la nulidad de aquellas sentencias que han sido dictadas en última instancia sin ajustarse a las formalidades esenciales del proceso...”, Jiménez Conde, F., “Precedentes del error del derecho” (I), *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, núm. 4, 1977, p. 798.

¹⁸⁹ Fairén Guillén, V., *op. cit.*, nota 184, p. 686.

recurso extraordinario como un recurso de nulidad, y, además, al incorporar al artículo 469.1 el motivo 4o., le otorga finalidades de protección de la Constitución. De esta forma, aunque se hace evidente que el recurso de nulidad no es un antecedente de la casación moderna, sí que tiene claras afinidades con el recurso extraordinario por infracción procesal.

El Tribunal Supremo en España no surgió como un tribunal de casación¹⁹⁰ ni mucho menos tenía la función política que la Asamblea francesa le adjudicó a la Cour de Cassation. Sin embargo, a pesar de que carecía de una función nomofiláctica, también cumplió con una función claramente política y de gran trascendencia, la unificación del ordenamiento jurídico en España, en beneficio del derecho castellano.¹⁹¹

El recurso de nulidad desapareció a partir del 11 de mayo de 1814, una vez que Fernando VII deroga la Constitución y restablece la organización jurisdiccional del Antiguo Régimen a través del Decreto de 4 de mayo de 1814.

2. *El recurso de nulidad en 1838*

El Tribunal Supremo fue temporalmente restablecido en 1820, para trabajar con relativa normalidad durante la corta etapa del trienio liberal,¹⁹² y desapareció de nuevo cuando se puso fin a dicho periodo político. En tanto que órgano jurisdiccional moderno, el Tribunal Supremo fue definitivamente restablecido a través del Real Decreto de 4 de noviembre de 1838.

Con anterioridad, un Decreto de 1834 ya había creado el Supremo Tribunal de España y las Indias, órgano que en realidad resultaba ser un híbrido entre el Tribunal Supremo creado por la Constitución gaditana y la organización jurisdiccional del Antiguo Régimen, así, el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia, de 26 de septiembre de 1835, si bien le encomendaba a este Tribunal la resolución de los recursos de nulidad, también mantuvo la competencia para conocer de los recursos de injusticia notoria y segunda suplicación. El nombre de este órgano jurisdiccional —en adelante, Tribunal Supremo— fue cambiado en 1836, aunque fue el Decreto de 4 de noviembre de 1838 el que, en la práctica, suprimió tanto el recurso de injusticia notoria como el de se-

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 675.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 670.

¹⁹² Moreno Pastor, L., *Los orígenes del Tribunal Supremo 1812-1838*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, pp. 136 y ss.

gunda suplicación,¹⁹³ y le dio un nuevo contenido al recurso de nulidad, incorporando todas las características actuales de la casación, con la sola excepción de su nombre.¹⁹⁴

La nulidad podía ser esgrimida tanto frente a sentencias dictadas por las Reales Audiencias, como por el Tribunal Especial de Guerra y Marina, siempre que infringiesen normas de carácter sustantivo o procesales, con lo que se estableció con claridad la división entre vicios sobre el fondo y vicios sobre el procedimiento.¹⁹⁵

Así, según el artículo 3o. del Decreto, dicho recurso procede cuando la sentencia impugnada es contraria a la ley clara y terminantemente. Y, en virtud del artículo 4o. del Decreto:

Ha lugar igualmente al recurso de nulidad contra las ejecutorias de dichos tribunales (reales audiencias y Tribunal especial de Guerra y Marina), cuando en las instancias de vista prevista se hayan infringido las leyes de enjuiciamiento en los casos siguientes:

1o. Por defecto en el emplazamiento en tiempo y forma de los que deben ser citados al juicio.

2o. Por falta de personalidad o poder suficiente de los litigantes para comparecer en juicio.

3o. Por defecto de citación para prueba o sentencia definitiva y para toda diligencia probatoria.

4o. Por no haber recibido el pleito a prueba, debiéndose recibir, o no haberse permitido a las partes hacer la prueba que les convenía siendo conducente y admisible.

5o. Por no haberse notificado el auto de prueba o la sentencia definitiva en tiempo y forma.

6o. Cuando se denegare la súplica, sin embargo de ser conforme a derecho.

7o. Por incompetencia de jurisdicción.

El recurso de nulidad, en esta etapa histórica, tenía una sustanciación muy similar a la de la actual casación; no obstante, la estimación del recurso, tanto en el supuesto de infracciones de carácter sustantivo¹⁹⁶ como

¹⁹³ Cfr. Laso Gaite, J. F., *op. cit.*, nota 188, p. 131.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 133.

¹⁹⁵ Laso Gaite señala que se introduce la violación de forma a través de la fórmula “infracción de las leyes del procedimiento”; *ibidem*, p. 136.

¹⁹⁶ Este reenvío, también para las infracciones sustantivas, marca una diferencia sustancial con el actual recurso de casación: en esta época, y en la línea de la tradición casa-

procesales, implicaba el reenvío correspondiente de la causa al tribunal de instancia. Por eso, en lo atinente a la denuncia de los vicios de carácter procesal, puede entenderse que la regulación del recurso de nulidad en 1838, al igual que en su etapa inicial, constituye un auténtico antecedente del recurso extraordinario por infracción procesal.

3. *La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855*

El recurso de casación, con esta denominación moderna, no se introduce en el ámbito procesal civil¹⁹⁷ sino hasta la Real Cédula de 30 de enero de 1855, por la que se reformaba la administración de justicia en las provincias de Ultramar. Esta Real Cédula, en su capítulo XI, hablaba del *recurso de nulidad o casación*, con lo que se incorporaba la denominación moderna, a la par que se mantenía la confusión terminológica del legislador de 1838.¹⁹⁸

La regulación de la casación que realizaba la Real Cédula, manteniendo las líneas principales del Decreto de 1838, supuso la introducción de una serie de novedades, a saber: se ampliaron los supuestos por los que se podía impugnar una sentencia por la infracción de normas sustantivas;¹⁹⁹ en lo que respecta al catálogo de vicios de procedimiento, se incluyeron dos nuevos supuestos: *a) el que no hubieran concurrido a la votación del fallo el número de magistrados que las leyes designen, y b) que no se hubiera reunido para dictarlo el número de votos conformes que para su validez requería la Real Cédula*. Asimismo, se modificó el motivo número

cional francesa, el Tribunal Supremo en ningún caso dictaba sentencia resolviendo la cuestión de fondo.

¹⁹⁷ En el ámbito penal, este recurso se introduce con el Real Decreto de 20 de junio de 1852, por el que se ordena la realización de un proyecto de ley sobre la jurisdicción de hacienda, y en el que se regula este recurso frente a la infracción genérica de la ley (*cfr.* Plaza, M. de la, *op. cit.*, nota 185, p. 100).

¹⁹⁸ Así pues, el epígrafe del capítulo XI, artículos 192-220, incurriendo en lo que se ha destacado como una innegable confusión de términos, se titula “De los recursos de nulidad o casación” (*cfr.* Plaza, M. de la, *op. cit.*, nota 185, p. 100).

¹⁹⁹ Según el artículo 194 de la Real Cédula, “se podrá interponer el recurso de casación no sólo frente a aquellas sentencias que violen la ley expresamente, sino también contra aquellas que infrinjan la doctrina legal recibida a falta de ley por la jurisprudencia de los tribunales, relativa al fondo o sustancia de la cuestión resuelta por el fallo que se pretende anular”: *cfr.* Martín Brañas, C., *El recurso de casación civil por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales*, Madrid, 1997, p. 54; igualmente, *cfr.* Plaza, M. de la, *op. cit.*, nota 185, p. 101.

6 de los establecidos por el Decreto de 1838, con la introducción de la fórmula: “Por haberse dictado la sentencia por un número de jueces menor que el señalado por la ley”.

Debe destacarse que en esta Real Cédula también se introduce el recurso de casación en beneficio de la ley, primer antecedente del recurso en interés de ley,²⁰⁰ que resulta de especial trascendencia en el sistema propuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Finalmente, en esta Real Cédula se introduce una de las principales características de la casación española: la posibilidad de que cuando la sentencia impugnada en casación resulte anulada por incurrir en infracciones de normas sustantivas, sea el propio Tribunal Supremo el que dicte la sentencia sobre el fondo sin necesidad de proceder al reenvío de la causa al tribunal de la instancia.²⁰¹

En ese mismo año, de 1855, se promulga la primera Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta Ley incorpora con muy pocas modificaciones la regulación del recurso de casación de la Real Cédula. De los cambios que introduce la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 5 de octubre 1855, sintetizados por Gómez de la Serna,²⁰² cabe destacar dos, que resultan especialmente interesantes: por un lado, se pretendió favorecer “la unidad de la jurisprudencia e inspección por el Tribunal Supremo de la actividad jurisdiccional de los tribunales inferiores y restableciendo el imperio de la ley”;²⁰³ y, en segundo lugar, se optó por no seguir el modelo penal vigente en ese

²⁰⁰ Conforme a la propia Cédula, la finalidad de este recurso era fijar “bien” la jurisprudencia o, en su caso, promover la interpretación auténtica de aquélla, quedando firme entre partes la sentencia que motive el recurso (*cfr.* Plaza, M. de la, *op. cit.*, nota 185, p. 101).

²⁰¹ De la Plaza entiende que los orígenes de esta característica del recurso de casación español deben buscarse en el recurso de segunda suplicación o de injusticia notoria: en la casación civil, “...y volviendo a la tradición española, representada por los antiguos recursos de segunda suplicación e injusticia notoria, se propuso y admitió que la misma Sala, en distintas resoluciones, anulara y decidiera; para lo cual constituía un precedente próximo y estimable lo que, como acabamos de ver, estaba dispuesto para las provincias de Ultramar” (*cfr. op. cit.*, nota 185, p. 105).

Esta característica de la casación española ha sido reconocida por la doctrina; al respecto véase Fix-Zamudio, H., *op. cit.*, nota 155, p. 284; Vázquez Sotelo afirma que resulta lícito hablar de una “casación nacional” (Vázquez Sotelo, J. L., “Rasgos definidores de la casación civil española”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, núm. 4, 1974, p. 859).

²⁰² Gómez de la Serna, P., *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855*, Madrid, 1857, p. 186.

²⁰³ *Idem.*

momento,²⁰⁴ y se decidió acudir a un modelo de especialización, que supuso la atribución de la competencia de este recurso a dos salas, una para los vicios *in iudicando* y otra para los vicios *in procedendo*.²⁰⁵

En concreto, los motivos de infracción procesal que abrían las puertas del recurso de casación se hallaban contenidos en el artículo 1013 de la Ley, siendo los mismos que posteriormente pasaron al texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.²⁰⁶

El artículo 1013 recogía nueve motivos de carácter procesal, a saber:

- 1o. Falta de emplazamiento en cualquiera de las instancias de los que deberían ser citados para el juicio.
- 2o. Falta de personalidad en el litigante o Procurador que lo haya representado.
- 3o. Falta de citación para sentencia en cualquiera de las instancias.
- 4o. Falta de recibimiento a prueba en cualquiera de las instancias, cuando proceda con arreglo a derecho.
- 5o. Falta de citación para alguna diligencia de prueba que haya podido producir indefensión.
- 6o. Denegación de cualquier diligencia de prueba, admisible según las leyes, y cuya falta haya podido producir indefensión.
- 7o. Incompetencia de jurisdicción, aunque sólo en los casos en que no haya recaído sobre este punto decisión del Tribunal Supremo.
- 8o. El haber concurrido a dictar sentencia uno o más jueces cuya recuperación, intentada en tiempo y forma, se hubiere denegado, siendo procedente.
- 9o. Haberse dictado la sentencia por menor número de Jueces del señalado por la Ley.

A partir de este momento se puede encontrar una clara constante en lo que se refiere a la casación por motivos procesales que, como veremos, se ha mantenido constante prácticamente hasta nuestros días.

²⁰⁴ No se atribuyó la resolución del recurso a dos salas, una de casación para la primera sentencia y otra de fondo para la segunda, como sucedía en el ámbito penal con la regulación sobre contrabando.

²⁰⁵ Gómez de la Serna, P., *op. cit.*, nota 202, p. 187.

²⁰⁶ Es interesante señalar que, en opinión de Laso Gaite, los motivos de este artículo son los mismos que los de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (*cfr.* Laso Gaite, J. F., *op. cit.*, nota 188, p. 141).

4. *La Ley de Casación Civil de 22 de abril de 1878*

Con la promulgación de esta norma el recurso de casación quedó finalmente articulado como un medio para la impugnación de resoluciones judiciales que definitivamente huía del publicismo estricto, dando mayor importancia al interés de los particulares.²⁰⁷ En un principio, se acordó la existencia de una sala encargada exclusivamente de la admisión de los recursos, y se siguió atribuyendo al Tribunal Supremo la tarea de dictar una segunda sentencia sobre el fondo cuando casase la recurrida por infracciones de carácter sustantivo. Esta sala de admisión, sin embargo, fue posteriormente suprimida en 1893.

En lo referente a los vicios de carácter procesal, éstos se recogían en el artículo 50. de la Ley, manteniéndose la regulación de 1855 con muy pocos cambios:

En concreto, el precepto establecía lo siguiente:

Se considerará como infracción de formas esenciales del juicio para los efectos del número 2 del artículo anterior:

1o. La falta de emplazamiento en primera o en segunda instancia de las personas que hayan debido ser citadas para juicio.

2o. La falta de personalidad en alguna de las partes o en el procurador que la haya representado.

3o. La falta de recibimiento a prueba en alguna de las instancias, cuando procediese con arreglo a derecho.

4o. La falta de citación para alguna diligencia de prueba o para sentencia definitiva en cualquiera de las instancias.

5o. La denegación de cualquier diligencia de prueba admisible según las leyes y cuya falta pueda producir indefensión.

6o. ...

7o. Haber concurrido a dictar sentencia uno o más jueces cuya recusación fundada en causa legal e intentada en tiempo y forma hubiese sido estimada.

8o. Haberse dictado la sentencia por un menor número de jueces que el señalado por la ley.

²⁰⁷ Tras una fuerte discusión se termina rechazando la intervención necesaria del Ministerio Fiscal en todos los recursos de casación (*cfr.* Laso Gaite, J. F., *op. cit.*, nota 188, pp. 150-160).

5. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881

La Ley de Enjuiciamiento Civil, de 3 de febrero de 1881, no realizará modificaciones sustanciales en relación con el recurso de casación en general, y tampoco en lo referente a la regulación de los motivos que fundamentan el recurso por infracción de normas procesales. De hecho, la enumeración de los errores procedimentales se mantuvo casi idéntica a la ya establecida en los dos textos legales precedentes.

En efecto, los motivos que daban origen al recurso de casación por infracción de norma procesal fueron redactados de la siguiente forma:

Artículo 1691: El recurso de casación habrá de fundarse en alguna de las causas siguientes:

2a. Haberse quebrantado alguna de las normas esenciales del juicio...

Artículo 1692: Habrá lugar al recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal:

2o. Cuando la sentencia no sea congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

3o. Cuando el fallo otorgue más de lo pedido, o no contenga declaración sobre algunas de las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito.

4o. Cuando el fallo contenga disposiciones contradictorias.

5o. Cuando el fallo sea contradictorio a la cosa juzgada, siempre que se haya alegado esta excepción en el juicio.

6o. Cuando por razón de la materia haya habido abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción, conociendo en asunto que no sea de la competencia judicial, o dejando de conocer cuando hubiere el deber de hacerlo.²⁰⁸

Artículo 1693: Habrá lugar al recuso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio para los efectos del número 1 del artículo 1691:

1o. Por falta de emplazamiento, en primera o en segunda instancia, de las personas que hubieran debido ser citadas para el juicio.

2o. Por falta de personalidad en alguna de las partes, o en el Procurador que las haya representado.

²⁰⁸ Como señala Martín Brañas, aunque el artículo hace referencia a infracciones de carácter sustutivo, lo cierto es que en los casos reseñados nos encontramos ante verdaderas infracciones de norma procesal (*cfr.* Martín Brañas, C., *El recurso de casación civil por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales*, Madrid, 1997, p. 43).

3o. Por falta de recibimiento a prueba en alguna de las instancias, cuando procediere con arreglo a derecho.

4o. Por falta de citación para alguna diligencia de prueba, o para sentencia definitiva en alguna de las instancias.

5o. Por denegación de cualquier diligencia de prueba, admisible según las leyes, y cuya falta haya podido producir indefensión.

6o. Por la incompetencia de jurisdicción, cuando este punto no haya sido resuelto por el Tribunal Supremo, y no se haya comprendido en el número 6 del artículo anterior.

7o. Por haber concurrido a dictar sentencia uno o más Jueces, cuya recusación fundada en causa legal e intentada en tiempo y forma hubiese sido estimada, o se hubiere denegado, siendo procedente.

8o. Por haber sido dictada la sentencia por menor número de Jueces que el señalado por la Ley.

Esta regulación se mantiene en lo esencial, a pesar de la aprobación de reformas de menor entidad en 1893, 1898, 1952 y 1966. Será la Ley 34/84, de Reforma Urgente, la que lleve a cabo una modificación sustancial del recurso de casación.

En efecto, a través de esta reforma se hace desaparecer la dualidad de procedimientos entre recursos por vicio *in iudicando* o *in procedendo* y se implanta una tramitación única. En consecuencia, reciben nueva redacción los artículos relativos a la preparación, interposición y sustanciación del recurso.²⁰⁹ Además, los siete motivos de casación por infracción de ley y doctrina legal y los ocho de casación por quebrantamiento de forma quedan agrupados y reducidos a cinco, contenidos en el nuevo artículo 1692.

Artículo 1692. El recurso deberá de fundarse en alguno o algunos de los siguientes motivos:

1o. Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción.

2o. Incompetencia o inadecuación del procedimiento.

3o. Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte.

²⁰⁹ Se trata de los artículos 1694-1710.

4o. 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.

5o. Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate.

Una de las finalidades explícitas de esta reforma es flexibilizar el formalismo exacerbado del recurso de casación.²¹⁰ En coherencia con esa orientación, la ley reformadora concede al recurrente oportunidades subsanatorias que antes no existían, y, por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la línea de la reforma, rectifica el exagerado rigor de antaño.

Finalmente, la Ley de 1984 introduce, mediante el artículo 1688, la llamada casación *per saltum*, es decir, sin necesidad de previo agotamiento del recurso de apelación.

Con posterioridad a la reforma de 1984, la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal de 1992 significó la última modificación de importancia en el recurso de casación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Con esta Ley desaparece el apartado 4o. del artículo 1692 y, por tanto, el motivo de casación fundado en el error de hecho en la apreciación de la prueba acreditado documentalmente. Igualmente se amplía el trámite de admisión del recurso, incluyendo dos nuevas causas de rechazo *a limine*, que se agregan al artículo 1710.²¹¹ Además, se reforma el artículo 1712, de modo que la sala se constituirá, no con los cinco magistrados que prescribía el precepto en su redacción anterior, sino con tres, salvo cuando el proceso verse sobre derechos fundamentales o se refiera a las cuestiones relativas a la filiación, paternidad, maternidad, capacidad y estado civil de las personas establecidos en el artículo 484.2, casos en los cuales formaría la sala cinco magistrados.

²¹⁰ Véase, en este sentido, la exposición de motivos de la Ley 34/1984.

²¹¹ La regla tercera de este artículo queda redactada de la siguiente manera: “Asimismo dictará la Sala auto de inadmisión cuando el recurso carezca manifiestamente de fundamento o cuando se hubiesen desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales. En este caso, puesta de manifiesto la causa de inadmisión, se oirá a la parte recurrente por plazo de diez días antes de resolverse definitivamente. Para denegar la admisión del recurso por esta causa será necesario que el acuerdo se adopte por unanimidad”.

II. NATURALEZA JURÍDICA Y CONCEPTO

1. *El recurso extraordinario por infracción procesal como querella nullitatis*

El recurso extraordinario por infracción procesal, configurado en buena medida como recurso de casación por motivos procesales,²¹² tiene una naturaleza jurídica similar a la de *querella nullitatis* del derecho común medieval.²¹³ Las afinidades entre el recurso de casación y la querella de nulidad han sido señaladas por la doctrina española;²¹⁴ es más, en algunos casos, se puede considerar que la referencia a esta institución al tratar de la casación es un lugar común, sin distinguir entre la casación fundada en motivos procesales de la interpuesta por infracción de ley sustantiva.²¹⁵ Sin embargo, considerando que la LEC ha separado estos

²¹² Oliva Santos, A. de la y Díez-Picazo Giménez, I., *op. cit.*, nota 146, p. 461.

²¹³ Como veremos en detalle en las siguientes líneas, la querella de nulidad es un medio de impugnación nacido en el derecho estatutario italiano, que tenía como objeto la anulación de la sentencia dictada en un proceso viciado de nulidad. Esta institución procesal se ha vinculado tradicionalmente al recurso de casación, así, “el análisis de la estructura procesal y de los fines propios del recurso de casación por error *in procedendo* puede desarrollarse en forma paralela a aquella que a su tiempo ya realizamos en cuanto a la *querella nullitatis* del derecho intermedio...; puesto que también aquí, en realidad, se trata de una verdadera y propia querella de nulidad” (Calamandrei, P., *op. cit.*, nota 142, p. 277).

²¹⁴ Adelantaremos que, en nuestra opinión, esta institución tiene más afinidades con la casación por motivos procesales que con la casación por infracción de ley. De esta forma, Gómez Orbaneja señala: “Prescindiendo de la «*suplicatio*» del Derecho Romano en la época imperial, es la *querella nullitatis*, elaborada en la Edad Media, la institución histórica que mayores analogías ofrece con la casación moderna. Era en el derecho común, un remedio extremo que permitía la anulación de las sentencias que no podían atacarse ya por otros medios. ...En su forma más desarrollada, la *querella nullitatis* muestra motivos que son los de la casación moderna: vicios «insanables» referentes a la personalidad de las partes, a los actos del juicio, nulidad por *ultra o extra petita*, por omisión de las declaraciones pedidas, por contradicción y oscuridad, por imposibilidad de la prestación, por contradicción con lo pasado en autoridad de cosa juzgada y, en fin, nulidad por ser la sentencia *contra ius o contra constitutionem*” (Gómez Orbaneja, E. y Herce Quemada, V., *Derecho procesal civil*, vol. I: *Parte general. El proceso declarativo ordinario*, Madrid, 1979, p. 483).

²¹⁵ La ausencia de distinción se encuentra en la doctrina de tiempo atrás, quizá derivado del hecho de que los autores clásicos trataban a la *querella nullitatis* como un antecedente tanto de la casación procesal como de la sustantiva. En este sentido véase que Chiovenda no realizaba esta distinción: “ma l’ufficio del quale si ricollega lontanamente

supuestos, convendría precisar los elementos que la “casación procesal” tiene en común con la “querella de nulidad”.

Calamandrei, en su clásico estudio,²¹⁶ señala que la aparición de la querella de nulidad en Italia durante el siglo XIII, en la etapa del derecho estatutario, es el resultado de una síntesis entre los sistemas jurídicos contrapuestos que en esa etapa histórica se ven obligados a coexistir: el derecho romano y el derecho germano de los longobardos. De esta forma, la querella de nulidad surge de la concurrencia de dos conceptos antagónicos: el concepto romano de la inexistencia (nulidad absoluta) de la sentencia que en su formación es aquejada de un vicio procesal, y el concepto germano de la validez formal de las sentencias, a pesar de los vicios que se hayan cometido en su proceso de formación.

El primero de los conceptos se fundamenta en la distinción que el derecho romano establecía entre vicios de naturaleza procesal y vicios de carácter sustantivo; estableciendo, en relación con los vicios procesales de especial gravedad,²¹⁷ la nulidad absoluta de la resolución, sin que fuese necesaria la impugnación de la sentencia.²¹⁸ Por otra parte, para el principio germano de la validez formal de las sentencias, la distinción entre el origen de los vicios que pudiera contener una sentencia era irrelevante, ya que todos quedaban sanados en virtud de la autoridad del ór-

alla *querella nullitatis* (*supra* p. 4 e § § 76 III; 85 I), rimedio estremo che nel diritto comune permetteva l'annullamento de sentenze, non più altrimenti attaccabili, per motivi che ritroviamo nel nostro ricorso per cassazione, cioè: nullità per difetto di presupposti processuali; nullità per difetto di forma, nella domanda, nel processo, nella sentenza; nullità per *ultra o extra petita*, per omessa pronuncia, per contraddittorietà o oscurità, per impossibilità della prestazione, per contrarietà di giudicati e infine nullità per esser la sentenza *contra ius, contra constitutionem*" (Chiovenda, G., *Principii di diritto processuale civile*, 3a. ed., Nápoles, 1923, p. 1020).

²¹⁶ Cfr. Calamandrei, *op. cit.*, nota 142, pp. 161 y ss.

²¹⁷ Calamandrei señala que los casos en que en el derecho romano una sentencia era nula por motivos procesales pueden agruparse en las siguientes categorías: a) falta de un presupuesto procesal (juez o partes); b) interrupción de la relación procesal regularmente constituida; c) sentencia pronunciada fuera de los límites de la relación procesal o con otro exceso de poder; d) sentencia pronunciada sin las debidas formas (cfr. *op. cit.*, nota 142, p. 46).

²¹⁸ De esta forma, se traslada al proceso, desde el derecho privado, el concepto de inexistencia jurídica que fue formado en el derecho sustantivo con relación al negocio privado que estuviera desprovisto de algún requisito esencial. En cambio, las sentencias aquejadas de vicios *in iudicando* seguían un principio de derecho público que, fundado en la idea de jurisdicción y en el exterior ordenamiento de la administración estatal, habían hecho surgir el concepto de apelabilidad (cfr. Calamandrei, *op. cit.*, nota 142, p. 162).

gano soberano que la emitía, por lo que era necesario que existiera una reclamación que, poniendo de manifiesto los vicios de la resolución, condujera a la destrucción de su validez.²¹⁹

De esta forma, la *querella nullitatis* aparece en este periodo como el remedio ordinario frente a la sentencia nula, de la misma forma en la cual en esta misma etapa, la *appellatio* se consideraba el remedio ordinario contra la sentencia injusta.²²⁰ Al considerarse que existía cierta equivalencia o simetría entre estas instituciones, se estableció que la *querella nullitatis* debía ser presentada ante el *iudex appellationis*. Debe hacerse hincapié en que, si bien ambos medios de impugnación se llevaban ante el mismo juez, se trataba de cuestiones diferentes. En lo esencial, la diferencia radicaba en el objeto del recurso. En la apelación, el objeto de la cuestión era el fondo del caso: el juez entraba directamente a conocer del fondo del asunto con el fin de resolver sobre su justicia o injusticia o, si se prefiere, sobre su adecuación a la norma. En cambio, ante una querella de nulidad la actividad jurisdiccional se dirigía a indagar sobre la regularidad formal de la construcción de la sentencia para, en caso de encontrar vicios procesales graves, proceder a anularla.²²¹

²¹⁹ Sobre este principio de validez formal de las sentencias (*das Prinzip der Formelkraft des Urteils*) vease el § 42 de la obra de Calamandrei, *op. cit.*, nota 142, pp. 124 y ss.

²²⁰ Así, Calamandrei señala que “la legislación estatutaria consideró [a] la *querella nullitatis* como el remedio ordinario contra la sentencia nula, del mismo modo que se consideró [a] la apelación como el remedio ordinario contra la sentencia injusta” (*op. cit.*, nota 142, p. 170).

²²¹ “La querella de nulidad, que como la *appellatio*, se llevaba al juez de apelación, difería de la *appellatio* sobre todo en que ella daba lugar en un primer tiempo a un juicio sobre la nulidad (*iudicium rescindens*) que, si era positivo, llevaba a pronunciar la anulación: y sólo en un segundo momento podía dar lugar, ante el mismo juez o ante un juez distinto, a un nuevo juicio sobre el mérito (*iudicium recissorium*), consiguiente a la anulación. Antiguamente se enseñaba que el juez de la querella de nulidad debía limitarse a anular la sentencia viciada por error *in procedendo*, «casare sententiam, reservato iure apte agendi» («casar la sentencia, reservado el derecho a actuar bien»); pero después, «en gaudeant cavillosi advocati qui frequenter conantur per talis nullitatis effectum ... causam reducere ad pristinum statum, ut habeant novum salarium» («para que no se alegren los cavilosos abogados que frecuentemente se empeñan en reducir a su primitivo estado la causa por efecto de tal nulidad ...a fin de percibir nuevamente sus salarios»), se comenzó a enseñar que la querella de nulidad tenía efecto devolutivo, «devolvit negotium ad cognitionem iudicis superioris ad instar appellationis» («defiere el negocio a la cognición del juez superior, a la manera de la apelación»), por lo cual podía ocurrir que el juez, anulada la primera sentencia, pronunciara en lugar de ella otra perfectamente idéntica en contenido, pero condenando a la parte definitivamente vencedora en el mérito, a pagar las costas de la sentencia anulada” (Calamandrei, P., “Supervivencia de la querella de nulidad”).

Para Calamandrei la característica principal de la *querella nullitatis* radica en que se trata de una acción constitutiva, ya que la sentencia contra la que se dirige es válida, por lo que la interposición de la querella busca modificar la realidad jurídica existente²²² con fundamento en motivos de forma. En consecuencia, la querella de nulidad es el medio a través del cual se ejerce un nuevo “derecho de impugnación”, que tendría como contenido el derecho subjetivo a obtener la destrucción de una sentencia existente, y por tanto, formalmente válida, pero viciada en su construcción.²²³ Para el maestro florentino, esta categoría de derechos de impugnación se distinguiría de los “derechos de gravamen”, que estarían dirigidos a la obtención de una nueva decisión en una ulterior instancia sobre un proceso ya decidido y no necesariamente defectuoso.²²⁴

Así pues, la *querella nullitatis* responde al derecho del recurrente a que la sentencia viciada, pero formalmente válida sea anulada, y, por tanto, tendrá como característica principal que la actividad de juez se centrará en la realización de un juicio rescindente. En otras palabras, el objeto de la decisión en la acción de impugnación no es otro que la determinación de la existencia o inexistencia del derecho de impugnación²²⁵ que, de ser reconocido, se traducirá en la decisión de anular la resolución impugnada.

dad en el proceso civil vigente”, *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. de S. Sennís Melendo, Buenos Aires, 1996, vol. III, p. 301).

222 Esta afirmación se explica al considerar que la aparición de la querella de nulidad conlleva la transformación de los motivos de inexistencia del derecho romano en motivos de anulabilidad, provenientes del derecho germánico. En efecto, como señala el autor florentino, la declaración de inexistencia de una resolución (de un acto jurídico en general) es resultado de una acción declarativa negativa de certeza, en el sentido de que no transforma la realidad jurídica, pues lo que nunca existió no puede dejar de existir; en cambio la “anulabilidad” conlleva una acción constitutiva, pues presupone la existencia en el tráfico jurídico del acto que se pretende anular (*cfr.* Calamandrei, P., *op. cit.*, nota 142, p. 169).

223 “La acción de impugnación se dirige a obtener la variación de un estado jurídico existente, o sea, cuando se ejercita contra una sentencia, a obtener una nueva sentencia que anule o revoque la primera... El derecho de impugnación es el derecho a la variación del estado jurídico creado por la sentencia” (Calamandrei, P., “Vicios de la sentencia y medios de gravamen”, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1945, p. 446).

224 *Cfr. op. cit.*, nota 142, p. 169.

225 “Se trata de establecer con certeza si existe una concreta voluntad de ley que dé al autor el derecho a obtener la variación de la sentencia; y donde exista tal voluntad de ley, el juez, a base de la declaración de certeza, lleva a cabo al mismo tiempo la anulación, modificando el estado jurídico existente hasta ese momento (el llamado *juicium rescindens*)” (Calamandrei, P., *op. cit.*, nota 223, p. 446).

En consecuencia, la querella de nulidad del periodo intermedio italiano surge principalmente como un medio para hacer valer las nulidades por motivos de forma, transformadas en anulabilidades, ya que, en principio, los errores *in iudicando* se impugnaban a través de la *appellatio*.²²⁶ Es quizás esta característica la que hace evidente su cercanía con la casación por motivos procesales.

Vistos la estructura procesal y finalidades de la *querella nullitatis*, son varias las razones por las que, en nuestra opinión, el recurso extraordinario por infracción procesal tiene una estructura y finalidades que la acercan a este instituto.

El recurso por infracción procesal se configura como un específico medio procesal de impugnación que, interpuesto ante el órgano jurisdiccional jerárquicamente superior, tiene como objeto la anulación de la resolución dictada en apelación, con fundamento en que está viciada por defectos procesales.

En efecto, el recurso extraordinario por infracción procesal está configurado de acuerdo con la estructura de la casación por motivos procesales vigente en la LECA.²²⁷ Así pues, este recurso prácticamente “hereda” los motivos contenidos en los primeros tres apartados del artículo 1692 de la LECA,²²⁸ por lo que la actividad enjuiciadora tendrá, como lo tenía la casación por quebrantamiento de forma de la LECA, la finalidad de obtener la anulación de la sentencia por vicios procesales.

²²⁶ Para Calamandrei esto es resultado de que en el derecho romano la nulidad era un concepto ligado a los defectos de construcción en el proceso, por lo que era natural que “la *querella nullitatis* del derecho intermedio fuese ante todo un medio destinado a garantizar a las partes contra errores *in procedendo*, mientras contra los errores *in iudicando* debía, en principio, utilizarse la apelación”. El autor, de hecho, realiza un recuento de los motivos de anulación de las sentencia y señala que la “gran mayoría” fueron errores *in procedendo* (*op. cit.*, nota 142, p. 179).

²²⁷ Esta configuración a imagen y semejanza ha sido destacada por la doctrina: *cfr.* Oliva Santos, A. de la y Díez-Picazo Giménez, I., *op. cit.*, nota 71, p. 461; Bonet Navarro, A., *Los recursos en el proceso civil*, Madrid, La Ley, 2000, p. 169; Montero Aroca, J. y Flors Matíes, J., señalan que los dos tipos previos de casación pueden reconocerse en el régimen de recursos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (*cfr.* *Los recursos en el proceso civil*, Valencia, 2001, p. 380).

²²⁸ Tal como quedó redactado el artículo 1692 después de la reforma de la LEC por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, esto es, defectos de jurisdicción o competencia, inadecuación del procedimiento, quebrantamiento de las normas procesales que rigen la sentencia y quebrantamiento de las normas que rigen el juicio, siempre que existiera resultado de indefensión

Debemos señalar, sin embargo, que, a diferencia de la regulación de la casación por motivos procesales de la LECA,²²⁹ el sistema propuesto por la Ley 1/2000 para regular los efectos de la sentencia que resuelve el recurso extraordinario por infracción procesal establece que, siempre que se estime el recurso, el Tribunal Superior de Justicia anulará la resolución recurrida y ordenará que las actuaciones se repongan “al estado y momento en que se cometió la infracción”.²³⁰

La limitación de los posibles efectos de la sentencia a la anulación de la resolución impugnada, sin que tenga una especial trascendencia el momento en que la vulneración procesal haya sido concretada, tiene una especial incidencia en la naturaleza del recurso, pues se puede deducir que se trata de un recurso de nulidad,²³¹ que no tendría como resultado una nueva sentencia que sustituyera a la impugnada. Dado que la regulación de la LEC no determina efectos especiales en los casos en que se haya impugnado la jurisdicción o la competencia, y dado que no hace ninguna referencia al momento de la infracción procesal o de la vulneración de alguno de los derechos fundamentales de naturaleza procesal constitucionalizados, nos parece evidente que el legislador decidió limitar la facultad de las salas competentes a la anulación de la resolución recurrida. Se trata, pues, de un recurso que otorga especial preeminencia al *ius litigatoris*.²³²

Esta limitación de las facultades de las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia a la simple realización de un juicio res-

²²⁹ Esta característica de los efectos de la sentencia contrasta con la anterior regulación de la casación por quebrantamiento de forma, que ante el supuesto de que la infracción o vulneración acaeciera en las normas procesales que regulan la sentencia, facultaba a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo para dictar nueva sentencia, es decir que sólo en los casos en que se apreciara un quebrantamiento de las normas procesales que rigen la sentencia —primero de los dos supuestos contenidos en el artículo 1692.3— el Tribunal Supremo, después de anular la sentencia impugnada, dictaba una segunda sentencia en la que se resolvía sobre el fondo del proceso (artículo 1715.1.3 LEC, 1881).

²³⁰ Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, párrafo quinto del apartado 2 del artículo 476.

²³¹ Como lo ha hecho notar ya la doctrina española, *cfr.* Ortells Ramos, M., *op. cit.*, nota 122, p. 546.

²³² En este sentido, no compartimos la opinión de Nieva Fenoll de que el legislador cometió un desliz en este punto, que trató de corregir en la regulación de la Disposición transitoria decimosexta. La opinión de Nieva Fenoll parece realizarse desde una posición que opta por reconocer la finalidad de este recurso...; volveremos a este punto en el apartado de los efectos de la sentencia (*cfr.* Nieva Fenoll, J., *El recurso de casación civil*, Barcelona, 2002, p. 312).

cidente, sin ningún supuesto en el que entrarán a conocer del fondo del asunto, se puede interpretar, además, como la intención del legislador de no convertirlas en tribunales supremos en el ámbito de su competencia territorial, como se ha alegado en ocasiones.²³³

Por otro lado, es esta limitación de las facultades de cognición de la sala que conoce del recurso extraordinario por infracción procesal la que permite afirmar que en el sistema original propuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil, el objeto de este recurso gira en torno a la existencia o no de una vulneración de un derecho procesal o de una infracción de una norma del procedimiento;²³⁴ con lo que caemos específicamente en el supuesto de una *querella nullitatis* por sus motivos y por su estructura procesal. En consecuencia, la actividad del tribunal tendría como objeto la decisión sobre la existencia, o no, de una vulneración grave de la regularidad procesal que haga necesaria la anulación de la resolución impugnada. De esta forma, encontramos que, tal como acontece con la *querella nullitatis*, en el recurso extraordinario por infracción procesal no se plantea una *revisio prioris instantiae* en busca de la solución justa sobre el fondo del asunto planteado, sino la existencia de un derecho de impugnación que se traduce en un *iudicium rescindens* como finalidad del proceso.

2. La incidencia sobre la naturaleza jurídica del recurso del apartado 4o. del artículo 469.1 LEC: el recurso extraordinario por infracción procesal como instrumento para la tutela de derechos fundamentales

Por otra parte, debe señalarse que si bien el legislador del 2000 ha trasladado a los primeros tres apartados del artículo 469.1 de la vigente LEC los motivos que, durante la última etapa de vigencia de la LEC de 1881, estuvieron vigentes para la casación por quebrantamiento de forma —es decir, los primeros tres motivos del antiguo artículo 1692—, la principal diferencia entre la casación procesal de la LECA y el recurso

²³³ Abordamos el análisis de estas críticas al régimen de recursos extraordinarios de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el siguiente apartado, dedicado a la finalidad del recurso.

²³⁴ Esta limitación nos recuerda la opinión de Calamandrei sobre la casación por vicios *in procedendo*, cuando señala que este recurso “no lleva ante el juez superior el conocimiento de la relación controvertida ante el juez de mérito, sino el conocimiento de una relación nueva que vierte en torno a la existencia del derecho de impugnación alegado por el recurrente” (*cfr.* Calamandrei, P., *op. cit.*, nota 223, p. 277).

extraordinario por infracción procesal se encuentra en el motivo 4o. del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Como es sabido, y como veremos en detalle más adelante, este motivo establece de forma expresa que se impugnarán a través del recurso extraordinario por infracción procesal las vulneraciones a los derechos fundamentales contenidos en el artículo 24 CE. Esta introducción de una referencia expresa a las vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva no ha estado exenta de controversia: por un lado, se afirma que este motivo no tiene ningún significado en sí mismo, pues todas las vulneraciones procesales alegables a través de éste son fácilmente reconducibles a los tres anteriores motivos;²³⁵ sin embargo, otro sector doctrinal afirma que a través de este apartado podrán impugnarse vulneraciones legales que no encontraban cabida en el recurso de amparo, al carecer de entidad constitucional suficiente de acuerdo con la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional.²³⁶

En el apartado dedicado al estudio de los motivos entraremos en detalle a analizar la incorporación de este motivo 4o.; sin embargo, podemos adelantar que éste es uno de los elementos fundamentales en la configuración de la nueva casación civil, en el proyecto del legislador. En efecto, a través de este recurso y en especial de este motivo, se pretendió transformar el ámbito del recurso de casación civil español —con un reconocimiento de la superioridad en materia de derechos fundamentales del Tribunal Constitucional— y al hilo del cual el legislador pretende establecer una vía que permita intensificar la protección de los derechos fundamentales de naturaleza procesal.²³⁷ Así, en este punto nos limitaremos a abordar la cuestión que se plantean respecto de las implicaciones que la incorporación de este motivo entraña sobre la naturaleza del recurso. Si se acepta que el recurso extraordinario por infracción procesal tiene la naturaleza jurídica de una *querela nullitatis*, ¿supone la aparición del motivo 4o. del artículo 469.1 una modificación de la naturaleza jurídica de este medio de impugnación?

²³⁵ Al respecto véase la opinión de Nieve Fenoll, quien considera que como mucho en realidad será sólo un cajón de sastre que incluirá todo lo que no encuentre expresa cabida en los anteriores tres motivos (*cfr.* Nieve Fenoll, J., *op. cit.*, nota 232, p. 155).

²³⁶ Véase Bonet Navarro, A., *op. cit.*, nota 227, p. 172.

²³⁷ *Cfr.* la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en especial el apartado XIV.

La respuesta puede ser afirmativa, al menos en cuanto a la finalidad del recurso, porque convierte al recurso extraordinario por infracción procesal en un instrumento de protección de derechos fundamentales. En cambio, en cuanto a su estructura procesal no se encuentra especial trascendencia, porque, aunque se plantea la protección de estos derechos, se mantiene, en esencia, la función de anulación y reenvío de sentencias que se apartan de la legalidad procesal.

En nuestra opinión, la incorporación de este motivo 4o. implica que el recurso extraordinario por infracción procesal se convierte, en lo sustancial, en un instrumento de protección de los derechos fundamentales y, por tanto, en un medio indirecto de protección de la Constitución. En efecto, aunque por lo que respecta a la tramitación y a la actividad procesal el recurso extraordinario por infracción procesal conserva la apariencia externa, la forma de una casación por quebrantamiento de forma, lo cierto es que la actividad jurisdiccional sufre una profunda transformación; el tribunal se encuentra ahora en la tesitura de realizar un contraste entre los hechos alegados como vulneradores del derecho fundamental y el contenido de estos derechos (texto constitucional y jurisprudencia que amplía y determina este contenido).²³⁸

Así, el recurso extraordinario por infracción procesal, en tanto se dirige a la tutela de los derechos fundamentales contenidos en el artículo 24 de la CE, se constituye en un medio de defensa de la Constitución,²³⁹ teniendo en un ámbito más específico —limitado a la protección del artículo 24 de la CE— una finalidad similar a la del recurso de amparo constitucional.²⁴⁰

²³⁸ Esta actividad del tribunal como aplicador de la Constitución implica la consolidación de su obligación genérica de proteger a la Constitución.

²³⁹ Al hablar de defensa de la Constitución lo hacemos en el sentido señalado por el maestro Fix-Zamudio para quien “la defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y evolución de las disposiciones constitucionales...”, cfr. Fix-Zamudio, H., *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución*, México, 1999, p. 24.

²⁴⁰ En sentido inverso, encontramos que la doctrina se ha ocupado de la función casacional del recurso de amparo; así, en relación con el contenido del artículo 5.4 de la LOPJ, que establece que la infracción de la Constitución puede ser motivo de casación, Pérez Tremps afirma que el amparo funciona como una casación por infracción de la Constitución (Pérez Tremps, P., *op. cit.*, nota 106, pp. 148 y ss.). También Díez-Picazo

Sin embargo, en lo que se refiere a su estructura procesal y al objeto del recurso, no se modifica la naturaleza de querella de nulidad que es propia de la casación por motivos procesales, por lo que el recurso extraordinario por infracción procesal mantiene misma naturaleza jurídica, aun cuando se interponga por razón del motivo 4o. del artículo 469.1.

De hecho, la introducción de este motivo en realidad supone el reconocimiento del déficit de protección constitucional de los derechos fundamentales de naturaleza procesal²⁴¹ y favorece las posibilidades de su tutela al introducir un procedimiento por medio del cual la acción de impugnación, que se podría ejercitar ante el Tribunal Constitucional, puede hacerse valer ante un órgano jurisdiccional perteneciente al Poder Judicial, que es el “juez natural” de la Constitución.

Ahora bien, si a través del recurso extraordinario por infracción procesal se ejerce —en terminología de Calamandrei— una acción de impugnación con apariencia formal de medio de gravamen, es decir, si se trata del ejercicio de un derecho subjetivo a obtener la anulación de la sentencia viciada, ¿se está reconociendo con ello a los justiciables un nuevo derecho procesal a la anulación de la sentencia de apelación, o este derecho ya está contenido en el artículo 24 CE?

Como hemos considerado en el capítulo I, los derechos fundamentales de naturaleza procesal son, a un mismo tiempo, tanto derechos públicos subjetivos como garantías de la función jurisdiccional; garantías que, en esencia, ya se encontraban incorporadas en las leyes procesales y que, al ser incorporadas a la Constitución, adquieren una especial protección, aunque, en lo esencial, continúan siendo las garantías procesales que existían antes del moderno constitucionalismo. La protección de estos derechos a través del recurso extraordinario por infracción procesal no implica una actividad distinta a la que en esencia se perseguía con la casación por motivos procesales. Es decir, si el objeto del recurso de casación por motivos procesales era la existencia de un derecho de impugnación, es decir, la existencia de una “concreta voluntad de ley (procesal) que dé al autor (al recurrente) el derecho a obtener la variación de la sentencia”,²⁴² ahora el objeto del recurso extraordinario por infracción procesal basado

Giménez señala que en muchos aspectos el recurso de amparo funciona como una supercasación (Díez-Picazo Giménez, I., *op. cit.*, nota 99, p. 77).

²⁴¹ *Cfr. supra*, lo que decimos al respecto en el capítulo I.

²⁴² *Cfr. Calamandrei, op. cit.*, nota 223.

en su motivo 4o. consiste en determinar si existe un derecho constitucional de impugnación; es decir, se trata de determinar si existe una vulneración a alguno de los derechos fundamentales contenidos en el artículo 24 de la Constitución, y, por tanto, si existe un derecho a que la sentencia —en general, toda la actividad procesal que se encuentre contaminada con esta vulneración— sea anulada o declarada inexistente.

El motivo 4o. tiene así una importancia intrínseca, que no es otra que la de facultar a un tribunal ordinario a realizar una labor enjuiciadora de protección de la norma fundamental, que en la mayoría de los casos se ha dejado al juez constitucional.

La introducción expresa de las vulneraciones de los derechos fundamentales procesales contenidos en el artículo 24 de la CE como motivo alegable en el recurso extraordinario por infracción procesal implica, de este modo, la creación de un sistema de protección de estos derechos fundamentales puesto en manos de la jurisdicción ordinaria, dejando entonces para el recurso de amparo —en materia civil— una función más interpretativa, que habría de reforzar la “dimensión objetiva” de este recurso constitucional.

3. Consecuencias de la suspensión de la entrada en vigor del régimen de recursos extraordinarios de la LEC

Como es sabido, el sistema de recursos extraordinarios de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se encuentra vigente y en su lugar se aplica un régimen provisional establecido en su Disposición transitoria decimosexta. Como veremos a lo largo del desarrollo de este trabajo, la Disposición final decimosexta y la interpretación que de ella realiza la Sala Primera del Tribunal Supremo implica profundos cambios al sistema en muchos aspectos.

Así, respecto del sistema propuesto en el texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se modifica el elenco de resoluciones recurribles, limitándolo a las sentencias de segunda instancia, se traslada la competencia funcional de los tribunales superiores de justicia al Tribunal Supremo, y se establece que sólo podrán ser recurridas en infracción procesal aquellas sentencias que lo puedan ser en casación, lo que nos remite a los supuestos en que la cuantía supere los 150.000 euros, o en que se demuestre la concurrencia del denominado “interés casacional”.

Por lo que respecta a la naturaleza del recurso extraordinario por infracción procesal, el hecho de atribuírselo a la Sala Primera del Tribunal Supremo tiene especial incidencia en lo que es el diseño del recurso de casación, y aunque en lo sustancial la actividad jurisdiccional y el objeto del recurso no sufren cambio alguno, en realidad el sistema se trastoca, quedando limitada su eficacia. En efecto, el dato de que conozca de él el Tribunal Supremo conlleva que un recurso en el que se otorga primacía para el *ius litigatoris* se planteará ante un órgano que, de acuerdo con el sistema de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se pretendía reservar para la emisión de criterios de interpretación sobre las normas sustantivas nuevas o que presentaran un problema jurídico no resuelto con plenitud por los órganos de instancia.

Sin embargo, si nos centramos en la actividad que desempeñará el juzgador, nos encontraremos con que la Sala Primera del Tribunal Supremo estará abocada a realizar únicamente un juicio rescindente, es decir, tratará de precisar la existencia o inexistencia del derecho de impugnación, en los términos propios de una *querella nullitatis*.

4. Concepto del recurso extraordinario por infracción procesal

En cuanto al concepto²⁴³ del recurso extraordinario por infracción procesal, podemos afirmar que nos encontramos ante un recurso devolutivo extraordinario a través del cual se pretende la anulación de resoluciones definitivas dictadas por las audiencias provinciales ante la existencia de una infracción de normas procesales o de una vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución.

Podemos agregar, siguiendo el texto legal, que estas resoluciones frente a las que procede son las dictadas en segunda instancia; sin embargo, en nuestra opinión, esta afirmación requiere hacer la aclaración de que el concepto de segunda instancia, a partir de la regulación de la Ley 1/2000, ha variado en su contenido (véase *infra*, § IV, donde abordamos el tema).²⁴⁴

²⁴³ La casación “procesal” es definida por Gómez Orbaneja del siguiente modo: “Es un medio de impugnación extraordinario de sentencias definitivas (o autos equiparados a ellas: v. artículos 403 y 1690), contra las que no quepa ningún otro recurso, mediante el cual el recurrente, pidiendo su anulación, somete al Tribunal Supremo, único en la nación, [el juicio de derecho contenido en la parte dispositiva de la resolución impugnada o] la actividad procesal de las instancias inferiores” (*op. cit.*, nota 214, p. 485).

²⁴⁴ Díez-Picazo Giménez afirma que el recurso procede ante sentencias de segunda instancia (*op. cit.*, nota 71, pp. 460 y 461). Igualmente, Moreno Catena señala que este

Finalmente, deseamos destacar que, de acuerdo con la lógica del régimen de recursos extraordinarios, la configuración de este recurso como la vía última por la que la jurisdicción ordinaria puede corregir las vulneraciones a los derechos fundamentales procesales contenidos en el artículo 24 de la Constitución, lo convierte en un paso previo y obligatorio al recurso de amparo constitucional.²⁴⁵ Por ello, cabría esperar que incida tanto en la disminución en el número de recursos de amparo ante la jurisdicción constitucional,²⁴⁶ como directamente lo hará en el número de recursos ante el Tribunal Supremo.

III. FINALIDAD DEL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL: LA FUNCIÓN DEL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL DENTRO DEL SISTEMA DE RECURSOS EXTRAORDINARIOS DISEÑADO POR LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

La finalidad que desempeña el recurso extraordinario por infracción procesal, de acuerdo con el régimen propuesto por la LEC, es la de generar un cauce de protección de los derechos procesales de los justiciables. En efecto, si se tiene en cuenta quiénes son los órganos competentes, las facultades que se les otorgan y los motivos por los que se puede interponer, se llega a la conclusión de que este recurso se dirige a la protección del *ius litigatoris*, otorgando a los justiciables un instrumento/medio de impugnación para la protección de sus derechos procesales.

La anterior afirmación se sustenta en el análisis de la reforma del sistema de recursos extraordinarios que se propone en la Ley de Enjuicia-

recurso se abre frente a “todas las resoluciones de segunda instancia, dictadas por las Audiencias, sin excepción” (*op. cit.*, nota 152, p. 413).

²⁴⁵ Así lo afirma la propia exposición de motivos de la Ley: “Los recursos de amparo por invocación del artículo 24 de la Constitución han podido alargar mucho, hasta ahora, el horizonte temporal de una sentencia irrevocable, ya excesivamente prolongado en la jurisdicción ordinaria según la Ley de 1881 y sus posteriores reformas. *Pues bien: esos recursos de amparo fundados en violaciones del artículo 24 de la Constitución dejan de ser procedentes si no se intentó en cada caso el recurso extraordinario por infracción procesal*” (las cursivas son nuestras). Esta afirmación parece ser pacífica en la doctrina: así lo entienden Bonet Navarro, *op. cit.*, nota 227, pp. 172 y 173, y Ortells Ramos, M., *op. cit.*, nota 122, p. 556.

²⁴⁶ Este aspecto del recurso ha sido muy destacado por la doctrina: *cfr.* Montón Redondo, A. et al., *Derecho jurisdiccional*, t. II: *Proceso civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 435.

miento Civil, que se plantea como la respuesta del legislador²⁴⁷ al problema de la saturación de la Sala Primera del Tribunal Supremo ante un exceso de recursos de casación, utilizados, en muchas ocasiones, de forma irresponsable, y que había redundado en una tramitación excesivamente prolongada de los procesos. Además, hay que recordar la existencia de un importante conjunto de materias que se encontraban excluidas del acceso a la casación.²⁴⁸ Este conjunto de circunstancias condicionan el desarrollo de las funciones del Tribunal Supremo, y obliga a plantearse la necesidad de hacer una revisión crítica de la correspondencia entre la finalidad y el funcionamiento de los recursos extraordinarios, con especial incidencia en el recurso de casación.²⁴⁹

De esta manera, de acuerdo con el legislador,²⁵⁰ la reforma buscó lograr tres finalidades. En primer lugar, se quiso terminar con la distorsión en el uso del recurso de casación, utilizado como una tercera fase procesal necesaria para la determinación del derecho en el caso concreto. La segunda finalidad buscada era la de potenciar o reforzar la posición del Tribunal Supremo como órgano vértice del Poder Judicial, favoreciendo su función de órgano creador de doctrina jurisprudencial de calidad. Estas dos primeras finalidades obligaban a un replanteamiento del recurso de casación y de su ámbito, que habría de limitarse a los recursos por infracción de ley y, por tanto, con exclusión de su competencia de los recursos de casación fundados en motivos procesales. Y, junto a lo anterior, el legislador decidió afrontar también el déficit de protección de los derechos fundamentales de naturaleza procesal,²⁵¹ estableciendo el recurso extraordinario por infracción procesal, que pretende intensificar, ante la jurisdicción civil, la tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal. A pesar de que nos centraremos en la última de las finalida-

²⁴⁷ La exposición de motivos señala que el origen de la reforma propuesta es la preocupación por la efectividad de la tutela judicial en lo referente a los problemas del recurso de casación. *Cfr.* párrafo XIV.

²⁴⁸ La problemática de la casación civil y del funcionamiento de la Sala Primera del Tribunal Supremo se encuentra recogida en Consejo General del Poder Judicial, *El Libro Blanco de la Justicia*, *cit.*, nota 129, pp. 170 y ss.

²⁴⁹ De la Oliva Santos, al exponer los criterios de este nuevo régimen de recursos extraordinarios, afirma que la LEC 1/2000 pretende una casación que se pueda insertar dentro del nuevo marco de finalidad y funciones de la casación y de los tribunales supremos que se está dando a nivel mundial (*cfr. op. cit.*, nota 130, p. 127).

²⁵⁰ *Cfr.* la exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en especial el ya citado párrafo XIV.

²⁵¹ Véase *supra* capítulo I.

des mencionadas, las tres se encuentran estrechamente ligadas, por lo que debemos entrar a comentar las primeras dos finalidades para poder desarrollar adecuadamente la tercera.

En relación con la intención de combatir el abuso del derecho a recurrir en casación, que en la exposición de motivos se enuncia como “el deseo de superar la idea del recurso de casación como una necesaria instancia para la determinación del derecho en el caso concreto”, debemos señalar que era evidente una deformación en la práctica del recurso de casación,²⁵² al existir un claro abuso de su utilización, con el fin de suspender la modificación de una situación ya declarada antijurídica por los tribunales de instancia. Esta idea se encontraba generalizada en la doctrina española, donde era ya un lugar común señalar la necesidad de la reforma para corregir las condiciones vigentes.²⁵³

La Ley de Enjuiciamiento Civil parte de un reconocimiento de esta problemática, y busca su solución desde varios ángulos. Así, en términos generales, debe tenerse en cuenta la regulación que facilita la ejecución provisional, con lo que los recursos quedan privados de cualquier eventual sentido dilatorio. En relación más directa con el recurso de casación resulta aún más destacable la objetivación del interés casacional.²⁵⁴ Se

²⁵² La exposición de motivos de la LEC, en su párrafo XIV expresa lo siguiente: “Por coherencia plena con una verdadera preocupación por la efectividad de la tutela judicial y por la debida atención a los problemas que la Administración de Justicia presenta en todo el mundo, esta Ley pretende una superación de una idea, no por vulgar menos influyente, de los recursos extraordinarios y, en especial, de la casación, entendidos, si no como tercera instancia, sí, muy frecuentemente, como el último paso necesario, en muchos casos, hacia la definición del Derecho en el caso concreto”.

²⁵³ Véase Fernández Ballesteros, M. A. y Oliva Santos, A. de la, *op. cit.*, nota 137, pp. 557 y ss.

²⁵⁴ En este sentido, en la Ley 1/2000 se considera que concurre interés casacional no sólo mediante la fijación de un parámetro de cuantía elevada, sino además, existirá interés casacional en los asuntos sustanciados por razón de la materia cuando estos sean resueltos contra doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o, si fuera el caso, de los tribunales superiores de justicia; o sobre cuestiones en los que exista jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales. Igualmente concurrirá interés casacional cuando las normas cuya infracción se denuncie lleven en vigor menos de cinco años. En este último lapso de tiempo, no considera previsible que se haya podido establecer doctrina jurisprudencial, con la excepción de que sí exista tal doctrina sobre normas anteriores de igual o similar contenido.

Artículo 477. Motivo del recurso de casación y resoluciones recurribles en casación.

2. Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos:

abandona con ello la línea inspiradora de las reformas anteriores, que buscaban limitar el acceso a casación únicamente a través del aumento de la cuantía mínima para que el recurso fuera procedente.

La configuración del interés casacional se encuentra estrechamente ligada al segundo de los objetivos de la reforma del régimen de recursos extraordinarios que hemos señalado: desarrollar la función del Tribunal Supremo como órgano creador de doctrina jurisprudencial de calidad, al favorecer la función casacional de creación de criterios de jurisprudencia. Se puede afirmar que ésta es la finalidad principal de la reforma que en esta materia fue propuesta por la Ley de Enjuiciamiento Civil. En efecto, el recurso de casación tiene claramente desde su origen una finalidad distinta a la de aportar una nueva revisión del proceso; su existencia está ligada al interés en controlar la labor de interpretación y aplicación judicial de la ley, y en evitar que se aparte de lo determinado por el legislador.

La casación surge como medio de proteger la actividad del legislador frente al juez,²⁵⁵ por lo que la función nomofiláctica es consustancial a este recurso, junto a la función de unificación de los criterios interpretativos de las normas.²⁵⁶ Ambas funciones tradicionalmente configuran el interés público —denominado frecuentemente *ius constitutionis*— al que responde el instituto de la casación; y junto a estas funciones, con un carácter más instrumental, se reconoció el servicio del recurso al interés de los particulares —esto es, la tutela a través de la casación del llamado *ius litigatoris*—.

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

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.

²⁵⁵ A este respecto, la doctrina ha señalado que el surgimiento del recurso de casación se halla en la preocupación por proteger la ley, en tanto emanación perfecta de la voluntad popular, de las distorsiones que implica la interpretación de los jueces. Véase Calamandrei, P., *op. cit.*, nota 142, pp. 59 y ss.

²⁵⁶ *Cfr.* Taruffo, M., *op. cit.*, nota 143, p. 168.

La Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, considera que el recurso de casación debe ser el instrumento principal del Tribunal Supremo en la función de producción de criterios jurisprudenciales de calidad.²⁵⁷ De hecho, la función casacional de establecer doctrina jurisprudencial revestida de especial *auctoritas* se ha señalado como el objetivo principal de los recursos extraordinarios.²⁵⁸

Para lograr esta finalidad es necesario transformar las condiciones en las que el Tribunal Supremo realiza su labor. El modelo elegido es el de un tribunal creador de criterios jurisprudenciales que, por la calidad le otorguen una especial *auctoritas*. Y para lograrlo el Tribunal Supremo debe estar integrado por pocos magistrados —sólo un número reducido de integrantes posibilita la uniformidad en los criterios—, que conozcan de pocos casos, aunque de especial trascendencia.²⁵⁹ Es necesario que la Sala Primera concentre su actividad en un número reducido de asuntos, pero que al mismo tiempo no existan materias que se encuentren excluidas del ámbito de su competencia funcional. En esta tesisura, la Ley de Enjuiciamiento Civil opta por replantear el ámbito del recurso de la casa-

²⁵⁷ Esto se puede encontrar expresamente en varios párrafos del parágrafo XIV de la exposición de motivos:

“Con la convicción de que la reforma de la Justicia, en este punto como en otros, no puede ni debe prescindir de la historia, de la idiosincrasia particular y de los valores positivos del sistema jurídico propio, la tendencia de reforma que se estima acertada es la que tiende a *reducir y mejorar, a la vez, los grados o instancias de enjuiciamiento pleno de los casos concretos para la tutela de los derechos e intereses legítimos de los sujetos jurídicos, circunscribiendo, en cambio, el esfuerzo y el cometido de los tribunales superiores en razón de necesidades jurídicas singulares, que reclamen un trabajo jurídico de especial calidad y autoridad.*

La presente 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 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.

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*”(las cursivas son nuestras).

²⁵⁸ Cfr. Taruffo, M., *op. cit.*, nota 143, p. 67.

²⁵⁹ Cfr. Oliva Santos, A. de la y Díez-Picazo Giménez, I., *op. cit.*, nota 146, p. 16.

ción civil y elimina las impugnaciones de infracciones de normas procesales, al reconocer que, por un lado atienden principalmente al *ius litigatoris* —interés que debe ser secundario para un tribunal con la función deseada—, y que en segundo término, en el sistema jurídico español las infracciones procesales se encuentran comprendidas entre los derechos fundamentales de naturaleza procesal —por lo que es el Tribunal Constitucional quien dicta la última palabra al respecto—.

Por otra parte, puede observarse que al optar por un modelo de Tribunal Supremo con la finalidad de crear doctrina jurisprudencial, el legislador se acerca al modelo que se ha llamado de Corte Suprema, en el que la labor del órgano vértice del Poder Judicial se proyecta hacia el futuro, buscando establecer los criterios que favorezcan la interpretación más justa de las normas sustantivas, ya sean de nueva creación o de los nuevos problemas que la evolución de la realidad y, por tanto, del tráfico jurídico plantean.²⁶⁰ En efecto, se busca evitar que el Tribunal Supremo busque la solución justa *del caso concreto* y se concentre en la búsqueda de la interpretación más justa *de la norma*; como se ha señalado, la búsqueda de la solución justa del caso concreto es una actividad que se dirige hacia el pasado, por lo que la uniformidad en la interpretación es sólo contingente.²⁶¹

De acuerdo con el sistema propuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil, la función primordial de la casación es la de obtener doctrina jurisprudencial que sirva de guía en la interpretación futura de las normas al resto del Poder Judicial, es decir, se busca favorecer el *ius constitutio-nis*. En consecuencia, es lógico no mantener la competencia del Tribunal Supremo en el ámbito del control de los vicios *in procedendo* dado que, como se ha dicho, tiende a la protección del *ius litigatoris*, además de ser una materia sobre la que podrá pronunciarse posteriormente el Tribunal Constitucional al realizar la interpretación última sobre el artículo 24 CE. A ello hay que agregar que la casación por motivos procesales ocupa una buena proporción de los recursos materiales y personales disponibles.

Esta decisión de excluir los motivos procesales de la casación, con fundamento en la superioridad del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de naturaleza procesal, conlleva la necesidad de asegurar una mejor protección de estos derechos ante la jurisdicción civil, lo

²⁶⁰ *Cfr.* Taruffo, M., *op. cit.*, nota 143, p. 98.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 168.

que conduce a la configuración del recurso extraordinario por infracción procesal.

De acuerdo con el legislador, la nueva configuración del recurso extraordinario por infracción procesal está basada en dos elementos del ordenamiento jurídico español:

De un lado, la posibilidad de que el legislador decidiera no establecer un sistema de recursos extraordinarios en el ámbito civil, ya que la obligación de una segunda instancia sólo existe para la materia penal, y siempre que se trate de una sentencia de condena. De esta forma se entiende la afirmación del legislador de que era “perfectamente posible” que decidiera no regular ninguna clase de recurso extraordinario para las infracciones procesales.²⁶²

El otro elemento que el legislador utiliza para fundamentar la nueva configuración del recurso extraordinario por infracción procesal es la afirmación de que las violaciones *in procedendo* son históricamente secundarias a la casación. En nuestra opinión, lo que el legislador quiere señalar con esta afirmación es que las vulneraciones procesales son ajenas a la finalidad a que se dirige la creación del recurso de casación. En efecto, y como demuestra Calamandrei, la finalidad del recurso de casación es asegurar que el Poder Judicial se conduzca con un exacto apego a la ley, en tanto emanación del principio de la voluntad popular. Son las vulneraciones del juez las que representan un auténtico peligro para la obra del legislador. De esta forma, el recurso de casación tiene su justificación en la búsqueda de un exacto cumplimiento del principio de la división de poderes, por lo que es su finalidad nomofiláctica la históricamente esencial.

²⁶² De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, no existe con base en el artículo 24 CE una obligación de regular un sistema de recursos; sin embargo, se establece que, una vez existentes los recursos, sí existe la obligación de no vedar irrazonablemente el acceso a éstos: *cfr.* la STC 119/1998, de 4 de junio, que en su fundamento jurídico 1o. dice: “1. ...como viene señalando este Tribunal en constante doctrina..., el acceso a los recursos tiene una distinta relevancia constitucional que el acceso a la jurisdicción. Mientras que el derecho a una respuesta judicial sobre las pretensiones esgrimidas goza de naturaleza constitucional, en tanto que deriva directamente del artículo 24.1 CE, el derecho a la revisión de una determinada respuesta judicial tiene carácter legal. El sistema de recursos, en efecto, se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le otorga cada una de las leyes reguladoras de los diversos órdenes jurisdiccionales, sin que, como hemos precisado en el F. 5 de la STC 37/1995, «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)»”.

Considerando que, por un lado, el legislador tiene un amplio margen constitucional de configuración del régimen de recursos, y que, por otro, para el recurso de casación la finalidad esencial es la protección del interés público, sería asumible, en el plano teórico, la posibilidad de que se diseñara un sistema de recursos en el que los vicios *in procedendo* no tuvieran acceso a los recursos extraordinarios.

Sin embargo, debe considerarse que, por un lado, los recursos para depurar las infracciones procesales contribuyen a la buena marcha de los procesos en lo particular y de la administración de justicia en general, aspecto donde resalta especialmente el *ius litigatoris*. Por otro lado, debe recordarse que el legislador no había cumplido plenamente con uno de los mandatos derivados de la Constitución española de 1978, en lo atinente a la obligación de establecer una vía de protección de los derechos fundamentales de naturaleza procesal ante la jurisdicción ordinaria, obligación derivada del contenido del artículo 53.2 de la CE.

En efecto, la constitucionalización o la elevación a nivel de garantía constitucional de la mayor parte de los derechos subjetivos procesales a través del artículo 24 de la Constitución, ha complicado el cumplimiento del mandato del artículo 53.2 de la Constitución.²⁶³ Esta cuestión es abordada por el legislador, que propone resolver la aporía planteada a través del recurso extraordinario por infracción procesal ante los tribunales superiores de justicia de las Comunidades Autónomas.

De esta forma, encontramos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil —y en su régimen de recursos extraordinarios— una finalidad que, sin ser la principal —que ya hemos dicho es potenciar la calidad de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo—, produce un resultado muy importante: reforzar la tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal a través de una vía expedita residenciada en la jurisdicción ordinaria. Se busca reparar de esta forma las vulneraciones a los derechos subjetivos de naturaleza procesal y, en su defecto, que encuentren un camino franco hacia el recurso de amparo.

En otras palabras, dado que en virtud del artículo 123 de la Constitución el Tribunal Constitucional es la instancia suprema en lo relativo a las garantías constitucionales, la vulneración de estos derechos siempre podrá ser reclamada mediante amparo, razón por la que se opta por excluirlos

²⁶³ Cuestión ya bastante destacada por la doctrina, véase Oliva Santos, A. de la Díez-Picazo Giménez, I., *Tribunal Constitucional...cit.*, nota 42.

del ámbito de la casación. Sin embargo, dado que en el ordenamiento español existía un déficit de protección de los derechos fundamentales de naturaleza procesal, el legislador arbitra un recurso extraordinario, ante unos órganos jurisdiccionales que se encuentran prácticamente carentes de competencias en términos reales, ofreciendo a todo justiciable que se considere afectado en sus derechos procesales una vía no saturada para obtener la reparación de la infracción procesal o de sus derechos fundamentales de naturaleza procesal, en un tiempo razonable. Entre los efectos directos de este planteamiento se espera que la resolución de las vulneraciones de estos derechos fundamentales se realice directamente ante los tribunales superiores de justicia de las Comunidades Autónomas, lo que a su vez tendría el efecto mediato o indirecto de aliviar la sobrecarga de recursos de amparo que por vulneraciones al artículo 24 CE se presentan ante el Tribunal Constitucional.

En consecuencia, podemos afirmar que la finalidad del recurso extraordinario por infracción procesal es la protección del interés del particular afectado en sus derechos procesales, es decir, el objetivo del recurso es proteger el *ius litigatoris*.²⁶⁴ En menor medida, se le puede reconocer al recurso una función nomofiláctica, aunque muy acotada por las limitaciones de los efectos de la sentencia, ya comentados.

IV. ÓRGANO COMPETENTE: EL PAPEL DE LAS SALAS DE LO CIVIL Y PENAL DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La atribución a los tribunales superiores de justicia de las Comunidades Autónomas de la competencia funcional para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal es una de las características esenciales del nuevo régimen de recursos extraordinarios diseñado en la Ley de Enjuiciamiento Civil (*cfr. supra* capítulo II, así como el § III de este capítulo). En efecto, el artículo 468 de la Ley 1/2000 atribuye a las salas de lo civil y de lo penal de los tribunales superiores de justicia, actuando como salas de lo civil, el conocimiento de este recurso; con ello se busca, entre otros objetivos, contribuir al establecimiento de una vía más expe-

²⁶⁴ Cuando se otorga preferencia a la protección del interés individual, lo que se busca es la solución justa del caso concreto, entrando en lo que Taruffo llama modelo de la tercera instancia de la casación, por lo que, entonces, la igualdad en la aplicación de la ley y la uniformidad de la jurisprudencia adquieren una importancia “contingente” (*cfr.* Taruffo, M., *op. cit.*, nota 143, p. 168).

dita para la protección de los derechos fundamentales de naturaleza procesal por los cauces de los recursos.

La atribución de esta competencia a las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia pasaba, eso sí, por una modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de tramitación parlamentaria paralela a la del proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil. Lamentablemente, y como consecuencia de intereses políticos absolutamente alejados de la mejora de la administración de justicia en España, el proyecto de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial no superó la votación definitiva en el Congreso de los Diputados, lo que impidió, entre otras cosas, que el sistema de recursos extraordinarios diseñado por la LEC pudiera entrar plenamente en vigor.

Para paliar tan anómala situación, se introdujo en la LEC la Disposición final decimosexta, que se ocupa de regular de forma provisional los recursos extraordinarios de casación y por infracción procesal en tanto, previa reforma de la LOPJ, puedan asumir plenamente los tribunales superiores de justicia la competencia para conocer del segundo de ellos.

En consecuencia, la mencionada Disposición final decimosexta²⁶⁵ establece que corresponderá conocer de este recurso a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, con la excepción de los casos en que el derecho civil, foral o especial propio de las Comunidades Autónomas sea el que haya sido de aplicación para resolver el fondo del asunto: en estos casos, junto a la competencia para conocer de los recursos de casación, también les corresponderá a los tribunales superiores de justicia conocer del recurso extraordinario por infracción procesal.

En el presente apartado se pretende estudiar la estructura y competencias de los tribunales superiores de justicia de las Comunidades Autónomas, buscando determinar su naturaleza jurídica, así como la posibilidad de atribuirles la competencia de casación procesal fundada en derecho común. Posteriormente revisaremos la competencia de la salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia en materia de casación

²⁶⁵ La Disposición final decimosexta, sobre régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios, establece en este punto lo siguiente: “1a. 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”.

“foral”, así como las implicaciones de que conozcan del recurso extraordinario por infracción procesal —ya que en estos casos no dejan de aplicar la ley procesal, que es común a toda España—. Finalmente, veremos la situación establecida por la Disposición final decimosexta que, en líneas generales, es la misma que prevalecía con la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Como es sabido, uno de los elementos más controvertidos²⁶⁶ de este recurso, heredero de la casación por quebrantamiento de forma, es precisamente la decisión de atribuir su conocimiento a las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia. Estos órganos jurisdiccionales se instauran en el párrafo segundo del artículo 152.1 de la Constitución española²⁶⁷ y su desarrollo legal se encuentra en el capítulo III del título IV —“De la composición y atribuciones de los órganos jurisdiccionales”— de la LOPJ, así como en los respectivos estatutos de autonomía de las Comunidades Autónomas —en la medida en que se mantengan dentro de los límites establecidos por los artículos 148 y/o 149.1 de la CE—.²⁶⁸

A partir de una primera aproximación al texto constitucional, lo ambiguo de la expresión “culminará”,²⁶⁹ relacionado con el hecho de que este artículo 152 está ubicado en el capítulo tercero “De las Comunidades Autónomas”, del título VIII “De la organización territorial del Estado” de la Constitución, pudiera llevar a pensar *a priori* que se otorgan com-

²⁶⁶ Cfr. las críticas a la constitucionalidad del régimen de recursos extraordinarios de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya analizadas en el § III de este mismo capítulo.

²⁶⁷ Artículo 152.1.II CE: “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”.

²⁶⁸ En este sentido señala De Otto que, dado que la LOPJ entró en vigor con posterioridad a los estatutos de Autonomía, de encontrarse contradicciones entre estas normas, podría haberse planteado la inconstitucionalidad de la LOPJ. Sin embargo, derivado de los límites establecidos en la CE a las materias regulables en los Estatutos, en el hipotético caso de una contradicción entre estas normas prevalecería la LOPJ, puesto que “las normas estatutarias que incurran en exceso, vulnerando los artículos 148 o 149 CE, no son resistentes frente al legislador orgánico, no lo desapoderan de su potestad de libre regulación de las materias” (cfr. Otto Pardo, I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, 1989, p. 223).

²⁶⁹ La expresión del texto constitucional es retomada por la LOPJ en su artículo 70: “El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma culminará la organización judicial en el ámbito territorial de aquélla, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo”.

petencias a las Comunidades Autónomas sobre la función jurisdiccional. Sin embargo, esto no se corresponde con el principio de *unidad jurisdiccional*, contenido en el artículo 117.5 de la propia CE,²⁷⁰ y mucho menos con la reserva exclusiva a favor del Estado en materia de administración de justicia²⁷¹ establecido en el artículo 149.1.5 CE.²⁷²

²⁷⁰ Artículo 117.5 CE: “El principio de la unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución”.

²⁷¹ Sobre la configuración de este principio de reserva exclusiva del Estado es interesante la lectura del voto particular formulado por el magistrado De Mendizábal Allende y al que se adhiere Jiménez de Parga y Cabrera en la sentencia Tribunal Constitucional núm. 105/2000 (Pleno), de 13 abril: “2. No es ocioso, al efecto que me interesa, traer a colación en el preámbulo de mi discurso, por una parte, que la Justicia es competencia exclusiva del Estado como tal, según el artículo 149.1.5 de la Constitución, siguiendo en esto una tradición casi milenaria, pues era la primera de las prerrogativas de la Corona en Las Partidas y en nuestro Derecho Histórico. Se califica como exclusiva, insisto, y lo es en un sentido propio, a diferencia de otras que no obstante tal consideración de principio se recogen en algunos de los Estatutos de Autonomía, también adjetivadas así —exclusivas— con posibilidad de desarrollo legislativo y ejecución por las correspondientes Comunidades. Se ha dicho ya que la operación jurídica de sumar competencias exclusivas estatales y autonómicas, da por resultado competencias compartidas (STC 135/1992, de 5 de octubre). No es éste el caso de la Justicia. El Estado, en su acepción estricta, no comparte con ningún otro tal atribución. Sobre ella sólo pueden legislar las Cortes Generales, su gobierno corresponde al Consejo General del Poder Judicial, cuyos componentes son elegidos por aquéllas, e impartirla es tarea exclusiva de los Jueces y Tribunales. Al Ejecutivo le queda exclusiva y residualmente una misión logística, suministrar los medios personales y materiales mientras no se solucione la aporía de la autarquía presupuestaria.

Las Comunidades Autónomas, cualesquiera que fueren sus características y su nivel de competencias, carecen de ella, en el sentido propio y riguroso de la expresión, como categoría jurídica, respecto de la materia. Algunos Estatutos permiten a ciertas Comunidades la posibilidad de intervenir en contados procedimientos administrativos para la consecución de objetivos mediales, instrumentales. Así, en la elaboración de las demarcaciones judiciales, participarán por vía de propuesta no vinculante, determinarán por Ley propia la capitalidad de los partidos judiciales y podrán gestionar todo tipo de recursos (artículos 35.2, 36.6 y 37.3 LOPJ). Así también los concursos y oposiciones para la cobertura de vacantes del personal judicial serán convocados a instancia de la Generalidad (artículo 22 del Estatuto de Cataluña, que el 315 LOPJ hace extensivo a todas las Comunidades). Se trata de una colaboración instrumental en aspectos accesorios, sin incidencia en el complejo estructura-función cuya regulación se reserva a las Cortes Generales por medio de Ley como ya se dijo y luego habrá ocasión de analizar”.

²⁷² Artículo 149.1 CE. “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:... 5a. Administración de Justicia”.

Esta cuestión, entre otras varias, fue resuelta por el Pleno del Tribunal Constitucional en la Sentencia núm. 56/1990, de 29 de marzo, que resolvió los recursos de inconstitucionalidad 859/1985, 861/1985, 864/1985 y 870/1985 acumulados, promovidos por el Parlamento de la Generalidad de Cataluña, el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, la Junta de Galicia y el Gobierno Vasco contra determinados preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La mencionada sentencia establece que, en sentido estricto, administración de justicia es equivalente a la función jurisdiccional de juzgar y ejecutar lo juzgado.²⁷³ Esta potestad es competencia exclusiva del Estado,²⁷⁴ con la excepción relativa a la participación

²⁷³ *Cfr.* el fundamento jurídico 60. de la sentencia: “El artículo 149.1.5 de la Constitución reserva al Estado como competencia exclusiva la «Administración de Justicia»; ello supone, en primer lugar, ...que el Poder Judicial es único y a él le corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y así se desprende del artículo 117.5 de la Constitución; en segundo lugar, el gobierno de ese Poder Judicial es también único, y corresponde al Consejo General del Poder Judicial (artículo 122.2 de la Constitución). La competencia estatal reservada como exclusiva por el artículo 149.1.5 termina precisamente allí”.

²⁷⁴ Esta línea jurisprudencial se ha mantenido en decisiones posteriores del Tribunal Constitucional, y se ha ido perfilando. Así, se ha declarado que los procesos de selección de los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial forman parte de la materia inaccesible a las Comunidades Autónomas, en la STC núm. 158/1992 (Pleno), de 26 octubre f. j. 2:

“El Consejo Ejecutivo catalán pretende que se le reconozca la competencia para convocar concursos para la provisión de plazas de Jueces y Magistrados vacantes en su territorio, pretensión que fundamenta en una interpretación del artículo 18 EAC que no se corresponde con la efectuada por este Tribunal en la ya citada STC 56/1990. En efecto, en dicha Sentencia se ha interpretado el alcance de las cláusulas subrogatorias como las contenidas en el meritado precepto estatutario, en el sentido de considerarlas referidas únicamente a la «Administración de la Administración de Justicia», quedando claro que «las competencias que asumen las Comunidades Autónomas por el juego de la cláusula subrogatoria no pueden entrar en el núcleo de la Administración de Justicia en sentido estricto, materia inaccesible por mandato del artículo 149.1.5 de la Constitución» [fundamento jurídico 80., apartado a] y STC 62/1990 [fundamento jurídico 50., apartado a]. En punto a los procesos de selección de los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, es evidente que nos encontramos en el ámbito de lo que la STC 56/1990 ha calificado de «materia inaccesible» a las Comunidades Autónomas por imperativo del artículo 149.1.5 de la Constitución, toda vez que tales procesos selectivos —en los que, obviamente se integra la fase de convocatoria ahora discutida— determinan de manera incuestionable la integración de un conjunto orgánico —el Poder Judicial— cuyo estatuto y régimen jurídicos es de la exclusiva competencia del Estado.

De otra parte, y aun siendo clara la incardinación de la competencia controvertida en el ámbito del artículo 149.1.5 de la Constitución y, por ello, su evidente titularidad estatal, a la misma conclusión habría de conducir la aplicación de lo dispuesto en el artículo 122.1 CE; pues del mismo modo que en la STC 56/1990 se sostuvo que la decisión del

de las Comunidades Autónomas en la organización de las demarcaciones judiciales.

Ahora bien, lo anterior no es óbice para que las Comunidades Autónomas puedan asumir competencias en esta materia, ya que el concepto de administración de justicia comprende, además, los medios materiales y personales necesarios, a los que se les denomina “administración de la Administración de Justicia”.²⁷⁵ Así, las Comunidades Autónomas en mate-

legislador orgánico de integrar al personal al servicio de la Administración de Justicia en Cuerpos Nacionales, aun cuando no era constitucionalmente la única aceptable, determinaba en todo caso que «lo que afecta a la selección, formación y perfeccionamiento (del citado personal) posee una dimensión supraautonómica» (fundamento jurídico 11, apartado a), dando lugar a su atribución —como competencia— al Estado, con mayor razón ha de admitirse esa titularidad estatal cuando la integración de los Jueces y Magistrados en un único Cuerpo —con las consecuencias ya señaladas— no responde a una legítima decisión legislativa, sino a un expreso mandato del constituyente, que ha configurado a los órganos jurisdiccionales como integrantes de un único poder judicial (artículo 117.3 CE).

En definitiva, sea por la vía del artículo 149.1.5, sea por la del artículo 122.1, es lo cierto que toda competencia en materia de selección de Jueces y magistrados corresponde, con carácter exclusivo, al Estado”.

²⁷⁵ En la misma STC 56/1990 de 29 de marzo de 1990 el Tribunal Constitucional definió los límites a las competencias de las Comunidades Autónomas en esta materia; en el fundamento jurídico 8 se señala lo siguiente:

“A) En primer lugar, y por obvio que resulte, hay que recordar que las competencias que asumen las Comunidades Autónomas por el juego de la cláusula subrogatoria no pueden entrar en el núcleo de la Administración de Justicia en sentido estricto, materia inaccesible por mandato del artículo 149.1.5 de la Constitución, sin perjuicio de la excepción relativa a la demarcación judicial, tema sobre el que posteriormente se volverá.

B) En segundo término, tampoco pueden las Comunidades Autónomas actuar en el ámbito de la «Administración de la Administración de Justicia» en aquellos aspectos que la LOPJ reserva a órganos distintos del Gobierno o de alguno de sus departamentos.

C) En tercer lugar, y esto lo aceptan las Comunidades recurrentes, la asunción de las facultades que corresponden al Gobierno encuentra un límite natural: el propio ámbito de la Comunidad Autónoma. Dicho de otra forma, el alcance supracomunitario de determinadas facultades del Gobierno excluyen la operatividad de la cláusula subrogatoria; como ejemplos se citan, entre otros, el de la dependencia del Centro de Estudios Judiciales, adscripción del Instituto de Toxicología o la cooperación internacional.

D) En cuarto lugar, la remisión se realiza a las facultades del Gobierno lo que, en consecuencia, identifica las competencias asumidas como de naturaleza de ejecución simple y reglamentaria, excluyéndose, en todo caso, las competencias legislativas.

E) En quinto lugar, al analizar cada uno de los supuestos concretos de invasión de competencias, el marco de enjuiciamiento no puede ser sólo la competencia residual sobre «administración de la administración de justicia»; ello porque en cada caso habrá que determinar si existen otros títulos competenciales con incidencia en la materia”.

ria de administración de justicia y en virtud de las cláusulas subrogatorias²⁷⁶ contenidas en los estatutos de autonomía, solamente pueden asumir competencias sobre la “administración de la Administración de Justicia”. Estas competencias serán de carácter ejecutivo y reglamentario, pero sólo en aquellas cuestiones que no rebasen el ámbito propio de cada Comunidad Autónoma, o que hayan sido previamente atribuidas por la Ley Orgánica del Poder Judicial al gobierno o al Ministerio de Justicia, quedando excluidas las competencias legislativas.

Llegados a este punto, es claro que del texto constitucional se debe extraer la consecuencia de que los tribunales superiores de justicia no son órganos de las Comunidades Autónomas, sino órganos del Poder Judicial con sede en cada Comunidad.²⁷⁷

De esta manera se explica que los tribunales superiores de justicia, en cuanto a su estructura, se encuentren regulados por la LOPJ: el artículo 72 de este texto legal señala que estarán integrados por tres salas, una de lo civil y penal, otra de lo contencioso administrativo y otra de lo social. El artículo 78 abre la posibilidad de que, además de estas salas, cuando se requiera por el número de asuntos u otras circunstancias, puedan crearse con carácter excepcional, salas adicionales de lo contencioso administrativo o de lo social.

De igual forma, la integración de estos órganos sigue los lineamientos de la LOPJ: así, de acuerdo con los artículos 72.2, 336 y 338²⁷⁸ se inte-

²⁷⁶ Sentencia Tribunal Constitucional núm. 97/2001 (Pleno), de 5 abril: “4. En cuanto al ámbito a que deben ceñirse las competencias de las Comunidades Autónomas derivadas de las cláusulas subrogatorias, puesto que aquéllas ejercen competencias que, de no existir dichas cláusulas, correspondería al Gobierno de la Nación, dijimos, en lo que aquí interesa, que dichas competencias se refieren «a facultades de naturaleza reglamentaria o meramente ejecutivas, debiéndose excluir, en consecuencia, las competencias legislativas», y teniendo en cuenta que, al analizar cada uno de los supuestos concretos de invasión de competencias, el marco de enjuiciamiento concreto no puede ser sólo la competencia residual sobre «administración de la Administración de Justicia», pues en cada caso habrá que determinar si concurren otros títulos competenciales con incidencia en la materia» (STC 62/1990, f. 5)”.

²⁷⁷ En este sentido, *cfr.* Montero Aroca, J. et al., *Derecho jurisdiccional*, t. I: *Parte general*, 10a. ed., Valencia, 2000, p. 92.

²⁷⁸ Artículo 72. “1. El Tribunal Superior de Justicia estará integrado por las siguientes Salas: de lo Civil y Penal, de lo Contencioso Administrativo y de lo Social.

2. Se compondrá de un Presidente, que lo será también de su Sala de lo Civil y Penal, y tendrá la consideración de Magistrado del Tribunal Supremo mientras desempeñe el cargo; de los Presidentes de Sala y de los Magistrados que determine la ley para cada una de las Salas y, en su caso, de las Secciones que puedan dentro de ellas crearse”.

grará con un presidente, que lo será también de su sala de lo civil y penal, nombrado por el rey mediante real decreto, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, que lo elegirá entre magistrados que lo hubieren solicitado y que lleven veinte años en la carrera judicial y diez en la categoría de magistrado. La duración del mandato será de cinco años, con la posibilidad de renovarse este nombramiento, por períodos sucesivos de cinco años.

El presidente del Tribunal Superior de Justicia sólo cesará en sus funciones por el transcurso del periodo de su nombramiento, por dimisión aceptada del CGPJ o por expediente disciplinario, y tendrá la consideración de magistrado del Tribunal Supremo mientras desempeñe el cargo. Debe señalarse que, aunque corresponda al Pleno del CGPJ la elección del presidente de este Tribunal, se reconoce que se trata de un nombramiento discrecional, de contenido político.²⁷⁹

La integración de los tribunales superiores de justicia se completa de acuerdo con los artículos 72 y 330 de la LOPJ. Así, los tribunales superiores de justicia se integrarán con los presidentes de sala de lo contencioso administrativo y de lo social, así como con los magistrados que determine la ley para cada una de las salas y, en su caso, de las secciones que puedan dentro de ellas crearse. Los magistrados serán nombrados por concurso, que se resolverá en favor de quienes, ostentando la catego-

Artículo 336. “1. Los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia se nombrarán por un periodo de cinco años a propuesta del Consejo General del Poder Judicial entre Magistrados que hubieren prestado diez años de servicios en la categoría, lo hubieren solicitado y lleven, al menos, veinte años perteneciendo a la Carrera Judicial.

2. El nombramiento de Presidente de un Tribunal Superior de Justicia tendrá efectos desde su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», sin perjuicio de la preceptiva publicación en el «Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma».”

Artículo 338. “Los Presidentes de la Audiencia Nacional, de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias cesarán por alguna de las causas siguientes:

1. Por expiración de su mandato, salvo que sean confirmados en el cargo por sucesivos períodos de cinco años.

2. Por dimisión, aceptada por el Consejo General.

3. Por resolución acordada en expediente disciplinario”.

²⁷⁹ Se afirma incluso que la valoración sobre el conocimiento del idioma y del derecho civil especial o foral de las referidas Comunidades Autónomas, como mérito preferente en los concursos para órganos jurisdiccionales del territorio de una Comunidad Autónoma, no se fijan puesto que no hay concurso propiamente dicho para proveer la Presidencia, ni esta Presidencia es un órgano jurisdiccional (*cfr.* Otto, I. de, *op. cit.*, nota 268, p. 225).

ría necesaria, tengan mejor puesto en el escalafón. Si la sala o sección se compusiere de cinco o más magistrados, el número de plazas cubiertas por este sistema será de dos.

Resulta de especial interés el hecho de que, en la sala de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia, una de cada tres plazas habrá de cubrirse con 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 de la propia Comunidad Autónoma. Las restantes plazas serán cubiertas por magistrados nombrados a propuesta del Consejo General del Poder Judicial entre los que lleven cinco años en la categoría y tengan especiales conocimientos en derecho civil foral o especial propio de la Comunidad Autónoma.

Cabe preguntarse cuáles son las razones que determinan la configuración de estos órganos, esto es, la función que deben desempeñar y el sentido en que deben entenderse las afirmaciones que señalan que estos órganos “son sin duda el más importante reflejo de la estructura territorial del Estado sobre el Poder Judicial”.²⁸⁰

A nuestro juicio, es posible deducir la respuesta de las principales competencias que las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia tienen atribuidas por la Ley Orgánica del Poder Judicial: en primer término, se les otorga competencia sobre el recurso de casación y de revisión, siempre que se fundamenten en el derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad; y, en segundo término, se les atribuye competencia para conocer de las demandas de responsabilidad civil frente a los altos cargos políticos de las Comunidades Autónomas, trasladando al ámbito local el esquema previsto en la Constitución para los altos cargos del Estado —aforados, éstos, ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo—.²⁸¹

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 197.

²⁸¹ Artículo 73. “1. La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conoce, como Sala de lo Civil:

a) Del recurso de casación que establezca la ley contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde en 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.

Estas competencias tienen claramente como referencia la forma de organización del Estado español: por un lado, suponen el reconocimiento de uno de los llamados “hechos diferenciales” de las Comunidades Autónomas, como lo es el derecho propio, foral o especial, existente en algunas de ellas; por otro lado, estas competencias suponen la concesión de una garantía procesal para los altos cargos del gobierno de las Comunidades Autónomas. Se vislumbra, pues, que al determinar las competencias de los tribunales superiores de justicia, las razones del legislador atienden más a la naturaleza de la organización política del Estado que a cuestiones técnico-procesales de reparto de competencias entre órganos jurisdiccionales. En este sentido, se puede afirmar que estos órganos, y específicamente sus salas de lo civil y penal, “respondieron a una determinada concepción política, la que puede determinarse como Estado de las Autonomías”.²⁸²

Sin embargo, pese a que sea la misma Ley Orgánica del Poder Judicial la que determine que las salas de lo civil y penal tengan una escasa

ma, 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 cualquiera de sus secciones.

c) De las cuestiones de competencia entre órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma que no tengan otro superior común.

3. Como Sala de lo Penal, corresponde a esta Sala:

a) El conocimiento de las causas penales que los Estatutos de Autonomía reservan al conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia.

b) La instrucción y el fallo de las causas penales contra Jueces, Magistrados y miembros del Ministerio Fiscal por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su cargo en la Comunidad Autónoma, siempre que esta atribución no corresponda al Tribunal Supremo.

c) La decisión de las cuestiones de competencia entre órganos jurisdiccionales del orden penal con sede en la Comunidad Autónoma que no tengan otro superior común.

4. Le corresponde, igualmente, la decisión de las cuestiones de competencia entre Juzgados de Menores de distintas provincias de la Comunidad Autónoma”.

²⁸² Montero Aroca, J., “La reforma de las salas de lo civil y penal”, *Ensayos de derecho procesal*, Barcelona, 1996, p. 67.

carga competencial, no debe soslayarse que esta situación se traduce en una infrautilización de los recursos humanos y materiales de estos órganos, que destaca aún más en comparación con el número de magistrados y de asuntos resueltos en las salas de lo social y de lo contencioso administrativo de los mismos tribunales superiores de justicia.²⁸³

SALAS DE LO CIVIL Y PENAL (asuntos civiles)

Año	Pendientes inicio de año	Registrados	Sentencias dictadas	Pendientes fin de año	Resueltos totales
1990	19	56	—	14	61
1994	35	108	52	51	92
1998	50	175	82	55	170

SALAS DE LO CIVIL Y PENAL (asuntos penales)

Año	Pendientes inicio de año	Registrados	Sentencias dictadas	Pendientes fin de año	Resueltos totales
1990	60	273	—	102	231
1994	123	426	16	137	412
1998	182	601	94	177	606

SALAS DE LO CIVIL Y PENAL (asuntos civiles + penales)

Año	Pendientes inicio de año	Registrados	Sentencias dictadas	Pendientes fin de año	Resueltos totales
1990	79	329	—	116	292
1994	158	534	68	188	504
1998	232	776	176	232	776

²⁸³ De acuerdo con el Consejo General del Poder Judicial, lo más destacable de los tribunales superiores de justicia es “su escasa actividad, que reclama la oportuna reforma para que asuma más competencias de las que tiene ahora y evite el despilfarro que supone su estado actual”, *cfr.* Consejo General del Poder Judicial, *Memoria 1999*, vol. II, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 32, 91, 125, 139 y 156.

Esto se hace evidente si comparamos los datos de las salas de lo civil y penal, con las salas contencioso administrativo y de lo social, en las tablas.

SALAS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Año	Pendientes inicio de año	Registrados	Sentencias dictadas	Pendientes fin de año	Resueltos totales
1990	100,016	53,181	—	103,609	49,588
1994	136,183	105,688	41,954	161,720	80,151
1998	273,472	134,684	56,079	311,172	96,984

SALAS DE LO SOCIAL

Año	Pendientes inicio de año	Registrados	Sentencias dictadas	Pendientes fin de año	Resueltos totales
1990	—	—	—	—	—
1994	38,587	53,484	39,593	44,123	47,948
1998	54,664	59,449	57,620	52,240	61,873

Cabe preguntarse, asimismo, si del texto constitucional es posible extraer un contenido competencial mínimo o específico para los tribunales superiores de justicia de las Comunidades Autónomas, en especial, si se trae a colación el párrafo 3 del artículo 152.1 CE.²⁸⁴ Ahora bien, cabe señalar que de la norma en sí misma no es posible deducir en definitiva cuáles habrán de ser las competencias de estos órganos jurisdiccionales. Sin embargo, a partir de este precepto, se pueden deducir tres conclusiones: en primer lugar, que queda abierta la posibilidad de recursos no calificables como instancia, y que se sustancien ante órganos radicados *fuera* de la Comunidad Autónoma —cosa que sucede con el recurso de casación ante el Tribunal Supremo—; en segundo lugar, que las instancias, en caso de existir, pueden no agotarse precisamente ante el Tribunal Superior de Justicia, sino ante algún tribunal inferior; y, por último, que el propio Tribunal Superior de Justicia puede no ser un tribunal de instancia, sino tener otros cometidos, tales como, en el caso que nos interesa, ser competente en materia de recursos extraordinarios.²⁸⁵

Recapitulando, cabe decir que nos hallamos ante órganos cuyas competencias tienen su origen en decisiones políticas relacionadas con el

²⁸⁴ Artículo 152.1 CE. “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”.

²⁸⁵ En este sentido *cfr.* Otto Pardo, I. de, *op. cit.*, nota 268, pp. 197, 198 y 229.

modelo de organización del Estado, pero que significan un escaso aprovechamiento de unos medios que, dadas las necesidades de la administración de justicia, bien podrían ser mejor utilizados. En definitiva, como hemos señalado antes, la Constitución española reserva al Tribunal Constitucional la última palabra en materia de derechos fundamentales, y garantiza al Tribunal Supremo que se erija como cauce de unificación de criterios jurisprudenciales en todas las demás materias, por lo que el control de la legalidad procesal, en sí mismo, no es exclusivo del Tribunal Supremo: respetando estos márgenes constitucionales, los tribunales superiores de justicia pueden colaborar en esta labor. Ante este panorama se puede afirmar que residenciar el recurso extraordinario por infracción procesal ante estas salas de lo civil supone aprovechar mejor los recursos humanos y materiales de estos órganos. Se ha señalado, además, que esta nueva competencia está acorde con la posición de primacía dentro del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma y que resulta coherente con el hecho de que algunos de estos tribunales conozcan de la casación en materia de derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad.²⁸⁶

Como ya se ha mencionado, el sistema propuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil no está vigente, resultando competente para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Esta atribución de la competencia funcional al Tribunal Supremo impide el cumplimiento de las finalidades del régimen de recursos extraordinarios y, de hecho, restablece la situación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en la que este órgano era el competente para conocer del recurso de casación fundado en los primeros tres motivos contenidos en el artículo 1692.

Sin embargo, derivado de la misma Disposición final decimosexta, existe un supuesto en el que serán los tribunales superiores de justicia los que conocerán del recurso extraordinario por infracción procesal: “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”. Para que este supuesto se concrete deberán concurrir los requisitos establecidos en el artículo 478.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a

²⁸⁶ Cfr. Muñoz Jiménez, F. J., “Comentario al artículo 468”, en Fernández Ballesteros, M. A. et al. (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Iurgium-Atelier, 2000, vol. II, p. 2209.

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 esta atribución. Estos dos requisitos sólo concurren en nueve tribunales superiores de justicia, los de las siguientes Comunidades Autónomas: Aragón, Cataluña, Extremadura, Galicia, Islas Baleares, Murcia, Navarra, País Vasco y Valencia.

V. RESOLUCIONES RECURRIBLES

En cuanto a las resoluciones frente a las que cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal, la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el artículo 468 *in fine*, establece que serán recurribles por este medio las sentencias y autos dictados por las audiencias provinciales que pongan fin a la segunda instancia.

De esta forma, a los fines de establecer la procedencia de este recurso, es necesario determinar cuándo existe una segunda instancia procesal y cuáles son las resoluciones que le ponen fin. Sin embargo, debemos señalar que el legislador, al limitar el ámbito de resoluciones recurribles a las dictadas por las audiencias provinciales, niega la procedencia de este recurso frente a las sentencias que, de conformidad con los artículos 85.3 de la LOPJ y 455.2.1 LEC,²⁸⁷ son dictadas por los juzgados de primera instancia en recursos de apelación interpuestos frente a resoluciones dictadas por los jueces de paz en asuntos de su competencia.

De igual manera, la simple enunciación del precepto señalado permite excluir la posibilidad de interponer recurso extraordinario por infracción procesal frente a las resoluciones dictadas en única instancia por el Tribunal Supremo o los tribunales superiores de justicia, en los términos de los artículos 56.2 y 3 y 73.2 apartados a y b de la LOPJ.

Asimismo, no será procedente el recurso extraordinario por infracción procesal frente a las resoluciones dictadas por las audiencias provincia-

²⁸⁷ Artículo 85 LOPJ. Los juzgados de primera instancia conocerán en el orden civil:

3º. De los recursos que establezca la ley contra las resoluciones de los Juzgados de Paz del partido.

Artículo 455 LEC. Resoluciones recurribles en apelación. Competencia y tramitación preferente.

2. Conocerán de los recursos de apelación:

1º. Los juzgados de Primera Instancia, cuando las resoluciones apelables hayan sido dictadas por Juzgados de Paz de su partido.

les, en los términos de lo establecido por el artículo 82.5 de la LOPJ, en las cuestiones de competencia civil que se susciten entre juzgados de la provincia que no tengan otro superior común,²⁸⁸ ni en materia de recusación de sus magistrados, cuando la competencia no esté atribuida a una sala especial de los tribunales superiores de justicia.

Por lo que respecta al concepto de segunda instancia, es cierto que existe una estrecha relación entre éste y la apelación, lo que se confirma por el epígrafe al capítulo III del título IV, del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil denominado: “De la apelación y de la segunda instancia”. Por lo tanto, aunque apelación y segunda instancia son usados muchas veces como términos equivalentes, no son, en paridad, sinónimos. En este sentido, es tradicional afirmar que la segunda instancia se abre siempre mediante un recurso de apelación, pero no todo recurso de apelación abre una segunda instancia.²⁸⁹

Con el sistema de recursos de la antigua LEC de 1881, que permitía apelar independientemente algunas resoluciones interlocutorias, la anterior distinción permitía afirmar que estas apelaciones frente a resolución interlocutoria no abrían una segunda instancia.²⁹⁰ Esta segunda etapa procesal sólo existía cuando la apelación se interponía frente a una resolución definitiva que resolviera sobre el fondo. Dicho en otras palabras, la segunda instancia consistiría en un nuevo enjuiciamiento de lo que haya sido el objeto del proceso en la primera instancia,²⁹¹ por lo que únicamente existiría si la primera instancia hubiera concluido su tramitación ordinaria con sentencia resolutoria sobre el objeto del proceso. Por lo tanto, no se puede hablar con propiedad de que hubiera una segunda instancia cuando se apelaba una resolución que hacía imposible la continuación del pleito —para decirlo en los términos del artículo 1689 de la antigua LEC de 1881—, pero que no era la mencionada sentencia.²⁹²

²⁸⁸ Al respecto, el artículo 60.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que el auto que decide sobre esta cuestión no es recurrible.

²⁸⁹ *Cfr.* Fernández Ballesteros, M. A. y Oliva Santos, A. de la, *op. cit.*, nota 137, p. 535.

²⁹⁰ Por ejemplo, los autos que estiman la declinatoria o la excepción de cosa juzgada.

²⁹¹ *Cfr.* Montero Aroca, J., *op. cit.*, nota 227, p. 384.

²⁹² Esta afirmación la tomamos de Vallines García, E., “Notas sobre el concepto de resolución definitiva y de segunda instancia en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, inédito.

Así, la finalidad de la segunda instancia era “proceder a un nuevo examen del material introducido en primera instancia y de aquel otro que, según las distintas legislaciones, se pueda aportar una vez concluida la misma, al objeto de resolver las pretensiones deducidas por las partes”. Galán Urbano, P. L., “La prueba en segunda instancia”, *Bole-*

Llevar esta conclusión al régimen de recursos extraordinarios de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente implicaría permitir el recurso extraordinario por infracción procesal en un número muy limitado de supuestos y, en consecuencia, vaciar de contenido este recurso que, como hemos visto, se dirige al control de la regularidad de las normas procesales y a garantizar la vigencia de los derechos fundamentales de naturaleza procesal. Considerando que, bajo la vigencia de la anterior Ley de 1881, la casación por quebrantamiento de forma era el medio para recurrir una amplia variedad de resoluciones, nos encontramos que trasladar sin modificación el concepto de segunda instancia a la interpretación del citado artículo 468 de la Ley de Enjuiciamiento Civil nos lleva a un panorama donde, en comparación con el sistema anterior, el legislador disminuye las posibilidades de defensa del justiciable frente a vulneraciones de sus derechos procesales.

Considerar que la segunda instancia, de acuerdo con los términos de la LEC vigente, únicamente se abre con la apelación frente a la sentencia sobre el fondo que da fin a la tramitación ordinaria, necesariamente nos llevaría a concluir que el recurso extraordinario por infracción procesal sólo procede contra resoluciones dictadas en un número muy limitado de apelaciones —únicamente en el caso ya mencionado de sentencias sobre el fondo dictadas en primera instancia, cuando la resolución que se apela es la sentencia que resuelve el fondo de la primera instancia—, y, en consecuencia, no cabría la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal en el amplio abanico de supuestos en que la Audiencia Provincial se pronuncia sobre apelaciones contra autos que impiden de manera definitiva la continuación del proceso.²⁹³

tín de Información del Ministerio de Justicia, núms. 1255, 25 de octubre de 1981, y 1256, 5 de noviembre de 1981, p. 3.

²⁹³ Trataremos de hacer un recuento de los supuestos en que se pueden dictar autos que pongan fin al proceso y que, en términos generales, estiman la falta de presupuestos procesales o la concurrencia de impedimentos procesales alegados por la parte interesada.

1) El auto que aprecia la falta de capacidad para ser parte o de capacidad procesal (artículo 9o. LEC).

2) El auto que estima la falta de competencia internacional (artículos 36, 38 y 39 LEC).

3) El auto que estima la falta de jurisdicción de los tribunales civiles (artículos 37, 38 y 39 LEC).

4) El auto que declara la falta de competencia objetiva (artículo 48 LEC).

Así pues, la utilización de este criterio restrictivo de segunda instancia, que conlleva esta merma en la protección de los derechos procesales, debe descartarse atendiendo a la finalidad de este recurso.²⁹⁴ En efecto, este criterio va en contra de la finalidad declarada por el legislador en la exposición de motivos,²⁹⁵ por lo que, en nuestra opinión, el concepto de segunda instancia de que habla el artículo 468 de la Ley debe fundarse en una interpretación teleológica y sistemática del recurso.

En este sentido, para precisar el concepto de segunda instancia en la Ley de Enjuiciamiento Civil debemos tomar en consideración dos preceptos que indirectamente intervienen en la delimitación de su ámbito: el artículo 207.1,²⁹⁶ que define el concepto de resoluciones definitivas; y el artículo 206.2.2,²⁹⁷ que introduce la categoría de autos definitivos.²⁹⁸ De

5) Los autos que inadmitan la demanda en algún caso y causa expresamente prevista en la ley; el que inadmite demanda de responsabilidad contra jueces y magistrados por no ser firme la resolución que pone fin al proceso en que se suponga causado el agravio o por no haberse recurrido oportunamente el acto u omisión que se considera causante del agravio; cuando se inadmitan las demandas por no acompañar a ella los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquéllas o no se hayan intentado conciliaciones o efectuado requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales (artículo 403 LEC).

6) El auto que inadmite la demanda en el juicio verbal por faltar algún requisito especial de admisibilidad (artículo 439).

7) El auto que pone fin al proceso —o que declara la rebeldía del demandado— al no subsanarse durante la audiencia, o en el plazo concedido para estos efectos, defectos de capacidad o de representación (artículo 418.2).

8) El auto que pone fin al proceso por no constituirse el litisconsorcio necesario (artículo 420.4).

9) El auto de sobreseimiento dictado por el tribunal que aprecie litispendencia o cosa juzgada (artículo 421.1).

²⁹⁴ En este sentido *cfr.* Díez-Picazo, I. “Comentario al artículo 468”, en Díez-Picazo, I. *et al.*, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001, p. 807.

²⁹⁵ Como ya hemos citado al hilo de la nueva configuración de la casación y del recurso objeto de nuestro estudio la exposición de motivos, en el párrafo XIV, señala que “este recurso extraordinario por infracción procesal amplía e intensifica la tutela judicial ordinaria de los derechos fundamentales de índole procesal,...”.

²⁹⁶ *Cfr.* artículo 207.1 LEC. “Son resoluciones definitivas las que ponen fin a la primera instancia y las que decidan los recursos interpuestos frente a ellas”.

²⁹⁷ *Cfr.* artículo 206.2.2. “Revestirán la forma de auto las resoluciones que pongan fin a las actuaciones de una instancia o recurso antes de que concluya su tramitación ordinaria”.

²⁹⁸ Al respecto, se ha señalado que el 468 de la Ley es un artículo que tiene un ámbito más amplio que el establecido por el artículo 466 LEC, ya que este último precepto señala que serán recurribles las sentencias de segunda instancia dictadas por las audiencias provinciales. Sin embargo, aunque es cierto que el referido artículo 466 no menciona a

la combinación de estos artículos, podemos afirmar que la instancia procesal concluye con una resolución definitiva, entendiendo por ésta la resolución que hace imposible la continuación del proceso; que le pone fin, ya sea ésta un auto o una sentencia. De esta forma, la noción de resolución definitiva en la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente responde al concepto clásico. Esto es evidente puesto que el artículo 1689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no habla sólo de hacer imposible la continuación del pleito, sino de “poner término al proceso”, que finalmente es lo mismo que “poner fin a una instancia o recurso extraordinario”. En favor de esta interpretación vemos que la Ley de Enjuiciamiento Civil utiliza a menudo la expresión “resoluciones que ponen fin al proceso”.²⁹⁹

los autos, debe considerarse que esto se debe a que su contenido está determinado por su ubicación sistemática —se encuentra dentro del trámite ordinario de la segunda instancia—, lo que explica que se refiera a la sentencia, en cuanto forma ordinaria de terminación de la segunda instancia. En consecuencia, el artículo 468 recoge la referencia a las sentencias de segunda instancia y la complementa con el artículo 206.2.2. II que, como hemos visto, establece que por medio de auto se pondrá fin a las actuaciones de una instancia o recurso antes de que concluya su tramitación ordinaria. En este sentido, Bonet Navarro, A., *op. cit.*, nota 227, p. 177.

299 Al respecto véase la exposición de motivos apartado XII: “...es una exigencia racional y constitucional de la efectividad de la tutela judicial que se resuelvan, cuanto antes, las eventuales cuestiones sobre presupuestos y óbices procesales, de modo que se eviten al máximo las sentencias que no entren sobre el fondo del asunto litigioso y cualquier otro tipo de *resolución que ponga fin al proceso* sin resolver sobre su objeto, tras costosos esfuerzos baldíos de las partes y del tribunal”.

Apartado XIII, párrafo 1: “recurso de reposición contra las resoluciones que no pongan fin al proceso”.

Artículo 227.2. “2. Sin perjuicio de ello, el tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído *resolución que ponga fin al proceso*, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular”. Y en relación con este artículo dice la exposición de motivos apartado IX: “Se mantiene el sistema ordinario de denuncia de los casos de nulidad radical a través de los recursos o de su declaración, de oficio, antes de dictarse *resolución que ponga fin al proceso*”.

Artículo 228.1. “1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma que hayan causado indefensión, siempre que, por el momento en que se produjeron, no hubiera sido posible denunciar esos defectos antes de recaer *resolución que ponga fin al proceso* y que ésta no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario”. La exposición de motivos apartado IX justifica por qué la incongruencia no debe constituir un motivo del incidente de nulidad *post sententiam* regulado en el artículo 228 y, en ese transce, afirma: “Porque la incongruencia de las *resoluciones que pongan fin al proceso*,...”.

Ahora bien, conviene hacer notar que no siempre que se apela una resolución definitiva se abre una segunda instancia. Como imperativo lógico para que se abra una segunda instancia debe haber existido previamente una primera, por lo que, a nuestro entender, se debe distinguir entre las apelaciones dentro de la primera instancia del proceso declarativo y las realizadas previas al juicio, después de él o fuera de él.

Ocurre entonces que el elemento que define la existencia o no de una segunda instancia, ya no será la posibilidad de una nueva decisión sobre lo que fue objeto del proceso —ya que, eventualmente, la primera instancia puede concluir sin que exista este tipo de resolución—, sino que habrá segunda instancia cuando el tribunal superior tenga la posibilidad de confirmar o revocar y modificar la resolución que “puso fin al proceso en la primera instancia”.³⁰⁰

La distinción entre apelación y segunda instancia, de esta forma, reside en que la apelación es el medio causal con que se inicia la segunda instancia y esta segunda fase del proceso está formada por el conjunto de actos procesales encaminados a la obtención de una resolución que surgen a consecuencia de la interposición del recurso.³⁰¹ De esta manera, y recapitulando, a partir de la enunciación de la parte final del artículo 468 de la Ley —así como del artículo 477.2, que establece los casos en que procede el recurso de casación—,³⁰² consideramos que se abre una segunda instancia en el proceso declarativo, siempre y cuando exista la posibilidad de que el tribunal competente confirme o revoque y sustituya parcial o totalmente la resolución que puso fin a la primera instancia.³⁰³

Artículo 403.2. “...mientras no sea firme la *resolución que ponga fin al proceso*”.

Artículo 456.2. “2. La apelación contra sentencias desestimatorias de la demanda y contra *autos que pongan fin al proceso* carecerá de efectos suspensivos...”.

Artículo 497. “1. La resolución que declare la rebeldía se notificará al demandado por correo, si su domicilio fuere conocido y, si no lo fuere, mediante edictos. Hecha esta notificación, no se llevará a cabo ninguna otra, excepto la de la *resolución que ponga fin al proceso*.

2. La sentencia o *resolución que ponga fin al proceso* se notificará...”.

³⁰⁰ En este sentido Díez-Picazo señala “Ahora bien, a este respecto debe tenerse muy en cuenta que sí abren una segunda instancia los recursos de apelación frente a autos definitivos dictados en primera instancia”. *Cfr.* Oliva Santos, A. de la y Díez-Picazo Giménez, I., *op. cit.*, nota 71, p. 462.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 446.

³⁰² Artículo 477.2 LEC: “Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en *segunda instancia* por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos...”.

³⁰³ *Cfr.* Oliva Santos, A. de la y Díez-Picazo Giménez, I., *op. cit.*, nota 71, p. 443.

Dicho en otras palabras, para la Ley de Enjuiciamiento Civil, en un proceso de declaración, una segunda instancia *siempre* se abre con el recurso de apelación que se interpone contra cualquier resolución definitiva que ponga fin a la primera instancia.³⁰⁴

A favor de esta conclusión podemos señalar un argumento fundado en la sistemática de la Ley, ya que el artículo 476 LEC —que trata de la sentencia y sus efectos— señala que si el recurso extraordinario por infracción procesal se hubiese interpuesto contra sentencia que *confirme* la falta de jurisdicción o de competencia, y la sala lo estimare, tras casar la sentencia, ordenará al tribunal de que se trate que inicie o prosiga el conocimiento del asunto,³⁰⁵ supuesto que sólo puede realizarse cuando se apela el auto que declaró la falta de jurisdicción y competencia, con lo que es evidente que la Ley de Enjuiciamiento Civil asume el concepto de segunda instancia de una forma más amplia.

En conclusión, serán recurribles por infracción procesal las sentencias dictadas por las audiencias provinciales que pongan fin a la segunda instancia una vez que haya concluido su tramitación ordinaria.³⁰⁶ Asimismo, serán recurribles en infracción procesal, tanto los autos que, dictados por las audiencias provinciales, ponen fin anticipado al proceso durante la tramitación de la segunda instancia como los autos que acuerdan o confirmán la decisión de poner término a las actuaciones de primera instancia³⁰⁷ en forma distinta de la ordinaria.³⁰⁸

³⁰⁴ Es interesante la opinión de Garberí Llobregat en el sentido de afirmar que el concepto de segunda instancia queda excluido de la ley y correlativamente reservado al ámbito de la doctrina, a quien le corresponderá determinar si la configuración legal de la apelación abre o no una segunda instancia, *cfr.* “La segunda instancia en el anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *La Ley, Revista Jurídica Española*, diario 4419, 18 de noviembre de 1997.

³⁰⁵ Artículo 476.2 párrafo tercero: “Si el recurso se hubiese interpuesto contra sentencia que *confirmaba* o declaraba la falta de jurisdicción o de competencia, y la Sala lo estimare, tras casar la sentencia, ordenará al tribunal de que se trate que inicie o prosiga el conocimiento del asunto, salvo que la falta de jurisdicción se hubiera estimado erróneamente una vez contestada la demanda y practicadas las pruebas, en cuyo caso se ordenará al tribunal de que se trate que resuelva sobre el fondo del asunto”.

³⁰⁶ En este sentido es de aplicación el artículo 206.2.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

³⁰⁷ Este es el supuesto del auto que acuerda la terminación de la primera instancia por desaparición sobrevenida del interés en los términos del artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Al respecto véase Gascón Inchausti, F., *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*, Madrid, 2003, pp. 237-239.

³⁰⁸ En este sentido, véase Muñoz Jiménez, F. J., *op. cit.*, nota 286, p. 2211.

Dado que el recurso extraordinario por infracción procesal, *a contrario sensu*, no procede frente a las sentencias de apelación que no son dictadas en segunda instancia, no serán recurribles las resoluciones dictadas en apelación contra el auto que deniegue las diligencias preliminares, en los términos del artículo 256.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De igual forma, no procederá el recurso frente a la apelación de los autos en materia de medidas cautelares,³⁰⁹ es decir, no procederá contra el auto que acuerda medidas cautelares sin previa audiencia del demandado, ni frente a la resolución de apelación contra el auto que acuerde o deniegue medidas cautelares en los términos de los artículos 733.2, 735.2 y 736.1 de la Ley.³¹⁰ Tampoco procederá contra la resolución de la apelación contra el auto que resuelve sobre la oposición a las medidas cautelares, de acuerdo con el 741.3.³¹¹

Por lo que respecta a los autos apelables dictados dentro del proceso de ejecución, en nuestra opinión,³¹² no procede el recurso extraordinario

³⁰⁹ No compartimos la opinión de Muñoz Jiménez, quien afirma que “podría defenderse con fundamento sólido” la recurribilidad de estos autos “valorando que la vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la CE es denunciable por infracción procesal” y que este precepto abarca también el derecho a la tutela cautelar. En nuestra opinión, esa afirmación se debe a que este autor olvida que los elementos que caracterizan este recurso como propiamente extraordinario son dos; por un lado, un elenco tasado de resoluciones recurribles y, por otro, un conjunto de motivos de interposición *numeris clausus*. Se trata de dos requisitos que deben cumplirse cada uno por su parte y que no deben confundirse, por lo que, aun siendo la tutela cautelar parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, los autos que resuelven sobre medidas cautelares no son dictados dentro de una segunda instancia, y como consecuencia de ello, no son recurribles por recurso extraordinario por infracción procesal. *Cfr. ibidem*, p. 2214.

³¹⁰ Artículo 733. Audiencia al demandado. Excepciones.

2. ...Contra el auto que acuerde medidas cautelares sin previa audiencia del demandado no cabrá recurso alguno y se estará a lo dispuesto en el capítulo III de este título.

Artículo 735. Auto acordando medidas cautelares

2. ...Contra el auto que acuerde medidas cautelares cabrá recurso de apelación, sin efectos suspensivos.

Artículo 736. Auto denegatorio de las medidas cautelares. Reiteración de la solicitud si cambian las circunstancias

1. Contra el auto en que el tribunal deniegue la medida cautelar sólo cabrá recurso de apelación, al que se dará una tramitación preferente.

³¹¹ Artículo 741. Traslado de la oposición al solicitante, comparecencia en vista y decisión.

3. El auto en que se decida sobre la oposición será apelable sin efecto suspensivo.

³¹² Artículo 522. Acatamiento y cumplimiento de las sentencias constitutivas. Solitud de actuaciones judiciales necesarias.

por infracción procesal. Por lo tanto, no será procedente frente al auto que resuelve los recursos de apelación en los casos previstos por los artículos 522.2, 559.2 II, 561.3, 563.1, 688.3 y 695.4, es decir, en los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones siguientes: el auto que deniega el despacho de la ejecución; contra el auto que deja sin

2. Quienes hayan sido parte en el proceso o acrediten interés directo y legítimo podrán pedir al tribunal las actuaciones precisas para la eficacia de las sentencias constitutivas y para vencer eventuales resistencias a lo que dispongan.

Artículo 559. Sustanciación y resolución de la oposición por defectos procesales.

2. Cuando la oposición del ejecutado se fundare, exclusivamente o junto con otros motivos o causas, en defectos procesales, el ejecutante podrá formular alegaciones sobre éstos, en el plazo de cinco días. Si el tribunal entendiere que el defecto es subsanable, concederá mediante providencia al ejecutante un plazo de diez días para subsanarlo.

Cuando el defecto o falta no sea subsanable o no se subsanare dentro de este plazo, se dictará auto dejando sin efecto la ejecución despachada, con imposición de las costas al ejecutante. Si el tribunal no apreciase la existencia de los defectos procesales a que se limite la oposición, dictará auto desestimándola y mandando seguir la ejecución adelante, e impondrá al ejecutado las costas de la oposición.

Artículo 561. Auto resolutorio de la oposición por motivos de fondo.

3. Contra el auto que resuelva la oposición podrá interponerse recurso de apelación, que no suspenderá el curso de la ejecución si la resolución recurrida fuera desestimatoria de la oposición.

Cuando la resolución recurrida sea estimatoria de la oposición el ejecutante podrá solicitar que se mantengan los embargos y medidas de garantía adoptadas y que se adopten las que procedan de conformidad con lo dispuesto en el artículo 697 de esta Ley, y el tribunal así lo acordará, mediante providencia, siempre que el ejecutante preste caución suficiente, que se fijará en la propia resolución, para asegurar la indemnización que pueda corresponder al ejecutado en caso de que la estimación de la oposición sea confirmada.

Artículo 563. Actos de ejecución contradictorios con el título ejecutivo judicial.

1. Cuando, habiéndose despachado ejecución en virtud de sentencias o resoluciones judiciales, el tribunal competente para la ejecución provea en contradicción con el título ejecutivo, la parte perjudicada podrá interponer recurso de reposición y, si se desestimare, de apelación.

Artículo 688. Certificación de dominio y cargas.

Sobreseimiento de la ejecución en caso de inexistencia o cancelación de la hipoteca.

3. Si de la certificación resultare que la hipoteca en la que el ejecutante funda su reclamación no existe o ha sido cancelada, el tribunal dictará auto poniendo fin a la ejecución. Contra esta resolución podrá interponerse recurso de apelación.

Artículo 695. Oposición a la ejecución.

4. Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución podrá interponerse recurso de apelación.

Fuera de este caso, los autos que decidan la oposición a que se refiere este artículo no serán susceptibles de recurso alguno.

efecto la ejecución despachada al estimar la oposición por motivos procesales; contra el auto que decide la oposición por motivos de fondo, cual sea el sentido del mismo; contra el auto que decide la apelación por actos de ejecución contradictorios con el título ejecutivo; contra el auto que declara el sobreseimiento de la ejecución en el caso de inexistencia o cancelación de la hipoteca, y, finalmente, contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución.

De igual forma, no procederá el recurso extraordinario por infracción procesal contra los autos que resuelven apelaciones en los casos de ejecución provisional.

VI. MOTIVOS

Como se ha comentado, estamos ante un recurso extraordinario, es decir, un recurso que procede sólo por los motivos tasados y cerrados establecidos por el legislador. Aunque, como también se ha reiterado en varias ocasiones, este recurso es heredero de la casación por quebrantamiento de forma, se distingue de éste porque los motivos que se establecen en él no siguen la tradicional distinción de vicios *in procedendo* y vicios *in indicando*, sino que en realidad ahora se pone especial énfasis en que la norma vulnerada sea de naturaleza procesal. Especial interés presenta el motivo 4º.: violación de los derechos fundamentales contenidos en el artículo 24 CE, porque existen pocas infracciones a la ley procesal que no puedan ser reconducidas a alguno de los múltiples derechos que se han englobado bajo este precepto constitucional.

1. Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional

Bajo este motivo se incluyen los anteriormente denominados en el 1692.1 LEC de 1881, abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción, así como los vicios de incompetencia contenidos en el 1692.2 LEC de 1881. Las normas que regulan estos presupuestos procesales se infringen cuando el órgano jurisdiccional deja ejercer su potestad sin que deba de hacerlo o bien cuando la ejerce no debiendo hacerlo.

A. Falta de jurisdicción

En uno de sus aspectos también es conocida como falta de competencia internacional, y, en estricto sentido, se trata de que la norma infringida es alguna de las que regulan la extensión y límites de la *jurisdicción* española. La LEC en su artículo 36 remite a la LOPJ —artículos 21 y 22— y a los tratados internacionales para determinar estos límites.

También se trata de falta de jurisdicción cuando se infringe la norma que deslinda las atribuciones de los órganos jurisdiccionales respecto de la administración o de un tribunal de cuentas. De la misma forma que para el caso anterior, la LEC establece las reglas generales en su artículo 37.1 LEC.

Finalmente, por lo que respecta a falta de jurisdicción, se incluye la infracción de normas que determinan la estimación o desestimación de la alegación de sometimiento a arbitraje. Esta posibilidad de alegación es reconocida en el artículo 39 de la LEC.

B. La infracción de normas de jurisdicción objetiva

Se entenderá que este motivo incluye aquellos casos en que las normas infringidas son las que determinan la distribución de los asuntos entre los diversos órdenes jurisdiccionales. De la misma forma que para los anteriores, la LEC en su artículo 37.2 contiene la regulación al respecto. Para Montero Aroca, en este supuesto estamos ante infracción de las normas de competencia genérica.³¹³

C. Infracción de normas de competencia objetiva y funcional

Estas normas regulan, ya dentro del orden jurisdiccional civil, ante qué órgano se desarrollará la primera instancia de un asunto. La LEC las contiene en los artículos 45-47. No debe dejar de tomarse en cuenta que estas normas se controlan de oficio, pero fuera la especialización de algunos tribunales de primera instancia, es difícil considerar un supuesto en que se infringe la competencia objetiva y mucho menos la funcional y ésta es apreciada de oficio por el tribunal.

³¹³ Montero Aroca, J., *op. cit.*, nota 227, pp. 401 y 402.

D. Infracción de competencia territorial imperativa

Aunque el artículo 469.1.1 LEC no menciona como motivo del recurso la infracción de normas de competencia territorial, el artículo 67.2 sí establece que procederá recurrir por infracción procesal cuando se infrinjan normas de competencia territorial *imperativa*. Estas normas imperativas para el proceso declarativo de acuerdo con el artículo 54 de la LEC son los números 1, 4-15 del apartado 1 más el apartado 2 del artículo 52. Para los procesos de ejecución, siempre en caso de títulos extrajudiciales, las normas imperativas están contenidas en los artículos 545.3 y 684.2 LEC. De la regulación se desprende que los tribunales superiores de justicia, con las limitaciones ya mencionadas, establecerán la interpretación de las normas de competencia territorial imperativa, pero no existirá esta creación de criterios de interpretación en lo que se refiere a las normas dispositivas.

En nuestra opinión, la distinción realizada por el legislador entre las normas imperativas y dispositivas de competencia territorial obedece a que un tribunal que conoce de un caso infringiendo una norma de competencia territorial dispositiva es tan competente como el tribunal que efectivamente lo sería, con lo que en el fondo no se disminuye ninguna garantía a los justiciables y, en cambio, permitir recurrir sus resoluciones produciría dilaciones indebidas. En cambio, el establecimiento de normas imperativas para fijar la competencia territorial obedece a razones de interés público, por lo que es lógico establecer cauces para su control.

2. Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia

Este motivo se corresponde con lo que establecía la LEC de 1881 en el primer inciso del artículo 1692.3, es decir, “quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia”. Estas normas en la LEC están contenidas casi en su totalidad en el capítulo VIII del título primero. Así, la sección primera se dedica a los aspectos externos y la sección segunda a los aspectos internos.

A. Requisitos externos

Se podrá fundar el recurso extraordinario por infracción procesal en este motivo cuando se infrinjan los requisitos establecidos en la sección

primera, principalmente en los artículos 208.2 y 3 y 209 LEC, normas que regulan la forma de la sentencias, siempre y cuando su vulneración sea determinante de nulidad, lo que no ocurre con la mayor parte de estas normas. Se incluye también el requisito de la firma de las sentencias que se encuentra fuera del capítulo VIII, en el artículo 204 LEC.

De la misma forma, se puede considerar que procede la impugnación dentro de este motivo por la infracción de las normas relativas a la inviabilidad de las resoluciones, a su aclaración y corrección, así como a las relativas a la subsanación y complemento de sentencias defectuosas o incompletas, contenidas en los artículos 214 y 215 de la LEC.

B. Requisitos internos

Para seguir el orden de la LEC en lo que respecta a los requisitos internos de la sentencia, comenzaremos por el denominado “principio de justicia rogada” contenido en el artículo 216 LEC. De acuerdo con este principio, los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, salvo que la Ley disponga otra cosa en casos especiales. En la aplicación de este principio, procederá, pues, el recurso fundado en este motivo cuando el tribunal no tenga en cuenta el allanamiento parcial del demandado.

El artículo 217 de la LEC regula la carga de la prueba, materia sobre la que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha mantenido un criterio uniforme. Si bien se pueden encontrar resoluciones que aceptan su impugnación mediante el número 3 del anterior 1692, también hay resoluciones en que señalaban que el cauce adecuado era el apartado 4 del mismo artículo. Con fundamento en que estas normas, a pesar de ser procesales, determinan el contenido de la sentencia, la doctrina se inclina a considerar que a pesar de su ubicación sistemática, la infracción de estas normas debe impugnarse por casación.³¹⁴

El artículo 218 contiene normas que se pueden referir a diversos requisitos de las sentencias. En primer término, en su apartado primero encontramos que estas resoluciones deben ser claras y precisas. Por falta de claridad se podría impugnar la sentencia que contuviera pronunciamientos contradictorios u oscuros. La imprecisión debe entenderse relaciona-

³¹⁴ Cfr. Muñoz Jiménez, F. J., *op. cit.*, nota 286, pp. 2221 y 2222; Montero Aroca, *op. cit.*, nota 227, pp. 417 y 418.

da con la prohibición de sentencias con reserva de liquidación, contenida en el artículo 219 LEC.

En cuanto a la exhaustividad, ésta comprende todos los casos en que la sentencia no se pronuncia sobre todo lo que ha sido objeto de debate en el proceso,³¹⁵ tanto de los casos en que no se pronuncia sobre una petición de fondo del actor como en los que el demandado opone una excepción material o procesal e incluso en los casos de falta de motivación.

Otro requisito de la sentencia, cuya carencia motiva que éstas puedan ser impugnadas mediante este recurso, es la congruencia de la sentencia, entendiendo por congruencia la no extralimitación de los contornos del proceso que para el juzgador fijan las partes a través de sus pretensiones y alegaciones. Se distingue entre la sentencia que concede más de lo que pide el actor o incongruencia *ultra petitum*; la sentencia que concede una cosa distinta de lo que se pide o que lo hace con fundamento en una causa distinta de las alegadas o incongruencia *extra petitum*.

También es infracción de norma procesal reguladora de la sentencia, la inobservancia del deber de motivar la sentencia. Este deber se contiene en el artículo 218.2 LEC, en virtud del cual las sentencias, para estar motivadas, deberán expresar “los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho”. Sin embargo, como abundante y reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional viene desde antiguo señalando no se debe confundir un deber de motivación con un requisito de motivación acertada.

3. Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión

Este motivo se corresponde con el segundo submotivo del artículo 1692.3 de la LEC de 1881, es decir, “quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos procesales que se haya producido indefensión”. La regulación de la vigente LEC al no exigir que se produzca necesariamente la indefensión amplía significativamente el contenido de este motivo convirtiéndolo en residual y abre el camino para que actúe como cláusula de cierre del sistema. En

³¹⁵ Montero Aroca, J., *op. cit.*, nota 227, p. 422.

este sentido, se afirma que “con este motivo se puede poner de manifiesto cualquier causa de ineeficacia de las actuaciones judiciales”.³¹⁶

A. Infracción de actos y garantías del proceso que determinan la nulidad

Además de la cláusula genérica del artículo 225 son varias las disposiciones de la LEC que establecen la nulidad para el incumplimiento de sus mandatos. Entre ellas puede mencionarse, por ejemplo, los supuestos de: infracción de las normas de reparto de los asuntos (68.4 LEC); infracción de la prohibición de admitir segundo incidente de acumulación de procesos (97.2 LEC); concurrencia de una causa de recusación en el juez o magistrado que dictó la resolución recurrida, o que integró la sala o sección correspondiente (113 LEC); falta de presencia judicial en declaraciones, pruebas o vistas (137.3 y 289.2 LEC); falta de publicidad en las actuaciones orales (138.3 LEC); falta de firma del secretario en la autorización o la publicación de las resoluciones judiciales (204.3 LEC); dictar diligencia de ordenación cuando la cuestión deba ser resuelta por providencia, auto o sentencia (224 LEC).

B. Infracción de actos y garantías procesales que hubieren podido producir indefensión

En relación con el concepto de indefensión, pese a que el Tribunal Constitucional ha venido distinguiendo entre indefensión material e indefensión formal y otorgándole relevancia constitucional a la primera,³¹⁷ nosotros nos inclinamos por considerar que sólo puede existir un tipo de indefensión.³¹⁸

Hay algunos supuestos de infracción de la norma en que la LEC subordina la nulidad a la efectiva producción de indefensión. Así lo dispone de los actos de comunicación que no se practicaren con arreglo a las disposiciones legales (166.1 LEC); cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, (225.3 LEC); cuando la copia entregada a un litigante no

³¹⁶ Oliva Santos, A. de la y Díez-Picazo Giménez, I., *op. cit.*, nota 71, p. 464.

³¹⁷ Cfr. SSTC 48/1984, 112/1989 y 113/1994.

³¹⁸ Oliva Santos, A. de la, *op. cit.*, nota 79, p. 436; de la misma opinión es Montero Aroca, J., *op. cit.*, nota 227, pp. 455 y 456.

se corresponde con el original (280 LEC). Además, éste es el cauce para otras infracciones de normas procesales, por ejemplo: la denegación indebida de prueba o la falta de notificación de una resolución por la que se priva a la parte de participar en un trámite fundamental del juicio.

4. Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución

Este apartado constituye, a nuestro juicio, una de las innovaciones más positivas de la LEC. Su inclusión subraya la voluntad del legislador de que la primera línea de defensa del derecho a la tutela judicial efectiva se encuentre en la jurisdicción ordinaria. A través de este motivo se denunciarán las vulneraciones en el proceso civil de los derechos que la jurisprudencia constitucional ha entendido incluidos en el artículo 24 CE.

En estos derechos se incluyen: *a)* el derecho a la tutela judicial efectiva, que a su vez engloba el derecho de acceso a la justicia, a que se dicte sentencia motivada sobre el fondo, a los recursos legales y a la ejecución en sus propios términos; *b)* el derecho al juez predeterminado por la ley; *c)* a un proceso público; *d)* a un proceso sin dilaciones indebidas; *e)* a un proceso con todas las garantías y *f)* a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa.

En este punto es interesante mencionar la observación que hace Gimeno Sendra³¹⁹ sobre la existencia de puntos de conflicto entre los derechos fundamentales contenidos en el artículo 24 CE y los restantes derechos fundamentales, a la hora de determinar el recurso por el que procede impugnarlos (extraordinario por infracción procesal o casación). En efecto, en la práctica la distinción entre infracción de derechos sustantivo y derechos procesales no es algo que se determine siempre con toda facilidad, y de hecho, en muchas ocasiones, la infracción de derechos fundamentales sustantivos en la esfera de un proceso precisa ser restablecida por el cauce de algunos de los derechos del artículo 24 CE.

Ejemplo de ello es la prueba obtenida con la violación del derecho al secreto de las comunicaciones, ya que para obtener la prohibición de la valoración del resultado probatorio es necesario recurrir al derecho a la presunción de inocencia, que no es reclamado en el proceso civil.

³¹⁹ Gimeno Sendra, *op. cit.*, nota 153, p. 418.

Sin embargo, debemos aclarar que cuando se habla de prueba ilícita incorporada en el proceso, en realidad hay dos violaciones; una al derecho fundamental de naturaleza material que puede ser el derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, y una segunda vulneración cuando se utiliza esta prueba dentro del proceso. Antes de la nueva LEC no era necesario hacer distinción entre éstas, ya que ambas se alegaban en la casación. Gimeno afirma que ahora estas vulneraciones de derecho material no podrán ya alegarse al amparo del 24 (el derecho a la prueba lícita se encuentra incluido en la presunción de inocencia que no es alegable en materia civil).³²⁰ Sin embargo, cabe señalar que la prueba ilícita, dentro del régimen de la vigente LEC vulnera el artículo 287, que expresamente prohíbe la prueba ilícita en el proceso. En consecuencia, se puede impugnar vía el artículo 24 CE, ya que no se cumpliría con todas las garantías del debido proceso.

Ortells Ramos señala que además de los artículos 24 y 18 —en relación con la prueba ilícita— también tiene el efecto de determinar la ineeficacia de los actos procesales la vulneración del artículo 14 CE. Sin embargo, en su opinión, para alegar la violación de éste será necesario relacionarlo con los derechos del artículo 24 CE.³²¹

5. La necesaria denuncia previa en la instancia de la vulneración de derechos fundamentales

El artículo 469 en su apartado 2 establece como requisito de admisibilidad del recurso que, de ser posible, la infracción procesal o la vulneración del artículo 24 de la Constitución se hayan denunciado en la primera y/o segunda instancia. Se agrega que si la violación de derecho fundamental fuera falta o defecto subsanable, se haya pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas.

Lo anterior significa que si la infracción procesal se produjo en la primera instancia, el recurrente deberá acreditar que interpuso recurso de reposición o que, de ser posible, la puso de manifiesto por otro medio legalmente previsto al efecto y que además la denunció en segunda instancia. Si la infracción se produjo durante la apelación, ésta debió haber sido combatida por recurso de reposición o puesta de manifiesto por

³²⁰ *Idem.*

³²¹ Ortells Ramos, M., *op. cit.*, nota 122, p. 553.

cualquier otro medio legalmente previsto. Además, debe acreditarse que se solicitó en su caso la subsanación.

Con lo anterior, las posibilidades de que no sea necesario acreditar este requisito se reducen sólo a los casos en que la infracción se produce al dictar la resolución definitiva de la segunda instancia, o cuando se trata de un demandado que haya permanecido en rebeldía hasta el momento de recurrir en infracción procesal.³²²

VII. PROCEDIMIENTO

En la regulación de la LEC se distinguen fases diferenciadas de la sustanciación del recurso extraordinario por infracción procesal: preparación, interposición, admisión y resolución del recurso.

1. Preparación

El recurso, de acuerdo con el artículo 470.1 LEC, se prepara mediante escrito que se presenta ante la Audiencia Provincial que hubiere dictado la resolución definitiva de la segunda instancia dentro de un plazo de cinco días a partir de la fecha de notificación. Esta fase de preparación del recurso tiene por finalidad anunciar al tribunal y a la otra parte el propósito de impugnar la resolución definitiva dictada por la Audiencia Provincial, por entender que existió una infracción de las normas procesales o una vulneración de alguno de los derechos fundamentales contenidos en el artículo 24 CE.

En el escrito de preparación se debe identificar la resolución recurrida, justificar la presentación dentro del plazo del escrito, mencionar concisamente los motivos por los que se interpone el recurso y justificar haber denunciado, si le fue posible, la infracción procesal o vulneración de su derecho fundamental en las anteriores instancias, así como haber pedido la subsanación. Además, si es el caso, constatará que se han cumplido los requisitos especiales para recurrir del artículo 449 LEC.

Montero Aroca señala que en este recurso, dada su naturaleza procesal, el gravamen tendrá otra significación que no puede ser la de diferencia entre lo pedido y lo concedido en la resolución de fondo. Señala que

³²² Cfr. Oliva Santos, A. de la y Díez-Picazo Giménez, I., *op. cit.*, nota 71, p. 465.

el “gravamen procesal” puede decirse que existe o que no existe o que el mismo atiende a cualquier circunstancia que en el futuro podría llevar a la parte a sufrir un perjuicio de cualquier tipo, como sería por ejemplo, “la mera posibilidad de una hipotética declaración de nulidad, a instancia de la parte contraria, por infringirse en ella una norma de orden público, independientemente de que del contenido de la resolución pudiera derivarse una consecuencia favorable para aquélla en lo relativo al fondo”.³²³

La Audiencia verificará si se cumplen los mencionados requisitos para tener por preparado el recurso. Constatará si la resolución es recurrible, si efectivamente se alega alguno de los motivos previstos en el artículo 469 LEC, si se denunció la infracción procesal o vulneración del su derecho fundamental en las anteriores instancias y, en los casos en que fuera necesario, si se pidió la subsanación. Además, y aunque la Ley no hace mención expresa a ello, también se constatará que el escrito de preparación haya sido presentado dentro del plazo, siendo de aplicación al respecto las reglas establecidas en la LEC en los artículos 133-135. Por otro lado, del texto de la Ley parece desprenderse que el Tribunal, antes de pronunciarse, esperará que transcurran los plazos de que dispongan todas las partes porque, aunque sean varios los recurrentes, decidirá en una misma resolución judicial.³²⁴

Los apartados 3 y 4 del artículo 470 establecen que si la Audiencia Provincial decide no tener por preparado el recurso su resolución adoptará forma de auto mientras que será una providencia si determina tenerlo por preparado. Frente al auto será procedente el recurso de queja. Frente a la providencia no cabrá ningún recurso, pero la parte recurrida podrá oponerse a la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal al comparecer ante el Tribunal Superior de Justicia.

2. Interposición del recurso extraordinario por infracción procesal

En los veinte días siguientes a aquel en que el Tribunal *a quo* tenga por preparado el recurso habrá de presentarse, ante el mismo Tribunal, escrito de interposición del recurso. El inicio de este plazo, a nuestro juicio, será el momento de notificación por providencia a las partes de que

³²³ Montero Aroca, J., *op. cit.*, nota 227, p. 481.

³²⁴ En este sentido *cfr.* Oliva Santos, A. de la y Díez-Picazo Giménez, I., *op. cit.*, nota 71, p. 466.

el Tribunal tiene por preparado el recurso, aunque del tenor literal de la Ley (artículo 471.1 LEC) pareciera desprenderse otra cosa.³²⁵

En este escrito se expondrán razonadamente los motivos en que se fundamenta el recurso, así como de qué manera la infracción o vulneración cometida influyó en el resultado del proceso (artículo 471.1 LEC). El recurrente podrá también solicitar en el escrito de interposición la práctica de alguna prueba que considere imprescindible para acreditar la infracción o vulneración producida, De igual forma sucederá con la solicitud de celebración de vista.

La posibilidad de que se proponga la práctica de una prueba es una innovación de esta Ley con respecto al recurso de casación por quebrantamiento de forma de la legislación anterior. Debe tratarse de prueba imprescindible para acreditar la infracción o vulneración producida (artículo 471 segundo párrafo), por lo que no se trata de aportar prueba sobre los hechos que constituyen el motivo del pleito,³²⁶ sino de acreditar un hecho ocurrido *dentro* del proceso y del que no exista acreditación documental en autos o del que la acreditación sea insuficiente o incompleta.³²⁷

Una vez finalizado el plazo para interponer el recurso sin que se haya presentado el escrito de interposición, el recurso se declarará desierto y se condenará al recurrente en las costas que hubiese podido causar (párrafo segundo y tercero del artículo 471 LEC).

Dentro de los cinco días siguientes a la presentación del escrito de interposición, la Audiencia Provincial remitirá todos los autos originales a la Sala de lo Civil del TSJ. Lo anterior sin perjuicio de que, cuando un litigante o litigantes distintos de los recurrentes por infracción procesal hubiesen preparado recurso de casación contra la misma sentencia, se envíe a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo testimonio de la sentencia y de los particulares que el recurrente en casación interese, acompañándose de nota expresiva de haberse preparado recurso extraordinario por

³²⁵ De igual parecer es Montero Aroca, J., *op. cit.*, nota 227, p. 486.

³²⁶ De esta forma no se podrán proponer pruebas que pudieran serlo y practicarse durante la primera y segunda instancia, en este sentido también Muñoz Jiménez, F. J., “Comentario al artículo 471”, *Comentarios a la Ley...*, *cit.*, nota 286, p. 2234.

³²⁷ Montero Aroca menciona como posibles supuestos que existiera discordancia entre la cedula de citación o emplazamiento y la cédula entregada al interesado, o si se negará el órgano jurisdiccional de instancia a dejar de la actuación productora de la infracción, o de la petición formulada, o de la protesta efectuada, o de su exacto contenido, o a documentar la decisión por el adoptada, Montero Aroca, J., *op. cit.*, nota 227, pp. 490-492.

infracción procesal, a los efectos de iniciar la tramitación, y continuarla hasta que se decida su admisión, quedando después en suspenso y aplicándose las disposiciones relativas a la sustanciación y decisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, cuando litigantes de un mismo pleito opten por distinto recurso extraordinario.

Cuando un litigante distinto del recurrente en infracción procesal opte por recurrir en casación por vulneración de las normas de derecho civil foral o especial propio de una Comunidad Autónoma, ambos recursos se sustanciarán y decidirán acumulados en una sola pieza, resolviendo la Sala en una sola sentencia. Pero la Sala sólo podrá pronunciarse sobre el recurso de casación si no estimare el extraordinario por infracción procesal (artículo 489 LEC).

3. Admisión del recurso extraordinario por infracción procesal

Recibidos los autos en la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia, se nombrará magistrado ponente y se le trasladarán las actuaciones para que instruya y someta a la deliberación de la sala la admisión o inadmisión de este recurso.

De acuerdo con el artículo 473.2 LEC, el recurso extraordinario por infracción procesal se inadmitirá si no obstante haberse tenido por preparado el recurso, se observa en este trámite que: *a)* tratándose de un segundo recurso por infracción procesal contra sentencia dictada por una Audiencia Provincial a consecuencia de haberse estimado recurso extraordinario por infracción procesal, esté fundado en las mismas infracciones que fueron objeto del primer recurso; *b)* la resolución no sea recurrible en infracción procesal; *c)* la alegación de motivos diferentes a los específicos de este recurso; *d)* incumplimiento de la obligación de agotar todos los medios posibles para subsanar la infracción o vulneración que se denuncia; *e)* falta de justificación de haber cumplido con los requisitos especiales del artículo 449; *f)* incumplimiento de los requisitos de postulación y representación, y *g)* presentación fuera de plazo.

El mismo artículo 473 en su apartado 2 señala como causa de inadmisión que el recurso carezca manifiestamente de fundamento. Al respecto, se puede señalar que este precepto implica la realización de un examen preliminar de la viabilidad del recurso, y que en caso de que sea evidente que el recurso no dará lugar a una sentencia estimatoria se permite inadmitirlo a trámite.

En el supuesto que concurriera algún motivo de inadmisión, antes de resolver, la Sala lo pondrá de manifiesto a las partes personadas para que, en el plazo de diez días, formulen las alegaciones que estimen procedentes. Tras este trámite si la Sala entendiere que concurre alguna de las causas de inadmisión, dictará auto declarando la inadmisión del recurso y la firmeza de la resolución recurrida. Si a juicio del Tribunal *ad quem* la causa de inadmisión afecta solamente a alguna de las infracciones alegadas, resolverá también mediante auto la admisión del recurso respecto de las restantes infracciones que el recurso denuncie. Contra el auto que resuelva sobre la admisión del recurso no se dará recurso alguno.

Es interesante destacar que en la regulación de este trámite de admisión la LEC se refiere expresamente a parte personada sin que se establezca un específico trámite de personación de las partes. Esto se puede interpretar de dos formas, o bien es un lapsus del legislador, o puede entenderse que la LEC no exige personación ante el Tribunal *ad quem*, porque considera que las partes están personadas en el recurso por el hecho de ser partes en el proceso. Lo anterior se traduce en un deber de notificar tanto al recurrente como a la parte recurrida, es decir, a todas las partes del proceso.³²⁸ Sin embargo, al no existir en la Ley un plazo dentro del cual pueda realizarse la personación, no cabrá su emplazamiento, pero si se les debe notificar la remisión de los autos, indicándoles que a partir de esa fecha podrán las partes, si así deciden hacerlo, personarse ante el Tribunal Superior de Justicia.³²⁹ Con lo que entonces ya se podrá realizar el trámite de audiencia señalado en el 473.2 LEC para alegar lo que a su derecho convenga en relación con la posible inadmisión del recurso; notificárseles la admisión o inadmisión del mismo; darles el traslado que establece el 474 LEC para que puedan formalizar por escrito su oposición al recurso; así como en relación con el 475 LEC, notificarles el auto de admisión o denegación de pruebas, en su caso el de señalamiento de vista, y convocarles a dicho acto.

Dado que al concluir el recurso extraordinario por infracción procesal queda abierta la vía de amparo, siempre que se entienda que no se ha otorgado tutela frente a la vulneración de derechos fundamentales contenidos en el 24 CE,³³⁰ es de interés preguntarnos si en los casos de admisión parcial del recurso existe la posibilidad de recurrir en amparo direc-

³²⁸ Es también esta la opinión de Díez-Picazo Giménez, I., *op. cit.*, nota 71, p. 468.

³²⁹ *Cfr.* Montero Aroca, J., *op. cit.*, nota 227, p. 494.

³³⁰ Ortells Ramos, *op. cit.*, nota 122, p. 556.

tamente respecto de los motivos inadmitidos, o bien si debe esperarse a la sentencia del recurso. Díez-Picazo sostiene que debe esperarse a la resolución del recurso para evitar que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre una vulneración al artículo 24 CE cuando todavía cabe la posibilidad que el Tribunal Superior de Justicia estime otras infracciones procesales o vulneraciones de ese mismo precepto constitucional.³³¹

4. *Sustanciación*

Una vez admitido, total o parcialmente, el recurso extraordinario por infracción procesal, se entregará copia del escrito de interposición a la parte o partes recurridas y personadas, para abrir a continuación un plazo de veinte días para formalizar por escrito su oposición al recurso. Durante dicho plazo estarán de manifiesto las actuaciones en la secretaría. En el escrito de oposición se podrán alegar también las causas de inadmisibilidad del recurso que se consideren existentes y que no hayan sido ya rechazadas por el tribunal, así como solicitar las pruebas que se estimen imprescindibles y pedir la celebración de vista (artículo 474 LEC.).

Transcurrido el plazo de veinte días señalado, se hayan presentado o no los escritos de oposición, por medio de providencia, la sala señalará dentro de los treinta días siguientes el día y hora para la celebración de vista o, en su caso, para la votación y fallo del recurso extraordinario por infracción procesal.

La celebración de la vista estará sujeta a que la sala lo considere oportunuo para la mejor impartición de la justicia. Es decir, aun cuando las partes hayan propuesto la práctica de alguna prueba, la vista se llevará a cabo cuando la sala lo considere necesario.

La vista, que como ya hemos dicho, se celebrará dentro de los treinta días siguientes a los escritos de oposición, comenzará con el informe de la parte recurrente, para después proceder al de la parte recurrida. De acuerdo con el artículo 475 de la Ley, si fueren varias las partes recurrentes, se estará al orden de interposición de los recursos, y siendo varias las partes recurridas, al orden de las comparecencias. La práctica de las pruebas se regirá por lo dispuesto en la Ley para la vista de los juicios verbales.

³³¹ Oliva Santos, A. de la y Díez-Picazo Giménez, I., *op. cit.*, nota 71, p. 468.

VIII. RESOLUCIÓN DEL RECURSO Y EFECTOS DE LA SENTENCIA

Dentro de los veinte días siguientes al de finalización de la vista o al señalado para la votación y fallo, la sala de lo civil dictará sentencia que resuelva el recurso extraordinario por infracción procesal. Si los motivos que hubieren fundado el recurso fueran la infracción de las normas sobre jurisdicción o competencia objetiva o funcional se examinará y decidirá sobre este motivo en primer lugar. Los efectos de la resolución dependerán si ésta estima o rechaza el recurso.

1. Efectos de la sentencia desestimatoria del recurso

Si la sala no considerara procedente ninguno de los motivos alegados, desestimará el recurso y se devolverán las actuaciones al tribunal del que procedan (artículo 476.3 LEC). En el supuesto de que litigantes de un mismo pleito hubieran optado por distinto recurso extraordinario se comunicará de inmediato al tribunal competente para la casación, quien alzará de inmediato la suspensión de este recurso y mandará que se continúe con su tramitación (artículo 488.3 LEC).

2. Efectos de la sentencia estimatoria

Los efectos de una sentencia estimatoria dependen del motivo en que se hubiera fundado el recurso.

La LEC señala que cuando la infracción consistió en haber actuado con falta de jurisdicción o de competencia objetiva y el recurso fuera estimado, la sala anulará la resolución impugnada, dejando a salvo el derecho de las partes a ejercitar las pretensiones ante el tribunal que fuera competente. En el caso de que se aprecie en el recurso la falta de competencia territorial imperativa (procedente ex artículo 67.2) las consecuencias de la estimación del recurso serán las mismas que en el caso de la competencia objetiva.³³²

En cambio, cuando la sala estime el recurso interpuesto contra la errónea apreciación de falta de jurisdicción o de competencia por el tribunal de instancia, tras casar la sentencia, ordenará al tribunal de que se trate

³³² Montero Aroca señala que en estos casos el Tribunal es el único competente para conocer del asunto y lo actuado ante otro afectará la esencia del proceso, *op. cit.*, nota 227, pp. 518 y 519.

que inicie o prosiga el conocimiento del asunto. No obstante, cuando el error en apreciar la falta de jurisdicción se hubiera realizado una vez contestada la demanda y practicadas las pruebas, es decir, en la sentencia, se ordenará al tribunal de que se trate que resuelva sobre el fondo del asunto. Este último supuesto, dado su tratamiento procesal de oficio y a través de la declinatoria será excepcional. Sin embargo Díez-Picazo opina que esta norma no excluye del cumplimiento del artículo 194 LEC, que señala que la sentencia se realizará por el juez o por los magistrados que hayan asistido a la vista o juicio, aunque después de ésta hubieran dejado aquéllos de ejercer sus funciones en el tribunal que conozca del asunto. Y en caso de que no sea posible se deberá repetir la vista o el juicio.

En todos los demás casos, de estimarse el recurso por todas o alguna de las infracciones o vulneraciones alegadas, la sala anulará la resolución recurrida y ordenará que se repongan las actuaciones al estado y momento en que se hubiere incurrido en la infracción o vulneración. Debe destacarse que la retroacción de las actuaciones se produce en todos los demás casos, con lo que se incluyen los supuestos de incongruencia *extra y ultra petitum*, así como la falta de exhaustividad de la sentencia. Esto reviste especial importancia puesto que en la regulación de la casación por quebrantamiento de forma, en estos casos el Tribunal *ad quem*, una vez declarada la existencia de la infracción, entraba al fondo del asunto, supliendo la omisión de pronunciamiento o resolviendo dentro de los términos del debate. Este sistema se sigue manteniendo en la apelación en relación con la impugnación de infracciones procesales de la sentencia de primera instancia: ya que si la Audiencia Provincial aprecia una la incongruencia o falta de exhaustividad no reenvía las actuaciones sino que dicta una nueva sentencia.

En el recurso extraordinario por infracción procesal, como hemos dicho, la estimación de estos vicios de la sentencia sí da lugar a que se repongan las actuaciones al momento anterior a que ésta fue dictada. Si bien esto supone un coste para la economía procesal, era la única vía de limitar los pronunciamientos de las salas de lo civil a las cuestiones procesales. De otro modo, los tribunales superiores de justicia se pronunciarían sobre el fondo del asunto y habría que establecer una vía de casación para estas resoluciones, que iría en contra de la razón de ser de este sistema de recursos extraordinarios.³³³

³³³ *Cfr.* Oliva Santos, A. de la y Díez-Picazo Giménez, I., *op. cit.*, nota 71, p. 470.

Finalmente, en el supuesto que litigantes de un mismo pleito hubieren optado por distinto recurso extraordinario, si se estima el recurso extraordinario por infracción procesal, el recurso de casación presentado quedará sin efecto.

3. Recursos frente a la sentencia

Contra la sentencia que resuelva el recurso extraordinario por infracción procesal no cabrá recurso alguno, salvo lo previsto sobre el recurso en interés de la ley ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Sin embargo, si se considera que continua existiendo o se ha incurrido en la tramitación de este recurso extraordinario en la vulneración de alguno de los derechos contenidos en el artículo 24 CE la vía para acudir al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional se considerará abierta.