

## CIRCULAR

### **CIRCULAR 1/2020, SOBRE LOS RECURSOS DE CASACIÓN Y EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL**

1. Introducción. 2. El recurso de casación. 2.1 Ideas generales. 2.2 Resoluciones recurribles en casación. 2.2.1 Sentencias. 2.2.2 Autos. 2.2.3 Resoluciones no recurribles. 2.3 Fundamento del recurso. 2.3.1 Motivo general. 2.3.2 Modalidades. 2.3.2.1 Requisitos comunes cuando se invoca interés casacional. 2.3.2.2 Oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. 2.3.2.3 Jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. 2.3.2.4 Cuando la sentencia recurrida aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor. 2.3.2.5 Cuando no exista jurisprudencia. 2.3.2.6 Interés casacional foral. 2.3.2.7 Tutela de derechos fundamentales. 2.3.2.8 Resoluciones recurribles en atención a la cuantía. 2.4 Procedimiento. 2.4.1 Interposición. 2.4.1.1 Forma. 2.4.1.2 Plazo. 2.4.2 Admisión. 2.4.3 Competencia en relación con las medidas cautelares. 2.5 Pautas jurisprudenciales recientes en relación con supuestos concretos. 2.5.1 Alimentos. 2.5.2 Guarda y custodia. 2.5.3 Protección de menores. 2.5.4 Honor, intimidad y propia imagen. 2.5.5 Acciones de filiación. 2.5.6 Tratamiento de la discapacidad. 2.5.7 Calificación del concurso. 3. Recurso extraordinario por infracción procesal. 3.1 Ideas generales. 3.2 Resoluciones recurribles. 3.3 Motivos. 3.3.1 Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional. 3.3.2 Infracción de las normas reguladoras de la sentencia. 3.3.3 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. 3.3.4 Vulneración, en el proceso civil, de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución. 3.4 Procedimiento. 4. Competencia para conocer de los recursos cuando se invoca la infracción de una norma foral. 5. El recurso de queja. 5.1 Ideas generales. 5.2 Interposición. 6. Cuestiones organizativas internas. 7. Pautas sobre asistencia a vistas ante el Tribunal Superior de Justicia. 8. Cláusula de vigencia. 9. Conclusiones.

#### 1. INTRODUCCIÓN

Las funciones civiles del Fiscal se conectan con las raíces históricas de la Institución, encajan en su conformación constitucional y han llegado a ocupar en la actualidad una parte importante de su actividad.

El ordenamiento jurídico reconoce al Ministerio Fiscal la condición de parte en asuntos civiles de gran relevancia cuantitativa y, sobre todo, cualitativa, por estar en juego intereses sociales de especial trascendencia.

La intervención del Fiscal en estos casos se extiende a todas las fases procesales, prolongándose por tanto más allá de la segunda instancia y alcanzando la casación, fase esta que asume, en su sustanciación, como parte esencial de su cometido, la Fiscalía del Tribunal Supremo.

La Exposición de Motivos de la LEC refiere que «la jurisprudencia o el precedente goza de relevancia práctica por su autoridad y fuerza ejemplar, pero no por su fuerza vinculante. Esa autoridad, nacida de la calidad de la decisión, de su justificación y de la cuidadosa expresión de ésta, se está revelando también la más importante en los sistemas jurídicos del llamado «case law». Y ha sido y seguirá siendo la única atribuible, más allá del caso concreto, a las sentencias dictadas en casación».

En este sentido, puede decirse que el recurso de casación tiene como objetivo esencial ser un instrumento generador de jurisprudencia, para conseguir una interpretación uniforme del ordenamiento, de manera que la seguridad jurídica y, en última instancia, la igualdad de todos ante la Ley, sean reales y efectivas.

Estos objetivos entroncan directamente con los cometidos constitucionales asignados al Ministerio Fiscal.

Como ya se expresaba en la Instrucción 11/2005, de 10 de noviembre, *sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el art. 124 de la CE* «el Fiscal constitucional se convierte en pieza esencial para procurar una interpretación unitaria del ordenamiento jurídico, contribuyendo así a garantizar los principios de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley, conceptos íntimamente vinculados a la idea del Estado de Derecho».

El Ministerio Fiscal en el ámbito de su actuación civil, a través de su intervención en el recurso de casación –ya interponiéndolo, ya dictaminando los interpuestos por otros– ha logrado consolidar interpretaciones ajustadas a la legalidad y favorecedoras de los derechos fundamentales de los ciudadanos en materias tales como la sustracción internacional de menores, el tratamiento de la discapacidad a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006, en la decantación de los criterios de aplicación del interés superior del menor, el tratamiento de la maternidad subrogada o la recepción de la guarda y custodia compartida.

Ya la Circular 3/1986, de 15 de diciembre, *sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de separación y divorcio* exhortaba al Fiscal a «mostrarse en actitud analítica y no meramente formularia, activo en la fase probatoria y observador y crítico ante las resoluciones judiciales, utilizando, en su caso, los medios legales de impugnación reconocidos», añadiendo que puede «recurrir en casación».

La función nomofiláctica de la casación, en relación con los procesos en los que se atribuye al Fiscal legitimación, adquiere una especial importancia por afectar a ámbitos especialmente sensibles de los derechos de los ciudadanos.

La Circular 1/2001, de 5 de abril, *sobre la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles* abordó en su epígrafe IX el recurso de casación. Las ulteriores modificaciones hacen necesario un nuevo pronunciamiento, actualizando la doctrina de la Fiscalía General y ampliando las pautas, a la luz de la experiencia práctica acumulada desde la entrada en vigor de la LEC de 2000.

El art. 123 CE reconoce al TS como órgano «superior en todos los órdenes». La Fiscalía del Tribunal Supremo asume el despacho de los recursos para cuyo conocimiento dicho órgano es competente.

Además de esta presencia en la casación por medio de la Fiscalía del Tribunal Supremo, es imprescindible que en cada asunto en el que interviene el Fiscal se valore la procedencia de interponer recurso de casación, tomando la iniciativa impugnativa cuando los intereses por los que debe velar el Ministerio Público (legalidad, interés público y social) así lo exijan.

Es objetivo de la presente Circular facilitar la labor de las/os Sras./es. Fiscales, dándoles pautas orientativas para valorar la procedencia y viabilidad de la interposición y, en su caso, a la hora de redactar el escrito del recurso de casación, de infracción procesal y de queja, con la finalidad de promover la utilización de estas vías procesales imprescindibles para generar criterios jurisprudenciales sólidos en el ámbito de intervención del Ministerio Público.

Es de resaltar que la necesidad de pautas para la correcta comprensión del recurso de casación civil no sólo puede predicarse de los Fiscales adscritos a las Secciones Civiles (vid. Instrucción 4/2009, de 29 de diciembre, *sobre la organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tuteladas*), sino también, atendiendo a los cometidos asignados, a los de las Secciones de Menores (Instrucción 1/2009, de 27 de marzo, *sobre la organización de los servicios de protección de las Secciones de Menores*, en relación con los procesos de protección de

menores y de derechos fundamentales de menores), a los de Violencia de Género (Instrucción 7/2005, de 23 de junio, *sobre el Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer y las Secciones contra la Violencia sobre la Mujer de las Fiscalías*, en relación con los procesos civiles relacionados con violencia de género) y a los de Extranjería (Instrucción 5/2007, de 18 de julio, *sobre los Fiscales de sala coordinadores de siniestralidad laboral, seguridad vial y extranjería y sobre las respectivas secciones de las Fiscalías territoriales*, en relación con la determinación de edad de los menores extranjeros no acompañados).

El art. 448 LEC bajo la rúbrica «del derecho a recurrir» declara en su apartado primero que «contra las resoluciones de los Tribunales y Secretarios Judiciales que les afecten desfavorablemente, las partes podrán interponer los recursos previstos en la Ley».

A partir de este precepto habrá de entenderse que el Fiscal podrá –y deberá– interponer recurso de casación, y en su caso recurso extraordinario de infracción procesal contra las sentencias dictadas en segunda instancia en los procedimientos en los que intervenga como parte cuando la resolución recaída contraríe los intereses públicos y sociales que le están encomendados, siempre, lógicamente, que concurra alguno de los motivos que pueden fundamentar estos recursos y las demás exigencias legales, cuestiones que serán analizadas en la presente Circular.

La legitimación para cualquier clase de recurso contra resoluciones judiciales, entre ellos el de casación, se funda en la existencia de un gravamen o perjuicio causado a la parte recurrente por la resolución que se impugna (SSTS n.º 382/2016, de 19 de mayo y 88/2013, de 26 de abril).

El gravamen que legitima al Fiscal para recurrir será precisamente el perjuicio que la resolución atacada pueda haber irrogado a los intereses que en cada proceso le están encomendados.

Como observación general en relación con la admisión a trámite de estos recursos extraordinarios, debe subrayarse que el derecho a los recursos, de neta caracterización y contenido legal (SSTC n.º 3/1983 y 216/1998, entre otras), está condicionado al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad establecidos por el legislador y delimitados por vía interpretativa por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sin que la interpretación de las normas rectoras del acceso a la casación tenga que ser necesariamente la más favorable al recurrente (SSTC n.º 63/2000, 258/2000 y 6/2001); y que el *principio pro actione*, proyectado sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, no opera con igual intensidad en las fases iniciales del pleito que en las

posteriores (vid. en este sentido, *ad exemplum* ATS de 11 de septiembre de 2019, rec. 185/2019).

No existe un derecho de relevancia constitucional a recurrir en casación y corresponde al TS, por vía interpretativa de la legislación procesal pertinente, la última palabra sobre el acceso a los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal (SSTC n.º 114/2009 y 233/2005).

Debe tenerse en cuenta que el TC ha avalado el especial rigor en el control de la admisibilidad de estos recursos, pues «no existe propiamente un derecho derivado de la Constitución a disponer de un recurso contra las resoluciones judiciales, salvo en lo relativo a sentencias penales condenatorias, de manera que, con esta última excepción, son cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diversos órdenes jurisdiccionales las que determinan los concretos supuestos en que procede un recurso, de modo que su establecimiento y regulación pertenecen, en principio, al ámbito de libertad del legislador» (SSTC n.º 91/2005, de 18 de abril y 71/2002, de 8 de abril).

Por ello considera el TC indudable «la configuración del recurso de casación como un remedio procesal extraordinario, con fundamento en motivos tasados *numerus clausus*, y cuya admisibilidad queda sometida, no sólo a los requisitos meramente extrínsecos – tiempo y forma– y a los presupuestos comunes exigibles para los recursos ordinarios, sino a otros intrínsecos, sustantivos, relacionados con el contenido y viabilidad de la pretensión, cuyo régimen es más severo por su propia naturaleza (SSTC n.º 37/1995, de 7 de febrero; 125/1997, de 1 de julio y 89/2002, de 22 de abril).

La STEDH de 19 de diciembre de 1997, Brualla Gómez de la Torre contra España, ha declarado a este respecto que los requisitos de admisibilidad de un recurso de casación pueden ser más rigurosos que los de un recurso de apelación, siendo compatible con el Convenio un mayor formalismo para el recurso de casación.

El TS ha proclamado la especial condición de parte del Ministerio Fiscal en los procesos especiales del Libro IV de la LEC y singularmente durante la tramitación del recurso de casación: «la intervención necesaria del Ministerio Fiscal como parte en el proceso civil [...] determina que cuando interpone un recurso haya de tenersele por recurrente hasta tanto hubiera desistido expresamente del mismo, lo que se deriva de su especial condición como parte en el proceso [...] Tal consideración viene exigida por su propio Estatuto [...] en cuanto actúa de oficio en defensa de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (art. 1) y está integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial (art. 2) por lo que de modo perma-

nente lo está también en esta Sala (ATS de 12 de diciembre de 2013, rec. 1657/2013).

El apartado quinto de la disposición adicional 15.<sup>a</sup> LOPJ declara al Ministerio Fiscal expresamente «exento de constituir el depósito que para recurrir viene exigido en esta Ley». El ATS de 12 de diciembre de 2013, rec. 1657/2013, recuerda que la Ley releva al Fiscal recurrente «de pago de tasas y de la constitución de depósitos».

La LEC 2000 escindió el recurso de casación tradicional en dos recursos extraordinarios distintos: 1) el recurso por infracción de una norma de carácter sustantivo, único al que se denomina recurso de casación y cuyo conocimiento se atribuye a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (o a la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de Derecho civil foral o especial) y 2) el recurso extraordinario por infracción procesal, en el que pueden articularse los motivos antes abarcados por la casación por vicios *in iudicando* e *in procedendo*.

En la concepción de la LEC 2000 y siguiendo las pautas del Libro Blanco de la Justicia (CGPJ, 1998) se pretendía descargar de trabajo al TS para potenciar su función nomofiláctica. Como se examinará *infra*, este modelo no se ha implementado íntegramente.

Como deslinda el propio TS «El sistema de recursos de la nueva LEC 2000 no es, en absoluto, coincidente con la distinción entre «infracción de ley» y «quebrantamiento de las formas esenciales del juicio», establecida inicialmente en la LEC de 1881, no pudiendo limitarse el recurso extraordinario por infracción procesal a los vicios «in procedendo» y atribuir el control de los vicios «in iudicando» al recurso de casación, pues el ámbito jurídico material al que se circunscribe este último determina un desplazamiento de los temas de índole adjetiva hacía la esfera del otro recurso extraordinario, a través del cual incumbe controlar las cuestiones procesales, entendidas en un sentido amplio, que no se circunscribe a las que enumera el art. 416 LEC 2000 bajo dicha denominación, sino que abarcan también las normas del enjuiciamiento civil que llevan a conformar la base fáctica de la pretensión, de modo que las infracciones sobre normas relativas a la prueba deben examinarse en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal, dejando el de casación limitado a una estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados, es decir, la calificación jurídica de tales hechos y la subsunción en el supuesto de hecho previsto en la norma de las resultas de aquel juicio fáctico, así como, claro está, en la aplicación al caso enjuiciado de la norma sustantiva en sí misma, en donde se resume el alcance de la infracción

normativa que habrá de fundarlo, y en donde se concretan las cuestiones que constituyen el objeto del proceso a que ha de referirse la infracción normativa» (ATS de 12 de junio de 2007, rec. 461/2004, con cita de varios precedentes anteriores).

Casación e infracción procesal se integran en la categoría de los recursos extraordinarios, cuya singularidad radica en que las resoluciones recurribles son limitadas, los motivos del recurso están tasados, y se exigen formalidades rigurosas en la interposición. Además, los recursos extraordinarios no permiten la plena revisión de lo actuado, a modo de tercera instancia judicial (*novum iudicium*).

Deberá tenerse especialmente en cuenta la reforma de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, llevada a cabo por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, *de medidas de agilización procesal* y la modificación de las causas de inadmisión del recurso de casación, mediante la nueva redacción del art. 483.2 LEC efectuada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

La Circular prestará especial atención al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Civil del TS de 27 de enero de 2017 *sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal* (en adelante, Acuerdo de 2017). Este Acuerdo sustituye al del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011. Fue dictado conforme a las previsiones del art. 264 LOPJ y es aplicado de forma uniforme y constante por el TS, por lo que debe ser singularmente tenido en cuenta.

## 2. EL RECURSO DE CASACIÓN

### 2.1 Ideas generales

Este recurso puede definirse como el recurso extraordinario a través del cual se pueden impugnar con fundamento en la infracción de una norma jurídica sustantiva, en ciertos casos, las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales.

El régimen legal del recurso de casación se contiene en los arts. 477 a 479 LEC.

La Ley 37/2011 generaliza el recurso de casación por razón de interés casacional, según su Preámbulo para «cumplir de forma más eficaz los fines legalmente establecidos», esto es, la creación de criterios jurisprudenciales uniformes.

Debe partirse de que el recurso de casación «no es un recurso ordinario que de paso a una tercera instancia en la que el recurrente pueda someter a este tribunal la decisión del conflicto con plenitud de cognición» (STS n.º 398/2018, de 26 de junio y ATS de 19 de junio de 2019, rec. 5721/2018), pues «la casación sirve para comprobar si ha sido correcta la aplicación del Derecho sustantivo a la cuestión de hecho» (SSTS n.º 532/2011, de 18 de julio y 429/2018, de 9 de julio).

Para el TC «esta función de unificación de la doctrina corresponde a los órganos superiores de la Jurisdicción ordinaria, a través de los recursos de casación o revisión, siendo, pues, sus criterios los que resultan vinculantes como fuente complementaria del Derecho (art. 3.6 CC) sin perjuicio de la evolución de la propia doctrina originada en los órganos superiores o en la confirmación de resoluciones suficientemente fundadas de los inferiores» (STC n.º 246/1993, de 19 de julio).

Ese objetivo del recurso de casación de crear jurisprudencia no debe hacer perder de vista que como el TC ha declarado «ni puede exigirse que el órgano judicial quede vinculado permanentemente a sus propios precedentes, máxime cuando éstos han podido incurrir en una incorrecta aplicación de la normativa aplicable, ni todo cambio de criterio implica un apartamiento arbitrario» (STC n.º 160/1993, de 17 de mayo).

Es importante subrayar –y ello, como se expondrá *infra* tiene un efecto directo en el ámbito de la casación– que la jurisprudencia no es necesariamente estática. Así, «si bien es cierto que los principios de igualdad en la aplicación de la ley y seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva [...] exigen cierta permanencia y estabilidad en la doctrina jurisprudencial, en cuanto que complementa el ordenamiento jurídico [...], el cambio de criterio jurisprudencial está permitido por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, siempre que no sea arbitrario y esté motivado, no exige que previamente se anuncie, ni limita sus efectos para el futuro pues no se excluye para resolver el caso en que se produce el cambio ni los ya iniciados rigiendo el criterio que se modifica (STS n.º 545/2011, de 18 de julio, con múltiples citas).

La STC n.º 16/2015, de 16 de febrero, –con cita de la STEDH de 14 de enero de 2010, Atanasovski contra la ex República Yugoslava de Macedonia– ha declarado que la evolución de la jurisprudencia no es en sí contraria a la correcta administración de justicia, ya que lo contrario impediría cualquier cambio o mejora en la interpretación de las leyes.

Para el TC la finalidad básica de la casación «en un Estado de Derecho consiste en fijar y unificar la interpretación jurisprudencial de las leyes, y a la par asegurar el sometimiento del Juez a la Ley como garantía de su independencia» (STC n.º 230/1993, de 12 de julio).

En cuanto al objeto del recurso de casación es importante tener presente que «se da contra la sentencia dictada en apelación y no contra la de primera instancia, sin que puedan reproducirse en el mismo cuestiones que no se plantearon en la alzada y que, en consecuencia, integran cuestiones nuevas» (STS n.º 691/2018, de 11 de diciembre, con cita de múltiples precedentes). En efecto, «el objeto del recurso extraordinario no es la sentencia de primera instancia, que ha sido sustituida y eliminada del mundo jurídico por la de segunda instancia, incluso si ésta se remite a aquélla, que existirá jurídicamente por la remisión y no por sí misma» (SSTS n.º 16/2013, de 24 de enero y 603/2008, de 23 junio).

Las/os Sras./es. Fiscales se abstendrán de interponer recursos cuando no vayan a tener un efecto útil ya que «no puede surtir efecto un motivo que no determine una alteración del fallo recurrido» (STS n.º 259/2019, de 10 de mayo) pues «el recurso no procede cuando la eventual aceptación de la tesis jurídica del recurrente conduce a la misma solución contenida en la sentencia recurrida [...], incluso cuando no es correcta la doctrina seguida por sentencia impugnada si la estimación del recurso no produce una modificación del fallo [...]. Este es el fundamento de la doctrina de la equivalencia de resultados o falta de efecto útil del recurso [...] que lleva a la desestimación del recurso cuando la parte dispositiva de la sentencia, apoyada en una argumentación no aceptable jurídicamente, resulta, sin embargo, procedente conforme a fundamentos distintos que podrían haber sido utilizados para decidir la cuestión [...]. Conforme a este criterio no procede acoger el recurso cuando, pese al fundamento de alguno de los motivos que lo sustentan, el fallo deba ser mantenido con otros argumentos [...]» (SSTS n.º 713/2013, de 25 de noviembre y 429/2013 de 11 de junio, con cita de otras muchas).

Debe, no obstante, en este punto recordarse que se ha admitido que la sentencia causa un perjuicio directo cuando, aun habiéndose obtenido un fallo favorable, los fundamentos jurídicos de la sentencia perjudican a quien pretende recurrir (STS n.º 1243/2000, de 29 de diciembre).

## **2.2 Resoluciones recurribles en casación**

### **2.2.1 SENTENCIAS**

Es preciso que la sentencia se haya dictado en un procedimiento seguido para la tutela judicial civil de los derechos fundamentales o por razón de la cuantía si esta es superior a 600.000 € (art. 477.2.1.º 2.º LEC).

Podrán recurrirse también en casación las sentencias dictadas por razón de la materia o por razón de la cuantía si esta no es superior a 600.000 € siempre que se demuestre que presentan interés casacional (art. 477.2. 3.º LEC).

Por tanto, todas las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales son en principio recurribles en casación. Debe recordarse que no cabe apelación contra las sentencias dictadas en juicios verbales tramitados por razón de la cuantía cuando ésta no supere los 3.000 euros (art. 455.1 LEC).

Tras la reforma de 2011 queda claro ya que los supuestos del art. 477.2 LEC no son distintos y excluyentes, sino que las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales pueden ser recurridas por interés casacional, aunque se hubieran tramitado por razón de la cuantía y esta no supere los 600.000 euros (siempre que exceda de los 3.000).

Tanto en el recurso de casación como en el extraordinario por infracción procesal, solo son recurribles las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en segunda instancia (art. 477.2 y disposición final decimosexta 1 LEC), considerando como tales las sentencias definitivas que ponen fin a una verdadera instancia, tras la tramitación ordinaria de un proceso (artículo 477.2 y disposición final decimosexta 1 Ley de Enjuiciamiento Civil).

La exigencia de que la resolución haya sido dictada en segunda instancia supone excluir la posibilidad de casación *per saltum* prevista en el art. 1688 de la LEC 1881.

Las cuestiones que no hayan sido objeto de apelación y sobre las que por tanto no se haya pronunciado la Audiencia Provincial no pueden ser planteadas en casación.

En el recurso de casación por razón de la cuantía será causa de inadmisión la insuficiencia de la cuantía del asunto, por no ser superior a 600.000 euros, ser indeterminada o inestimable o haber aceptado las partes implícita o explícitamente que la cuantía del asunto haya permanecido como indeterminada o inestimable sin que exista resolución en contrario.

Cuando la cuantía es de 600.000 euros justos sólo puede recurrirse por razón de interés casacional (vid. AATS de 17 de febrero de 2016, rec. 2624/2014 y de 16 de noviembre de 2016, rec. 1167/2015). Cuando la cuantía es indeterminada se asimila a cuantía inferior a 600.000 euros y sólo puede recurrirse por razón de interés casacional.

En el recurso de casación por razón de interés casacional, será causa de inadmisión la falta de acreditación del interés casacional (art. 483.2.3.º LEC).

Por lo que a las/os Sras./es. Fiscales interesa, serán pues recurribles en casación las sentencias dictadas en los procesos especiales regulados en el Libro IV de la LEC y las sentencias dictadas en la pieza de calificación del concurso, cuando se acredite interés casacional, así como las sentencias dictadas en procesos civiles de protección de derechos fundamentales en todo caso.

### 2.2.2 AUTOS

La regla general es la de que están excluidos de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal los autos y las demás resoluciones que no revistan forma de sentencia (vid. ATS de 7 de julio de 2019, rec. 138/2019).

Como excepción, el Acuerdo de 2017 se refiere a los autos que lo sean «conforme a reglamentos, tratados o convenios internacionales o de la Unión Europea (art. 477.2 LEC, en relación con la norma aplicable en cada caso)».

Por ello, serán recurribles en casación o por infracción procesal los autos dictados en procesos sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras resueltos al amparo del Convenio de Bruselas de 27 de diciembre de 1968 y del Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988 (artículos 37.2 y 41); del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, *relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental*; y Reglamento (UE) 2019/1111, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (DOUE n.º 178, de 2 de julio de 2019); del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* y de cualesquiera otras normas de similar naturaleza, cuando la facultad de recurrir se reconozca en el correspondiente instrumento.

La recurribilidad en casación de estas resoluciones dictadas encuentra su fundamento en la primacía que las normas supranacionales integradas en el acervo comunitario presentan respecto de las de producción interna. Junto con esa primacía, es rasgo característico de determinadas normas comunitarias, particularmente los Reglamentos comunitarios, su aplicabilidad directa o efecto directo. Las consecuencias de los principios de primacía y del efecto directo de las nor-

mas comunitarias conducen tanto a la inaplicación de las normas internas incompatibles o contrarias a las comunitarias, como a impedir la válida formación de posteriores actos normativos incompatibles con éstas, como, en fin, a la obligación del aplicador del Derecho de garantizar el pleno efecto de esas normas supranacionales, operándose una interacción entre ordenamiento interno y comunitario que se traduce, *prima facie*, en la interpretación de la legalidad interna conforme al derecho comunitario (AATS de 17 de enero de 2006, rec. 1122/2005 y de 4 de octubre de 2005, rec. 685/2005).

Debe en este punto recordarse que el apartado segundo del art. 55 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, *de cooperación jurídica internacional en materia civil*, establece que contra la resolución dictada por la Audiencia Provincial resolviendo el exequátur, «la parte legitimada podrá interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación de conformidad con las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil» y que conforme a su art. 54.8 en los procedimientos de *exequatur* el Fiscal «intervendrá siempre».

Deberán entender igualmente las/os Sras./es. Fiscales que cabrá recurso de casación contra resoluciones que, debiendo adoptar la forma de sentencia, conforme a las previsiones de los arts. 245 y ss LOPJ, hubieran asumido incorrectamente la forma de auto (vid. ATS de 19 de junio de 2019, rec. 105/2019).

### 2.2.3 RESOLUCIONES NO RECURRIBLES

Conforme al Acuerdo de 2017 no son recurribles:

En primer lugar «las sentencias de las Audiencias Provinciales que carezcan de la condición de sentencia dictada en segunda instancia por acordar la nulidad y retroacción de las actuaciones o la absolución en la instancia, o por resolver una cuestión incidental».

El art. 477.2 LEC limita las sentencias recurribles a las «dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales». Tal calificación es privativa de las sentencias que deciden el recurso de apelación contra la sentencia definitiva que pone fin a la primera instancia tras la tramitación ordinaria del proceso.

El recurso de apelación no abre la segunda instancia cuando se interpone contra resoluciones interlocutorias o contra resoluciones que ponen fin al proceso, pero decidiendo una cuestión procesal, y no de fondo.

Ello lleva a excluir del recurso las sentencias que deciden cuestiones incidentales (*Ad exemplum* ATS de 3 de julio de 2019, rec. 127/2019).

En este sentido, el TS ya se ha pronunciado sobre la imposibilidad de recurrir en casación las sentencias recaídas en procedimiento de audiencia al rebelde (AATS de 23 de mayo de 2018, rec. 4969/2017; de 5 de abril de 2017, rec. 2938/2016 y de 15 de julio de 2015, rec. 1273/2014).

Así, una sentencia dictada por la Audiencia que declara la nulidad de un juicio acordando la retroacción al momento de la celebración no es recurrible en casación porque si bien la sentencia recurrida tiene la condición de sentencia de apelación, carece de la condición de «sentencia dictada en segunda instancia», en tanto que dispone la continuidad de los trámites procesales en primera instancia (ATS de 17 de enero de 2006, rec. 1263/2003).

La sentencia dictada en apelación revocando la de primera instancia que declaraba caducada una acción tampoco es recurrible en casación pues «que la caducidad de la acción sea una cuestión considerada como sustantiva no significa que resolver sobre ella, declarando que la acción no ha caducado, suponga resolver sobre el fondo del asunto» (STS n.º 315/2017, de 18 de mayo).

Actualmente se admite el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial recaída en los procedimientos de formación de inventario y de solicitud de liquidación del régimen matrimonial, superándose la anterior calificación de procedimientos incidentales generadores de sentencias no recurribles (vid. *ad exemplum* AATS de 8 de marzo de 2017, rec. 607/2016 y de 5 de abril de 2017, rec. 1256/2015).

En segundo lugar «las sentencias que debieron adoptar la forma de auto».

En tercer lugar «las sentencias dictadas o que debieron dictarse por un único magistrado, por no actuar la Audiencia Provincial en tales casos como órgano colegiado».

Además de estos casos, no es recurrible una sentencia dictada en única instancia por un Tribunal Superior de Justicia respecto de un aforado al estar limitado el recurso a las sentencias dictadas en segunda instancia por Audiencias Provinciales (AATS de 17 de junio de 2015, rec. 100/2015 y de 14 de octubre de 2008, rec. 181/2006).

Es claro igualmente que sólo cabe casación contra resoluciones dictadas en procesos declarativos, no cuando lo que se impetra sea la tutela cautelar.

Tampoco caben recursos extraordinarios en el proceso de ejecución, «como resulta de la propia ubicación sistemática en el Título IV, del Libro II, al versar éste último sobre los procesos declarativos, siendo claras las normas contenidas en el art. 562 LEC, así como en los restantes preceptos que se refieren a los recursos en la ejecución, al

excluir los de casación e infracción procesal, estando incluso el de apelación limitado a los casos expresa y taxativamente previstos, sin que pueda formularse de modo general ese recurso devolutivo ordinario. [...]» (AATS de 30 de noviembre de 2016, rec. 215/2016 y de 4 de febrero de 2003, rec. 1339/2002).

El TS ha declarado también la irrecurribilidad en casación de las resoluciones dictadas en procedimientos de jurisdicción voluntaria (AATS de 28 de febrero de 2012, rec. 1225/2011 y 17 de mayo de 2011, rec. 176/2011). El ATS de 2 de diciembre de 2008, rec. 698/2008, declara al respecto que «el legislador no ha previsto que las resoluciones que ponen fin a los procedimientos de jurisdicción voluntaria sean susceptibles de tal medio de impugnación extraordinario, no sólo por estar excluidos los Autos, incluso definitivos, sino por la más poderosa razón de que se limita la recurribilidad en casación a las Sentencias dictadas en segunda instancia, cuando la recaída en la primera puso fin a la tramitación ordinaria del proceso de declaración, es decir, a las que se regulan como juicios ordinarios o especiales en la LEC 2000 u otras leyes, más nunca quedan asimiladas a esas Sentencias de segunda instancia las resoluciones recaídas en el ámbito de la jurisdicción voluntaria».

El art. 774 quinquies LEC redactado por Ley 15/2015, de 2 de julio, dispone en relación al procedimiento sobre medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional que «contra la resolución que se dicte sólo cabrá recurso de apelación con efectos suspensivos, que tendrá tramitación preferente, debiendo ser resuelto en el improrrogable plazo de veinte días».

La Circular 6/2015, de 17 de noviembre, *sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, analiza este recurso. Es claro que la propia esencia del procedimiento de restitución excluye que tras la apelación pueda interponerse un ulterior recurso. En este sentido, el TEDH ha subrayado la necesidad de celeridad por existir una obligación de emplear diligencia excepcional, por el riesgo de que el paso del tiempo resuelva de hecho la situación (SSTEDH de 21 de julio de 2015 G. S. contra Georgia y de 17 de enero de 2012, Kopf y Liberda contra Austria).

Por ello, en estos procedimientos, las resoluciones sobre restitución o retorno de menores no son susceptibles de casación (en este sentido, AATS de 20 de marzo de 2019, rec. 11/2019 y de 23 de noviembre de 2016, rec. 782/2016).

Tampoco serán recurribles en casación los autos sobre internamiento por razón de trastorno psíquico (art. 763 LEC) ni los autos

sobre ingreso en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta (art. 778 bis LEC).

## 2.3 Fundamento del recurso

### 2.3.1 MOTIVO GENERAL

El recurso de casación sólo puede fundarse en un único motivo: la infracción de las normas (sustantivas) aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477.1 LEC).

Como declara el Acuerdo de 2017 «este fundamento es único o exclusivo, en el sentido de que el recurso de casación, en cualquiera de sus modalidades, no puede tener otro sustento».

Debe tratarse de normas de Derecho privado. La STS n.º 67/2007, de 8 de febrero, con cita de múltiples precedentes, declara que «[...] la recurrente ha buscado apoyo en tres preceptos de la Ley de Seguridad Social [...] con lo que ha omitido la posición de esta Sala Primera respecto a que sólo cabe fundamentar un motivo de casación en la infracción de normas de derecho privado, civiles o mercantiles, con categoría de ley o asimiladas a las leyes [...]» En el mismo sentido se pronuncia el ATS de 13 de febrero de 2019, rec. 2005/2016.

El art. 477.1 LEC se refiere genéricamente a la infracción de «normas». Tal redacción evita, a diferencia de alguno de sus precedentes la referencia a la infracción de Ley, abriendo la posibilidad de alegar otras normas jurídicas que no sean propiamente leyes.

En efecto, es *communis opinio* doctrinal la de que dentro del motivo cabe alegar la infracción de otras normas sustantivas con rango distinto al de la Ley.

Cabe alegar infracción de preceptos constitucionales, no solo en el caso de procesos para la tutela de derechos fundamentales sino en cualquier proceso, y no sólo en relación con los artículos que regulan los derechos fundamentales sino respecto de cualquier otra norma siempre que pueda considerarse sustantiva, excluyéndose expresamente el art. 24 CE.

En este sentido, el inciso primero del apartado cuarto del art. 5 LOPJ dispone que «en todos los casos en que, según la Ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional».

Debe no obstante tenerse en cuenta que este precepto «no autoriza una especie de recurso de casación autónomo que proceda siempre que se alegue la vulneración de algún derecho fundamental, al margen de cualquier otro requisito legal, sino únicamente la posibilidad de

fundamentarlo en la infracción de precepto constitucional, pero sólo en «los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación», ya que «el art. 5.4 LOPJ en modo alguno establece un sistema de recursos diferente al que la Ley de Enjuiciamiento Civil regule en cada momento, ni tampoco un catálogo distinto de resoluciones recurribles» (AATS de 28 de marzo de 2006, rec. 38/2006 y de 13 de septiembre de 2005, rec. 633/2005).

Cabe alegar infracción de normas con rango de Ley orgánica u ordinaria, así como de normas contenidas en Decretos Leyes y Decretos Legislativos.

Son inidóneas para fundamentar el recurso las normas de carácter genérico, por ejemplo, el art. 609 CC, pues «no es más que una «disposición preliminar» que describe los distintos modos de adquirir la propiedad, carente, por tanto, por su sentido genérico, de relevancia casacional» (SSTS n.º 763/2009, de 17 de noviembre y 87/2000, de 1 febrero).

En cuanto a las normas de rango reglamentario, la regla general es la de que no son aptas para fundamentar la casación (vid. ATS de 23 de enero de 2019, rec. 2149/2016). La STS n.º 406/2002, de 25 de abril (con cita de múltiples precedentes) introduce las excepciones, al considerar que «la posibilidad de invocar otras disposiciones de rango inferior a la Ley o de naturaleza no civil queda reducida a los casos en que tales normas tengan una civil como cobertura, o sean complementarias, o estén íntimamente relacionadas». La STS n.º 847/1999, de 20 de octubre, añade que «asimismo, en ese sentido, se ha manifestado en esta sede la imposibilidad de la alegación de normas de carácter reglamentario, salvo que su fundamento se encuentre en el desarrollo de una ley sustantiva, en cuyo caso cabe citarlas con la disposición legal que le sirve de cobertura».

La casación, en el orden jurisdiccional civil, no permite la cita de normas administrativas como motivo de recurso, salvo que sean complementarias o que desarrollan preceptos de Derecho civil (SSTS n.º 155/2019 de 14 de marzo; 57/2011, de 25 febrero y ATS de 17 de julio de 2019, rec. 1522/2017).

El Acuerdo de 2017 expresamente declara que el recurso de casación civil no puede fundarse en normas administrativas, penales o laborales que no se pongan en relación con una norma civil.

Cabe articular un motivo de casación en la infracción de un principio general del derecho, pero para ello debe fundamentarse la norma que lo ampara o la jurisprudencia que lo acoge. La STS n.º 891/2001, de 8 de octubre, se pronuncia en este sentido: «para fundamentar un motivo de casación en la infracción de un principio general del dere-

cho, ha de estar reconocido como tal en la ley o en la jurisprudencia, que debe ser citada expresamente, como ineludible exigencia para que pueda ser tenido en cuenta».

Se admite que el recurso se articule por infracción de una norma extranjera. La STS de 4 de julio de 2006, rec. 2421/1999, declara al respecto que «la ley aplicable puede ser infringida, inaplicada, etc. y no debe hacerse diferencia entre derecho extranjero y derecho nacional una vez que se ha demostrado que el primero es el aplicable al caso sometido al juzgador, porque otra consecuencia sería tanto como impedir el acceso a los recursos establecidos por la ley [...], además de infringir la norma conflictual española. Sin embargo, la doctrina formulada en un recurso de casación por infracción del derecho extranjero no deba (sic) ser tenida como doctrina legal a los efectos del artículo 6.1 del Código civil, sin perjuicio de que pueda servir de pauta en posteriores conflictos ante los Tribunales españoles producidos en problemas semejantes en los que deban aplicarse las mismas normas jurídicas».

Hay también consenso en la posibilidad de invocar una norma sustantiva contenida en un Tratado internacional ratificado por España.

Igualmente es pacífica la posibilidad de invocar normas sustantivas de Derecho de la Unión europea, tanto originario como derivado.

Quedan excluidas las normas procesales. La Exposición de Motivos de la LEC lo explica: se ha perseguido que la actividad del TS se concentre en la revisión de errores de derecho material o sustantivo.

El TS afirma: el «desplazamiento de los temas de índole adjetiva hacia la esfera del otro recurso extraordinario» (ATS de 8 de julio de 2015, rec. 1173/2014) pues a través del recurso de infracción procesal «incumbe controlar las cuestiones procesales, entendidas en un sentido amplio, que [...] abarcan también las normas del enjuiciamiento civil que llevan a conformar la base fáctica de la pretensión [...] cuya corrección debe examinarse en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal, dejando el de casación limitado a una estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados [...]» (AATS de 27 de marzo de 2007, rec. 1431/2004; de 3 de mayo de 2007, rec. 2037/2004 y de 10 de junio de 2014, rec. 2712/2013).

Desaparece como motivo de casación la infracción de la jurisprudencia, sin perjuicio de que la misma tenga relevancia como requisito de procedibilidad para fundamentar el interés casacional.

En el recurso de casación no tienen cabida ni las cuestiones de índole fáctica, ni los meros alegatos tendentes a imponer una resultancia probatoria o el resultado de una labor interpretativa o valorativa

diferente al del Tribunal de instancia (ATS de 18 de octubre de 2005, rec. 1789/2001 y 22 de marzo de 2005, rec. 1254/2001).

En tanto prevalece la finalidad nomofiláctica de control de la aplicación de la norma y de creación de doctrina jurisprudencial, la técnica casacional «exige razonar sobre la infracción legal, prescindiendo de los hechos y de la valoración probatoria [...]» lo que «implica plantear al Tribunal Supremo cuestiones jurídicas sin apartarse de los hechos» (ATS de 17 de julio de 2019, rec. 1298/2017) «debiendo recordarse que el objeto del recurso de casación es la revisión del juicio jurídico, es decir, en la determinación y alcance de los hechos probados, lo que supone examinar únicamente la corrección de la interpretación y aplicación de la norma llevadas a cabo por el Tribunal «a quo», comprobando la aplicación al supuesto de hecho previsto en la ley del previo juicio de hecho y la aplicación al caso enjuiciado de la norma sustantiva en sí misma, de tal modo que el juicio fáctico queda siempre al margen del recurso de casación» (ATS de 8 de septiembre de 2008, rec. 1789/2005, con cita de varios precedentes).

El Acuerdo de 2017 señala al respecto que «los motivos del recurso de casación deben respetar la valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida, lo que implica: – que no se puede pretender una revisión de los hechos probados ni una nueva valoración probatoria; – que no pueden fundarse implícita o explícitamente en hechos distintos de los declarados probados en la sentencia recurrida, ni en la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considere acreditados (petición de principio o hacer supuesto de la cuestión)». No es posible transformar la casación en una tercera instancia (SSTS n.º 25/2017, de 18 de enero; 122/2017, de 23 de febrero; 146/2017, de 1 de marzo y 196/2017, de 22 de marzo).

En el escrito de interposición deben combatirse únicamente los argumentos empleados para resolver las cuestiones objeto de debate que constituyan *ratio decidendi*. Quedan excluidos los argumentos *obiter*, a mayor abundamiento o de refuerzo (ATS de 11 de septiembre de 2019, rec. 1446/2019; SSTS n.º 29/2017, de 18 de enero y 362/2011, de 7 de junio, entre otras; Acuerdo de 2017).

## 2.3.2 MODALIDADES

### 2.3.2.1 *Requisitos comunes cuando se invoca interés casacional*

La Exposición de Motivos de la LEC en su apartado XIV define el interés casacional como «el interés trascendente a las partes procesales que puede presentar la resolución de un recurso de casación»,

defendiendo su objetivación en tanto «aporta más seguridad jurídica a los justiciables y a sus abogados» y en cuanto «elimina los riesgos de desconfianza y desacuerdo con las decisiones del Tribunal».

El recurso de casación por interés casacional se configura como la modalidad genérica y genuina de este recurso extraordinario, dirigido a lograr la fijación de la doctrina jurisprudencial del TS o a la unificación de las doctrinas dispares existentes entre las diversas Audiencias Provinciales o a la fijación de la doctrina jurisprudencial respecto de una norma con vigencia inferior a 5 años. No es preciso subrayar el entronque de este recurso con la función específica atribuida al Ministerio Fiscal de velar por el respecto a la legalidad y promover la interpretación uniforme del ordenamiento y, en definitiva, los principios de igualdad ante la Ley y de seguridad jurídica.

El TS declara que la nueva casación basada en el interés casacional es un recurso en el que prevalece claramente el *ius constitutionis* (ATS de 3 de mayo de 2007, rec. 2484/2003), subrayando reiteradamente la función nomofiláctica (*ad exemplum* ATS de 17 de julio de 2019, rec. 2776/2017) y limitando su objeto a una estricta función revisora del juicio jurídico (ATS de 12 de julio de 2011, rec. 2119/10).

Esa finalidad pública (*ius constitutionis*) que trasciende a la privada (*ius litigatoris*), explica que la reforma de la casación civil operada por Ley 37/2011 haya optado por generalizar el recurso de casación por razón del interés casacional: basta que concurra la necesidad de unificación o fijación de la interpretación de la ley para que pueda admitirse el recurso: al introducirse la expresión «cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia» (ordinal 3.º del art. 477.2 LEC), toda sentencia dictada en segunda instancia por una Audiencia Provincial, con las excepciones examinadas *supra*, puede ser recurrida en casación por interés casacional.

Lo que constituye «interés casacional» no es la mera diferencia entre la sentencia impugnada y otras resoluciones, sino la existencia de un previo y reiterado antagonismo entre órganos judiciales, que haya determinado la existencia de «jurisprudencia contradictoria» que el legislador trata de evitar, permitiendo al TS sentar una doctrina con finalidad unificadora (ATS de 10 de junio de 2014, rec. 2712/2013).

El art. 477.3 LEC sólo contempla como supuestos en los que concurre el interés casacional que la sentencia recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial del TS, que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, o que se apliquen normas que no lleven más de cinco años en vigor. La vulneración de la doctrina de los TSJ no puede fundamentar el interés casacional (AATS de 10 de enero

de 2012, rec. 748/2011 y de 26 de diciembre de 2007, rec. 709/2007, entre otros).

Tampoco cabe invocar infracción de doctrina constitucional. Para el TS «la justificación del interés casacional no puede ampararse en la doctrina del Tribunal Constitucional dada la claridad del art. 477.3 LEC [...] sin que en consecuencia, visto el referido precepto, quepa anudar a la infracción de la doctrina del Tribunal Constitucional invocada interés casacional alguno, lo que evidencia el sistema de «numerus clausus» que el legislador ha impuesto, y, además, está en concordancia con los efectos de la sentencia a que se refiere el art. 487.3 LEC, que impiden al Tribunal Supremo efectuar declaración alguna sobre una eventual oposición a doctrina del Tribunal Constitucional, lo que patentiza que su vulneración no determina la existencia del «interés casacional» (AATS de 20 de junio de 2018, rec. 863/2018 y de 14 de septiembre de 2010, rec. 1615/2009, entre otros muchos).

Tampoco es a estos efectos jurisprudencia la doctrina de órganos no judiciales como puede ser la Dirección General de Registros y Notariados (en adelante, DGRN): «la jurisprudencia, alegable en casación, es tan solo la emanada del Tribunal Supremo, en su Sala correspondiente a la materia que se aduce y, por tanto, no lo es la doctrina, de alto valor jurídico, que exponen las resoluciones de aquélla y cuyos argumentos podrán ser tenidos en cuenta, pero no son doctrina jurisprudencial» (STS n.º 978/2008, de 27 de octubre; AATS de 20 de enero de 2009, rec. 1873/2006 y de 27 de julio de 2004, rec. 91/2004).

El TS en un principio negó que el interés casacional pudiera fundarse en resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (ATS de 20 de enero de 2009, rec. 1873/2006). Sin embargo, posteriormente ha rectificado su criterio y en la STS n.º 401/2010, de 1 de julio, declara terminantemente que hay que concluir que «es suficiente la cita como infringida de una sola sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que deba entenderse cubierta la justificación formal de interés casacional».

Conforme al Acuerdo de 2017 «el recurso de casación por interés casacional va encaminado a la fijación de doctrina jurisprudencial (art. 487.3 LEC). A los requisitos comunes a todo recurso de casación hay que añadir los siguientes: a) La justificación, con la necesaria claridad, de la concurrencia del interés casacional. b) Debe tenerse en cuenta que el recurso no puede ser admitido, entre otros supuestos [...] si el criterio aplicable para resolver el problema planteado depende única o sustancialmente de las circunstancias fácticas de cada caso; o si la aplicación de la jurisprudencia invocada o pretendida solo puede lle-

var a una modificación del fallo mediante la omisión total o parcial o de los hechos que la Audiencia Provincial considere probados».

Se incurre en inadmisión si no se establece con precisión «cuál es la jurisprudencia que se solicita sea fijada, declarada infringida o desconocida [...]» (*ad exemplum*, ATS de 5 de octubre de 2015, rec. 435/2015).

No basta enumerar sentencias: «si bien se citan varias Sentencias de esta Sala con un criterio jurídico que se dice coincidente, la parte recurrente se limita a enumerarlas, no llegando a razonar cómo, cuándo y en qué sentido ha sido vulnerada por la Sentencia recurrida la doctrina del Tribunal Supremo denunciada, lo que resulta imprescindible para que la Audiencia pueda examinar el supuesto de recurribilidad invocado y decidir sobre la preparación del recurso de casación» (AATS de 12 de mayo de 2009, rec. 1154/2008; 28 de abril de 2009, rec. 429/2007 y 21 de abril de 2009, rec. 524/2007).

Debe ponerse en directa relación la pretendida infracción normativa con el interés casacional alegado (STS n.º 415/2010, de 7 de julio). Por ello no puede invocarse la jurisprudencia infringida sin conectarla con la norma vulnerada.

No obstante, el TS introduce pautas flexibilizadoras, y así ha declarado que «aun no quedando rigurosamente justificado el interés casacional, el recurso puede ser admisible si sobre el problema jurídico planteado [...] existe jurisprudencia de esta Sala y la sentencia recurrida ha resuelto de forma contraria a ella (STS n.º 339/2016, de 24 de mayo).

### 2.3.2.2 *Oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo*

La oposición a la jurisprudencia del TS deja de ser un motivo autónomo de casación para constituir un supuesto de interés casacional.

Deben, al respecto, tenerse en cuenta los siguientes puntos.

No puede considerarse que tengan carácter jurisprudencial unas sentencias cuando existan otras de fechas más recientes que se aparten de dicha doctrina.

Si existe jurisprudencia del TS, concurrirá interés casacional si la Audiencia Provincial la contradice, pero no si la respeta.

No concurrirá interés casacional cuando la sentencia invocada examina «un supuesto con evidentes peculiaridades» derivadas de las circunstancias concretas concurrentes (ATS de 31 de marzo de 2009, rec. 2417/2005).

Una única sentencia del TS no crea jurisprudencia y no es, por tanto, apta para fundamentar el recurso por interés casacional (en este sentido ATS de 5 de octubre de 2016, rec. 474/2016).

El concepto de jurisprudencia comporta, en principio, reiteración en la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Es necesario, en consecuencia, que en el escrito de interposición se citen dos o más sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, y que se razone cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia que se establece en ellas (ATS de 11 de septiembre 2019, rec. 31/2019).

Sin embargo, aun cuando el art. 1.6 del Código Civil recoge el carácter reiterado que ha de presentar la doctrina jurisprudencial «en determinados supuestos es perfectamente posible que baste una sola sentencia, para justificar la oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, como en el caso de una sentencia de la Sala Primera en Pleno que, de un modo expreso y razonado, cambia el criterio hasta ese momento seguido [...] al igual que existen otras excepciones a la necesidad de reiteración de jurisprudencia, [...] cual sucede cuando se declara lo que corresponda, según los términos en que se hubiese producido la oposición a la doctrina jurisprudencial o la divergencia entre Audiencias Provinciales, a tenor de lo dispuesto en el art. 487.3 [...] (ATS de 22 de marzo de 2005, rec. 938/2004 y Acuerdo de 2017).

El Acuerdo de 2017 especifica que «las sentencias de la sala deben ser identificadas por su número y fecha [...] o, excepcionalmente, si no tuviera número, por su fecha y el número del recurso [...]. Se extractará su contenido y, de incluir citas literales, se limitarán a los bloques relevantes para resolver el problema jurídico planteado. Es recomendable la cita jurisprudencial únicamente en lo que interese confrontar con la resolución recurrida [...]».

### 2.3.2.3 *Jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales*

Conforme al art. 477.3 LEC «se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida [...] resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales».

La jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, como modalidad del interés casacional prevista en el artículo 477.3 LEC, comporta la existencia de criterios dispares entre secciones de Audiencias mantenidos cada uno con la suficiente extensión e igual nivel de

trascendencia, de modo que puedan calificarse como jurisprudencia operativa en el grado jurisdiccional correspondiente a estos tribunales. En consecuencia, tiene que acreditarse que existen soluciones diferentes para el mismo problema por parte de distintas Audiencias y que no existe jurisprudencia del TS sobre dicho problema (ATS de 7 de marzo de 2018, rec. 4308/2017 y Acuerdo de 2017).

Para justificar esta contradicción, esta modalidad del recurso por interés casacional exige citar al menos dos sentencias dictadas por una misma sección de una Audiencia en las que se decida en un sentido y al menos otras dos, procedentes también de una misma sección de una Audiencia, diferente de la primera, en las que se decida en sentido contrario. En uno de estos dos grupos debe figurar la sentencia recurrida.

El Acuerdo de 2017 introduce también una modulación en este punto: «este requisito se flexibilizará cuando el elevado número de secciones de una Audiencia Provincial dificulte objetivamente su cumplimiento. No obstante, no será imprescindible la cita de sentencias con los requisitos indicados cuando, a criterio de la Sala Primera, conste de manera notoria la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre el problema jurídico planteado. Para ello es necesario que el problema haya sido debidamente puntualizado por la parte recurrente y se haya justificado la existencia de un criterio dispar entre Audiencias mediante la cita de sentencias contrapuestas».

Si existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales pero existe jurisprudencia del TS y la sentencia recurrida es conforme a la jurisprudencia del TS no concurrirá interés casacional. En este sentido se pronuncia el ATS de 5 de octubre de 2015, rec. 435/2015.

Si existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales y también existe jurisprudencia del TS y la sentencia recurrida contraría la jurisprudencia del TS, el interés casacional será de apreciar por la contradicción de la sentencia de la Audiencia Provincial con la jurisprudencia del TS, no por la concurrencia de jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales, si bien esa contradicción entre Audiencias puede articularse como motivo subsidiario al principal.

La contradicción ha de producirse entre diferentes órganos de apelación sobre un punto o cuestión jurídica, pues el supuesto de «interés casacional» radica, no en la mera diferencia entre la sentencia impugnada y otras resoluciones, sino en la existencia de un antagonismo reiterado entre órganos jurisdiccionales de segunda instancia, permitiendo al TS sentar una doctrina con finalidad unificadora, por ello se precisa que la discrepancia sea repetida (AATS de 17 de mayo

de 2005, rec. 257/2005 y de 19 de abril de 2005, rec. 110/2005, entre otros muchos).

Conforme al Acuerdo de 2017 «la parte recurrente debe expresar el problema jurídico sobre el que existe la contradicción que alega, indicar de qué modo se produce esta y exponer la identidad de razón entre cada punto del problema jurídico resuelto en la sentencia recurrida y aquel sobre el que versa la jurisprudencia contradictoria invocada».

Incurrir en defecto de planteamiento el recurso que «acogiéndose a la diferencia de tratamiento en las distintas Audiencias Provinciales sobre una misma cuestión jurídica, se limita a aportar varias sentencias que proceden de distintas Audiencias, y secciones de las mismas, sin cumplir el requisito de que al menos sean dos coincidentes de la misma Audiencia y sección» (STS n.º 92/2016, de 19 de febrero).

No existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales cuando las sentencias de referencia resuelven cuestiones de hecho (SSTS n.º 659/2011, de 3 octubre y 578/2011, de 21 julio).

Debe tenerse presente que en ocasiones el TS modera las exigencias generales para acreditar el interés casacional en estos supuestos de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Así, en un procedimiento de consumidores, la STS n.º 401/2010, de 1 de julio, declara que «no todas las formalidades son exigibles con idéntica intensidad en todos los supuestos, ya que [...] en materias como la presente, la doctrina jurisprudencial genérica precisa de una respuesta específica a las singulares cuestiones planteadas, dado que la potencial fuerza expansiva de las sentencias puede trascender a terceros al amparo del artículo 221 regla 2.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que podría provocar que en el caso de declaración de nulidad de una cláusula deviniese inviable una sola segunda sentencia contradictoria».

En este mismo sentido, la STS n.º 792/2009, de 16 de diciembre, en un procedimiento de impugnación de cláusulas abusivas bancarias.

#### 2.3.2.4 *Cuando la sentencia recurrida aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor*

Conforme al art. 477.3 LEC «se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida [...] aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor [...]».

El recurso podrá referirse a la novedad de la norma que se aplicó o a la novedad de la norma que debió ser aplicada.

En estos supuestos es necesario que no exista doctrina jurisprudencial del TS relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

El Acuerdo de 2017 exige identificar «el problema jurídico sobre el que no exista jurisprudencia y que haya sido resuelto o debiera haberlo sido mediante la aplicación de una norma de menos de cinco años de vigencia» y justificar «que no existe doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido».

En cuanto al cómputo de los cinco años de vigencia de la norma aplicable para el Acuerdo de 2017 «debe efectuarse tomando como *dies a quo* la fecha de su entrada en vigor y como *dies ad quem* la fecha en que la norma fue invocada por primera vez en el procedimiento». Los AATS de 23 de marzo de 2010, rec. 721/2009; de 31 de marzo de 2009, rec. 140/2008 y de 8 de septiembre de 2009, rec. 2103/2007, fijan sin embargo como *dies ad quem* la fecha en la que se dicte la sentencia recurrida, criterio este último que se considera más acertado por aportar mayores dosis de seguridad en su determinación.

No cabrá ampararse en este motivo ante modificaciones puramente formales, como puede ser el cambio de ubicación de una norma.

Un ejemplo de novedad solo aparente, que no puede fundamentar el recurso, es analizado por el ATS de 13 de marzo de 2017, rec. 2265/2003: «la reforma de la LPH a la que se hace referencia como norma con vigencia inferior a cinco años, efectuada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, no modificó todos los preceptos de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, e incluso respecto de algunos de aquellos preceptos se limitó a cambiarlos de ubicación; y es que, mencionados en el escrito preparatorio los arts. 12 y 17.1 de la LPH, resulta que respecto del primero de ellos la Ley 8/1999 se limitó a cambiar su ubicación, pues anteriormente estaba numerado, con idéntico contenido, como art. 11 [...], por lo que en modo alguno pueden considerarse como normas «nuevas». Y respecto del párrafo primero del art. 17, éste no difiere, en lo sustancial, de la norma primera, párrafo primero, del antiguo art. 16, en cuanto ambas declaran ser exigible la unanimidad para la validez de los acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo o en los estatutos, por lo que tampoco cabe hablar propiamente de norma «nueva» con relación al invocado art. 17.1.a, párrafo primero».

Si pese a la novedad de la norma existe doctrina jurisprudencial no concurrirá interés casacional, salvo que la sentencia recurrida sea contraria a dicha jurisprudencia, en cuyo caso, el recurso de casación debe articularse por esa contrariedad y no por la novedad de la norma (en este sentido, vid. ATS de 31 de marzo de 2009, rec. 140/2008).

Si concurre el requisito de la novedad de la norma y la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, el recurso de casación podrá articularse por ambas vías.

La norma nueva invocada debe ser la norma sustantiva cuya infracción se alega para articular el recurso de casación.

Habrà de entenderse que puede acaecer la desaparición sobrevenida del interés casacional cuando tras la sentencia recurrida la jurisprudencia del TS hubiera resuelto el problema jurídico planteado en contra del criterio propugnado por la parte recurrente.

#### 2.3.2.5 *Cuando no exista jurisprudencia*

La interpretación judicial de la legalidad «constituye, junto con la modificación normativa, uno de los instrumentos para la adaptación del Derecho a la realidad cambiante» (STC n.º 242/1992, de 21 de diciembre).

Ya el Libro Blanco de la Justicia (CGPJ,1998) postulaba la necesidad «de regularse, con independencia de la cuantía, la posibilidad de que las resoluciones tradicionalmente recurribles sean revisables en casación por el Tribunal Supremo cuando versen sobre una cuestión de interés general sobre la que no se haya pronunciado con anterioridad el Tribunal Supremo».

Las/os Sras./es. Fiscales deberán tener especialmente en cuenta un supuesto admitido por el Acuerdo de 2017: «[...] no será imprescindible la cita de sentencias cuando, a criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo, la parte recurrente justifique debidamente la necesidad de establecer jurisprudencia o modificar la ya establecida en relación con el problema jurídico planteado porque haya evolucionado la realidad social o la común opinión de la comunidad jurídica sobre una determinada materia. Esta excepción tiene el carácter extraordinario que se desprende de su naturaleza. Por ello, el recurso no será admisible cuando la Sala Primera del Tribunal Supremo no considere que su jurisprudencia deba ser modificada».

Este punto del Acuerdo de 2017 ha sido efectivamente aplicado con diversas variantes. Así, el TS declara que la falta de total coincidencia entre las sentencias citadas en el recurso y la materia litigiosa no siempre excluye el interés casacional «pues cuando precisamente por la propia novedad de la materia que plantee el recurso por interés casacional resulte prácticamente imposible la invocación de sentencias que específicamente traten de la misma, será admisible aquel recurso que [...] someta a la decisión de esta Sala una cuestión jurí-

dica relevante y de interés general citando como exponentes de su doctrina jurisprudencial las sentencias que, versando sobre materias relacionadas con esa cuestión, puedan considerarse representativas de unos determinados criterios o postulados jurisprudenciales de carácter más general pero que, a modo de principios, permiten dar respuesta fundada a la nueva cuestión planteada, máxime si además de las sentencias citadas en el recurso cabe tener en consideración otra u otras igualmente dictadas por esta Sala que también guarden relación con la cuestión de que se trate» (SSTS n.º 142/2016, de 9 de marzo y 889/2010, de 10 de enero de 2011).

También ha declarado el TS que «el interés casacional del recurso se justifica porque, tanto en la fecha en que se dictó la sentencia recurrida como al tiempo de interponerse el recurso de casación y de dictarse el auto de admisión, no existía doctrina jurisprudencial específica que resolviera la contradicción de criterios hasta entonces existente en torno a la interpretación [...]» (STS n.º 133/2015, de 23 de marzo).

Igualmente se ha establecido que en el recurso de casación por interés casacional en su modalidad de oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del TS «[...] lo decisivo es que la aplicación del derecho por la sentencia impugnada para resolver el caso litigioso se contraste con los criterios de decisión de esta Sala, mantenidos en dos o más sentencias [...], sobre casos, si no idénticos, sí al menos similares en cuanto a sus circunstancias de hecho, salvo que por tratarse de un caso singular, nunca antes tratado por el Tribunal Supremo o bien tratado por una sola sentencia, el interés general en la formación de doctrina jurisprudencial, de evidente relación con el principio de seguridad jurídica [...], pueda identificarse con el interés casacional del art. 477.2-3.º LEC» (STS n.º 857/2010, de 3 de enero de 2011).

#### 2.3.2.6 *Interés casacional foral*

El párrafo segundo del apartado tercero del art. 477 LEC dispone que «cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente».

Es el denominado interés casacional foral que, con más claridad que el recurso ante el TS, puede surgir: a) en los supuestos de contradicción con la doctrina jurisprudencial (se entiende, del TSJ) o

b) cuando no existe doctrina del Tribunal Superior sobre el precepto de Derecho especial aplicado.

El interés casacional foral debe referirse a la interpretación de normas forales, no de las comunes.

No cabrá apoyar el interés casacional en la jurisprudencia del TS ni en la de las Audiencias Provinciales, en relación a normas comunes.

También cabrá en los casos en que exista disparidad de doctrina entre distintas Secciones de la Audiencia o entre las Audiencias Provinciales comprendidas en la jurisdicción del TSJ.

En este sentido se ha considerado que «[...]sólo se puede articular el «interés casacional foral», como puerta de entrada al Recurso de casación de que se trata, en el sentido de que la infracción o aplicación indebida de normas referidas en el mismo deba afectar, inexcusablemente, a precepto foral [...], y con que el único Tribunal competente para resolver ese recurso lo es el de la Comunidad Autónoma de que se trate, ya que el mismo es el llamado a crear jurisprudencia al respecto, por cuanto la sustrae legalmente de la, general en otros casos, del Tribunal Supremo [...] por ello, el «interés casacional foral», es distinto del «común», y al plantearse ante el Tribunal de la Autonomía, debe referirse a la interpretación de normas forales, no de las comunes [...] no cabe apoyar aquí el «interés casacional» en la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, y por otros Tribunales Provinciales, en relación a normas comunes [...], por muy parecidas, análogas o similares que sean a las forales [...] sólo cabe proponer el Recurso de que se trata en relación a jurisprudencia de este Tribunal Superior de Justicia, o en los casos en que exista disparidad de doctrina entre distintas Secciones de la Audiencia o entre las Audiencias Provinciales comprendidas en la jurisdicción de aquél» (STSJ Navarra n.º 7/2003, de 26 de febrero).

### 2.3.2.7 *Tutela de derechos fundamentales*

El art. 249.1, 2.º LEC establece que se decidirán en juicio ordinario las demandas «que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación. En estos procesos, será siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente».

Por tanto, tras la derogación del cauce incidental previsto en la Ley 62/1978 por la disposición derogatoria única de la LEC, la tutela

de los derechos fundamentales en el proceso civil se tramita por el cauce del juicio ordinario.

Conforme al art. 477.2.1.º LEC «serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales [...] cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución».

Para poder articular el recurso de casación por esta vía no es suficiente con que se invoque la conculcación de un derecho fundamental, sino que es necesario que la demanda se haya sustanciado a través de los trámites para la tutela de derechos fundamentales.

El objeto del proceso es el que determina este cauce específico de acceso al recurso de casación, por lo que es únicamente aplicable a los juicios relativos a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales a que se refiere el art. 53.2 de la Constitución, de ahí que la previsión normativa contemple en este caso la recurribilidad en casación de las sentencias recaídas en procesos referidos a la tutela civil del honor, intimidad, imagen u otro derecho fundamental, mas no en aquellos atinentes a derechos reales, contratos o cualesquiera otra cuestión civil o mercantil, en los que no cabe utilizar el referido ordinal 1.º del art. 477.2 por el simple medio de citar como infringido un precepto constitucional, aunque tenga relación con la materia debatida en el pleito (vid. AATS de 23 de marzo de 2010, rec. 721/2009; de 1 de junio de 2004, rec. 367/2004 y de 27 de marzo de 2007, rec. 129/2007). Esta pauta ha sido recogida también por el Acuerdo de 2017 (epígrafe IV.3.4).

Aplicando esta doctrina se ha declarado por ejemplo que el procedimiento sobre reclamación de filiación no es un proceso para la tutela civil de derechos fundamentales (ATS de 27 de marzo de 2007, rec. 129/2007). Así también se ha rechazado a estos efectos la violación del art. 47 CE en relación con un proceso de desahucio, pues no es un proceso de tutela civil de derechos fundamentales (ATS de 11 de enero de 2017, rec. 239/2016).

Tampoco serán alegables por esta vía el principio de protección a la familia (art. 39 CE), el derecho de propiedad (art. 33 CE) o la libertad de empresa (art. 38 CE) pues no son derechos fundamentales y no pueden protegerse a través del procedimiento de protección de derechos fundamentales (art. 53.2 CE).

Es necesario además alegar la vulneración de un derecho fundamental sustantivo que haya sido vulnerado en la realidad extraprocesal. La infracción de derechos fundamentales procesales (art. 24 CE) habrá de articularse por medio del recurso extraordinario por infracción procesal.

En los casos en los que se acude improcedentemente a este motivo por no haber sido la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales el específico objeto del litigio, considera el TS que «la mención errónea de tal vía sería también irrelevante si el recurrente hubiera acreditado en el escrito de preparación la existencia de interés casacional», pero si no lo ha hecho el defecto es insubsanable «sin que pueda suplirse después» (ATS de 24 de febrero de 2009, rec. 207/2008).

A la inversa, acudir improcedentemente a la vía del interés casacional (art. 477.2.3.º LEC) cuando se recurren sentencias dictadas en segunda instancia en procesos sobre tutela judicial civil de los derechos fundamentales (cuya vía correcta sería el art. 477.2.1.º LEC), no determina por sí misma la inadmisión del recurso (vid. STS 620/2018, de 8 de noviembre). Tal defecto se ha considerado como causa de inadmisión, pero en supuestos en los que concurrían otras causas (ATS de 20 de julio de 2016, rec. 3476/2015).

Las sentencias dictadas en los procesos en los que se ejercite el derecho de rectificación regulado en la LO 2/1984, de 26 de marzo, no son susceptibles de recurso de casación al amparo del art. 477.2.1 LEC. No obstante, en estos casos, tramitándose como procedimiento específico por razón de la materia (juicio verbal con las especialidades previstas en el art. 6 LO 2/1984) la sentencia será susceptible de casación en su caso, pero por la vía del interés casacional (art. 477.2 LEC).

En este sentido se pronuncia el TS que declara que «la referencia al derecho de rectificación no debe sacarse del contexto en que se produce, y debe ser entendida en sus justos y estrictos términos [...] que no se trata de un verdadero derecho fundamental al que el legislador haya querido dar un tratamiento procesal distinto se pone de manifiesto con la simple lectura de la Exposición de Motivos de la LEC 2000, en cuyo apartado X se deja bien claro que la *voluntas legislatoris* es estatuir para los derechos de tal naturaleza un cauce procedimental común –el correspondiente al juicio ordinario– cuya tramitación se considera más expeditiva que la de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, dando así cumplimiento a las previsiones contenidas en el art. 53.2 de la CE, separando, en cambio, del conjunto de estos derechos aquellos que en sí mismos constituyen derechos y garantías procesales, para los cuales considera ilógico establecer un procedimiento especial, optando por proporcionar los mecanismos precisos para que su vulneración se remedie en el seno mismo del proceso en donde ha tenido lugar. [...] El derecho de rectificación no tenía antes, ni tiene ahora, naturaleza de derecho fundamental [...]» (vid. AATS de 15 de marzo de 2017, rec. 2595/2016 y de 23 de junio de 2009, rec. 1629/2007).

Debe en este punto recordarse la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2001, de 5 de abril, *sobre la incidencia de la nueva LEC en la intervención del Fiscal en los procesos civiles* que expresamente declara en relación con el derecho de rectificación que su «[...] tutela se recabará, sin la intervención del Fiscal, a través del juicio verbal conforme a los arts. 250.1.9.º LEC y 6 LO 2/1984».

A través de esta vía puede recurrirse la resolución dictada en el procedimiento para la protección de derechos fundamentales, aunque lo que se alegue no sea propiamente la infracción del derecho fundamental sino de alguna norma sustantiva que lo desarrolle. En este sentido se ha admitido el recurso por infracción del art. 9.2 de la LO 1/1982, regulador de la condena a publicar el fallo de la sentencia (vid. ATS de 17 de junio de 2008, rec. 827/2007); por infracción del art. 9.3 de la LO 1/1982, que establece las pautas para determinar el *quantum* indemnizatorio (vid. SSTS n.º 166/2015, de 17 de marzo y 12/2014, de 22 de enero) y por infracción del art. 9.5 LO 1/1982, sobre la caducidad de la acción (STS n.º 725/2016, de 7 de diciembre).

### 2.3.2.8 *Resoluciones recurribles en atención a la cuantía*

La cuantía del pleito ha sido un parámetro tradicional a la hora de delimitar el acceso a la casación. Su concreción ha evolucionado, incrementándose paulatinamente con el fin de reducir el número de asuntos a resolver por el TS. El establecimiento de una *summa gravaminis* para la admisibilidad del recurso de casación tiene fundamento en el designio de procurar que la Justicia se imparta de la forma más rápida y eficaz posible.

La reforma de la LEC en 1992 incrementó el límite de tres a seis millones de pesetas. La LEC de 2000 lo fijó en 25 millones de pesetas. El Real Decreto 1417/2001 la convirtió en euros, transformándola en 150.000 euros. La Ley 37/2011 de 10 de octubre, *de medidas de agilización procesal* la ha elevado a 600.000 euros.

Conforme al Acuerdo del Pleno de 4 de abril de 2006 «[...] la cuantía que permite el acceso a la casación es la cuantía litigiosa discutida en el recurso de apelación, por lo que la reducción del objeto litigioso sólo operará de primera a segunda instancia».

En la línea de este Acuerdo, el TS ha declarado que la reducción del objeto litigioso en la segunda instancia conlleva la correlativa reducción de la cuantía litigiosa, que queda entonces circunscrita a la materia debatida en la apelación y no comprende aquella que, por una

u otra razón, hubiese devenido pacífica (SSTS n.º 557/2008, de 12 de junio y 477/2008, de 29 de mayo).

También en aplicación de este Acuerdo se ha declarado que «[...] la cuantía que ha de tenerse en cuenta es aquella que hubiera sido litigiosa en la segunda instancia, en que se dictó la sentencia recurrida. En nuestro caso, la suma reclamada en primera instancia era de 652.398,12 euros. En la medida en que la demanda fue desestimada y recurrieron los demandantes, quienes reiteraron sus pretensiones, la cuantía litigiosa en apelación siguió siendo 652.398,12 euros. Suma superior al límite previsto en el art. 477.2.2.º LEC para que el recurso pueda tener acceso por razón de la cuantía» (STS n.º 87/2019, de 13 de febrero).

Por tanto, las incidencias que se produzcan durante el proceso que incidan en el *quantum* objeto de discusión, como puedan ser allanamientos parciales, desistimientos parciales o el aquietamiento de la actora a la sentencia de primera instancia que estima parcialmente la demanda, afectan a la determinación de la cuantía mínima para recurrir en casación.

La determinación de la cuantía litigiosa en los casos de acumulación de autos, e incluso de acciones cuando tienen su fundamento en distinto título «[...] supone la improcedencia de sumar las cuantías de las demandas de cada proceso acumulado, así como las cuantías de las diversas pretensiones ejercitadas en un mismo proceso cuando los créditos de quienes en él demandan nacen de títulos diferentes» (ATS de 18 de noviembre de 2015, rec. n.º 2000/2014, con cita de múltiples precedentes).

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que en la STS n.º 545/2010, de 9 de diciembre, el Pleno de la Sala de lo Civil, en un caso de perjuicios derivados de la implantación de prótesis mamarias a distintas afectadas, equiparó, a efectos de la cuantificación del proceso, la acumulación subjetiva de acciones basadas en distintos títulos a la acumulación subjetiva de acciones basadas en un mismo título, atendiendo a la identidad sustancial de los hechos en materia de consumo en unas reclamaciones dirigidas contra productores o fabricantes. Para esta resolución «el concepto de título no debe ser interpretado en sentido estricto, sino que debe entenderse que se incluye también la causa de pedir, pues el artículo 252.2.ª LEC, aplicando criterios sistemáticos, debe ser interpretado en relación con lo dispuesto en el artículo 72 LEC, en el cual se establece que podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir». Declara igualmente esta resolución

que «para la acumulación de cuantías es exigible que sea el mismo el negocio jurídico (título) o sean los mismos los hechos en que se fundamentan sustancialmente las diversas pretensiones acumuladas (causa de pedir) [...] A este último supuesto deben asimilarse aquellos casos [...] en los cuales, aun cuando puedan registrarse diferencias en los hechos que conciernen a los distintos reclamantes cuyas pretensiones aparecen acumuladas, esta diferencia se refiere a aspectos accesorios (intensidad y circunstancias de los daños sufridos) y no altera la uniformidad en los hechos en los que se fundamentan las distintas pretensiones».

Esta doctrina se reitera, entre otras, en las SSTS n.º 244/2014, de 21 de mayo (responsabilidad derivada del contagio de hepatitis a hemofílicos); n.º 412/2014, de 10 de julio (perjuicios derivados de medicamento defectuoso); n.º 405/2015, de 2 de julio (reclamación de varios contratantes de permuta de solar por edificación futura frente a la promotora) y n.º 639/2015, de 3 de diciembre (reclamación de perjuicios derivados del amianto).

Por otra parte, aun cuando la cuantía figure como indeterminada en el escrito de demanda, el recurso de casación es admisible si el objeto del proceso supera notoriamente la *summa gravaminis* con arreglo a los datos que objetivamente consten en el proceso, aunque no pueda precisarse con exactitud (STS n.º 1135/2008, de 22 de diciembre).

Cuando la cuantía «ha quedado fijada por las partes en la fase inicial del pleito, ninguno de los litigantes podrá luego revisarla al alza, ni tampoco concretar la que no se determinó, con objeto de recurrir en casación la sentencia de segunda instancia que le haya sido desfavorable» (ATS de 29 de mayo de 2007, rec. 268/2003, con cita de múltiples precedentes).

En casos en que el recurso ha quedado limitado sólo a la demanda principal o a la reconvencción se ha estimado que «aunque el objeto litigioso de la demanda principal pudiera exceder de dicha suma, hay que tener en cuenta que el actual objeto casacional lo es el de la demanda reconvenccional, y que en ningún caso se podrá adicionar al valor del objeto litigioso el de la demanda principal [...]» (ATS de 5 de diciembre de 2006, rec. 3443/2001, con cita de múltiples precedentes).

## 2.4 Procedimiento

La tramitación del recurso de casación se simplifica tras la reforma operada por Ley 37/2011, al suprimirse la fase de preparación.

Las fases en la tramitación del recurso de casación podrían estructurarse en torno al siguiente esquema: interposición (art. 479.1 y 481 LEC); admisión en la Audiencia (art. 479.2 LEC); remisión al TS (art. 482 LEC); admisión en el TS; (art. 483 LEC); oposición al recurso (arts. 485 y 486 LEC) y decisión del recurso, con eventual vista (arts. 486 y 487 LEC).

Como quiera que la finalidad de la presente Circular es dar pautas y facilitar la labor de los Fiscales de las Fiscalías territoriales, se hará referencia a las fases que, por desarrollarse en la Audiencia Provincial, les son de especial interés, especialmente a la fase de interposición.

## 2.4.1 INTERPOSICIÓN

### 2.4.1.1 Forma

#### 2.4.1.1.1 Ideas generales

Conforme al art. 481 LEC

1. *En el escrito de interposición se expresará el supuesto, de los previstos por el artículo 477.2, conforme al que se pretende recurrir la sentencia. Igualmente se expondrán, con la necesaria extensión, los fundamentos y se podrá pedir la celebración de vista.*

2. *Al escrito de interposición se acompañarán certificación de la sentencia impugnada y, cuando sea procedente, texto de las sentencias que se aduzcan como fundamento del interés casacional.*

3. *En su caso, en el escrito de interposición, además de fundamentarse el recurso de casación, se habrá de manifestar razonadamente cuanto se refiera al tiempo de vigencia de la norma y a la inexistencia de doctrina jurisprudencial relativa a la norma que se estime infringida.*

Por tanto, se interpone el recurso ante el órgano *a quo* y no ante el *ad quem*, lo cual permite que el expediente llegue ya prácticamente completo a la Secretaría de la Sala Primera.

En consecuencia, los Fiscales de las Audiencias Provinciales, o en su caso, de las Fiscalías de Área, serán los que, cuando proceda, deban formalizar la interposición del recurso de casación, pese a que, posteriormente, el recurso se sustanciará ante la Sala Primera del Tribunal Supremo o ante la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, interviniendo los Fiscales de dichos Tribunales.

Deberán tener presente las/os Sras./es. Fiscales que si se pretende recurrir una sentencia por infracción de precepto sustantivo (casación) y además por infracción de precepto procesal (extraordinario por

infracción procesal), habrán ambos de articularse en un mismo escrito de interposición.

Como pauta general el Acuerdo de 2017 advierte que «el recurso por infracción procesal y el recurso de casación son recursos extraordinarios sujetos a determinadas exigencias técnicas, derivadas de las normas que los regulan [...] Es precisamente su carácter extraordinario lo que justifica la exigencia de requisitos más estrictos, e incluso de un mayor rigor formal que en los recursos ordinarios [...]».

También como pauta general, declara el TS que «[...] el recurso de casación exige claridad y precisión en la identificación de la infracción normativa [...], lo que se traduce no sólo en la necesidad de que su estructura sea muy diferente a la de un mero escrito de alegaciones, sino también en la exigencia de una razonable claridad expositiva para permitir la individualización del problema jurídico planteado [...] la fundamentación suficiente sobre la infracción del ordenamiento jurídico alegada [...] y el respeto a la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida». (ATS de 17 de julio de 2019, rec. 3130/2017 y STS n.º 98/2017, de 15 de febrero).

El cuerpo del escrito deberá estructurarse en dos partes perfectamente diferenciadas. En la primera, la parte recurrente deberá precisar la norma que le habilita para interponer el respectivo recurso, se identificará de forma precisa el supuesto, de los tres previstos en el art. 477.2 LEC, que permita el acceso a dicho recurso (art. 481.1 LEC) En la segunda parte se expondrán los motivos del recurso. Cada motivo constará de un encabezamiento y de un desarrollo (Acuerdo de 2017).

La importancia de respetar las exigencias formales del escrito de interposición radica en que no hay un trámite posterior que permita subsanar los errores. El TS a estos efectos ha considerado que «no es posible la modificación del escrito de interposición del recurso por vía de alegaciones para completar o subsanar cualquier circunstancia que afecte al escrito» (ATS de 12 de diciembre de 2018, rec. 2933/2016) ni tampoco puede modificarse a través del escrito de alegaciones a las posibles causas de inadmisión puestas de manifiesto (AATS de 8 de febrero de 2005, rec.1872/2001 y de 17 de febrero de 2004, rec. 8/2004).

#### 2.4.1.1.2 Encabezamiento de cada motivo

En relación con el encabezamiento, habrán de tener las/os Sras./es. Fiscales presentes las siguientes pautas:

El hecho de que el art. 477.1 LEC prevea la infracción de ley como motivo único no significa que el recurso de casación no tenga que

articularse en tantos motivos como infracciones normativas se denuncien (SSTS n.º 856/2009, de 11 de enero de 2010; 16/2013, de 24 de enero y Acuerdo de 2017).

Por ello, el escrito de interposición debe estructurarse en motivos, de forma que cada una de las infracciones que se denuncian se formule en un motivo distinto, y en caso de ser más de uno, estos deben presentarse numerados correlativamente, constituidos por un encabezamiento y un desarrollo que deberán a su vez cumplir ciertos requisitos específicos. No pueden formularse submotivos dentro de cada motivo (AATS de 20 de septiembre de 2017, rec. 1699/2015; de 19 de abril de 2017, rec. 30/2017 y Acuerdo de 2017).

El TS explica el porqué de la exigencia de la rígida separación en motivos: «[...] cada una de las diversas infracciones legales aducidas en el recurso han de ser objeto de exposición razonada y separada, que haga posible el pronunciamiento individualizado sobre si cada una de las mismas ha de ser admitida por la Sala, desglosándose el recurso en tantos apartados como vulneraciones se denuncien, y ello, naturalmente, en relación con las infracciones legales que en el escrito de preparación del recurso de casación hayan quedado expresadas. Tal exigencia responde, por otra parte, a la más elemental e inveterada técnica casacional, que demanda, de acuerdo con doctrina de rancio abolengo en esta Sala, claridad en la formulación del recurso de casación, acorde con la naturaleza extraordinaria de este recurso» (ATS de 27 de septiembre de 2005, rec. 2214/2001).

No hacerlo así, además de que impide pueda cumplirse la finalidad del recurso, confunde la casación con una nueva revisión del caso como si de una tercera instancia se tratara (STS n.º 91/2018, de 19 de febrero).

Es necesario que en el encabezamiento de cada motivo se cite la norma infringida, siendo este un requisito necesario de todo recurso de casación, sin que sea suficiente que la norma infringida pueda deducirse del desarrollo del motivo. También debe contenerse en el encabezamiento un resumen de la norma infringida (ATS de 20 de septiembre de 2017, rec. 1881/2015 y Acuerdo de 2017).

Es incorrecto articular la infracción de la norma seguido de fórmulas tipo «y siguientes» (Acuerdo de 2017). En estos casos sólo se tiene en cuenta el precepto expresamente citado (vid. en este sentido, STS n.º 921/2011, de 14 de diciembre).

Debe igualmente estimarse incorrecta articular la infracción de normas citando un conjunto heterogéneo de preceptos (vid. en este

sentido, ATS de 10 de octubre de 2018, rec. 2539/2016; STS n.º 289/2011, de 14 de abril y Acuerdo de 2017).

El Acuerdo de 2017 dispone que el encabezamiento de cada motivo deberá condensar sus elementos esenciales, de forma que puedan ser comprendidos sin necesidad de acudir al estudio de su fundamentación (resumen de la infracción cometida: cómo, por qué y en qué ha sido infringida o desconocida la norma citada).

En el encabezamiento también deberá, si se recurre por interés casacional, especificarse la concreta modalidad (oposición a jurisprudencia del TS, contradicción entre Audiencias o norma novedosa).

#### 2.4.1.1.3 Desarrollo de los motivos

El objeto del desarrollo será la exposición razonada de la infracción o vulneración denunciada en el encabezamiento y de cómo influyó en el resultado del proceso. No podrá apartarse del contenido esencial del encabezamiento y deberá tener la razonable claridad expositiva para permitir la identificación del problema jurídico planteado y para fundamentar adecuadamente la infracción del ordenamiento jurídico alegada en relación con la norma, derecho fundamental, principio general del derecho o jurisprudencia aplicable al caso que se denuncien como vulnerados. (STS de Pleno n.º 232/2017, de 6 de abril; ATS de 24 de mayo de 2017, rec. 3946/2016 y Acuerdo de 2017).

El TS ha declarado que no le corresponde «supliendo la actividad que la regulación del recurso de casación atribuye a la parte, investigar si el agravio denunciado deriva de una infracción sustantiva, identificar la norma vulnerada y construir la argumentación del recurso, seleccionando los argumentos adecuados, a fin de precisar en qué y por qué resulta infringido el derecho aplicable a la decisión del caso [...]» (STS de Pleno n.º 232/2017, de 6 de abril).

La naturaleza extraordinaria del recurso no tolera el acarreo de argumentos heterogéneos y la invocación de normas carentes de conexión cuando generan imprecisión (STS de Pleno n.º 232/2017, de 6 de abril y ATS de 23 de mayo de 2018, rec. 4499/2017).

El Acuerdo de 2017, descendiendo al detalle, establece como requisitos formales comunes a los dos recursos extraordinarios los siguientes: «en el desarrollo de cada motivo se expondrán, con la necesaria extensión, los fundamentos del mismo [...] Una extensión excesiva [...] puede ser considerada innecesaria y, en consecuencia, puede dar lugar a la inadmisión del recurso. La sala considera que, por

lo general, es suficiente una extensión de veinticinco páginas con interlineado 1,5 y fuente Times New Roman con un tamaño de 12 puntos en el texto y de 10 puntos en las notas a pie de página o en la transcripción literal de preceptos o párrafos de sentencias que se incorporen».

En el desarrollo de cada motivo se deben exponer los fundamentos del mismo (art. 471 y 481 LEC), con la debida claridad y la extensión necesaria, sin incurrir en reiteraciones ni incluir cuestiones innecesarias o no relacionadas con el objeto del motivo (ATS de 20 de septiembre de 2017, rec. 1699/2015 y Acuerdo de 2017).

En el escrito de interposición del recurso de casación por interés casacional se debe expresar con claridad, en el encabezamiento o en la formulación del motivo, la jurisprudencia que se solicita de la Sala Primera del TS que se fije o que se declare infringida o desconocida.

En el escrito de interposición puede igualmente interesarse la celebración de vista. Las/os Sras./es. Fiscales, como regla general no la solicitarán, sin perjuicio de que las circunstancias concretas concurrentes pudieran fundamentar otra posición, que en todo caso habrá de ser consultada con la Fiscalía del Tribunal Supremo, o en su caso, con la Fiscalía de la Comunidad Autónoma.

#### 2.4.1.1.4 Petition

El Acuerdo de 2017 dispone a estos efectos que en la petición final del escrito deberán indicarse con precisión los pronunciamientos que se interesan de la sala.

#### 2.4.1.1.5 Documentación a adjuntar

Conforme al art. 481.2 LEC «al escrito de interposición se acompañarán certificación de la sentencia impugnada y, cuando sea procedente, texto de las sentencias que se aduzcan como fundamento del interés casacional».

Este precepto se completa con la previsión del art. 482.2 LEC que dispone que «si el recurrente no hubiere podido obtener la certificación de sentencia a que se refiere el artículo 481, se efectuará no obstante la remisión de los autos dispuesta en el apartado anterior».

Deberán aportarse tantas copias del escrito de recurso cuantas sean las otras partes. El ATS de 19 de abril de 2005, rec. 245/2005, considera excepcionalmente la falta de traslado de las copias un defecto subsanable.

#### 2.4.1.1.6 Recapitulación y síntesis

Recapitulando, el contenido del escrito de interposición del recurso deberá tener el siguiente contenido:

En la primera parte:

- 1) Deberá citarse la resolución impugnada.
- 2) Deberá especificarse el recurso extraordinario que se interpone. Conforme a la disposición final 16.<sup>a</sup>1.3.<sup>a</sup> LEC «cuando un litigante pretenda recurrir una resolución por infracción procesal y en casación, habrá de interponer ambos recursos en un mismo escrito».
- 3) Deberá identificar el Tribunal *ad quem* (Sala de lo Civil del Tribunal Supremo o Sala de lo Civil y Penal, como Sala de lo Civil, del Tribunal Superior de Justicia).
- 4) Deberá determinarse la modalidad por la que se recurre conforme al art. 1.2 LEC (esto es, bien por tutela judicial civil de derechos fundamentales, bien por ser pleito de cuantía de más de 600.000 euros; bien como proceso que no alcance dicha cuantía o tramitado por razón de la materia, por interés casacional).

En la segunda parte:

Si son varios los motivos de impugnación, deberán formularse singularizadamente.

En el encabezamiento de cada motivo:

- 1) Deberá especificarse la norma sustantiva infringida.
- 2) Deberá realizarse un resumen/extracto del desarrollo del motivo.
- 3) Si se alega interés casacional deberá especificarse la modalidad (infracción de jurisprudencia del TS, jurisprudencia contradictoria de las Audiencias, aplicación de normas de vigencia inferior a los cinco años, inexistencia de jurisprudencia).

En el desarrollo de cada motivo:

- 1) En general, en cada motivo, habrán de exponerse las alegaciones en que se base la impugnación, fundamentándolos de forma suficiente y clara.
- 2) En el recurso de casación por interés casacional deberá:
  - Identificarse, en su caso, la contradicción de la sentencia recurrida con los precedentes jurisprudenciales.

– Especificarse la doctrina que se solicita sea fijada o la jurisprudencia que ha sido infringida o desconocida.

En la tercera parte, en la petición final del escrito deberán indicarse con precisión los pronunciamientos que se interesan de la sala.

Este esquema es aplicable, *mutatis mutandis*, al recurso extraordinario por infracción procesal. Sus singularidades se expondrán *infra*.

#### 2.4.1.2 Plazo

Conforme al art. 479.1 LEC «el recurso de casación se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla».

El plazo de veinte días se cuenta desde el siguiente a la notificación de la resolución a impugnar. Si con anterioridad se ha solicitado la aclaración de la sentencia, el plazo se iniciará de nuevo desde la notificación del auto de aclaración (vid. STS n.º 674/2015, de 9 de diciembre y ATS de 4 de octubre de 2011, rec. 121/2011). La simple petición de corrección de un error material o aritmético, en cuanto puede verificarse en cualquier momento, no afecta al cómputo del plazo para recurrir (ATS de 15 de septiembre de 2009, rec. 300/2009).

Si el recurso se interpone extemporáneamente, la consecuencia es la inadmisión, como defecto no subsanable «atendida la improrrogabilidad de los plazos procesales establecida en el art. 134.1 LEC, así como la preclusión de las actuaciones en el proceso contemplada en el art. 136 LEC» (AATS de 24 de noviembre de 2009, rec. 476/2009 y de 2 de febrero de 2010, rec. 201/2009).

En el ámbito del proceso civil la regla general es la presentación de los escritos ante el órgano jurisdiccional al que van dirigidos.

En relación con el tratamiento procesal de los casos en los que el recurso de casación se interpone ante órgano funcionalmente incompetente, es de interés el ATS de 26 de enero de 2010, rec. 17/2010: «el legislador se ha decantado, por lo tanto, por establecer un especial régimen de subsanación de la incorrecta preparación o interposición de los recursos por haberse dirigido a órgano funcionalmente incompetente, seguramente movido por la intención de facilitar en mayor grado el acceso al sistema de recursos legalmente establecido, dotando de este modo de toda su dimensión al más genérico derecho a la tutela judicial efectiva. Este específico régimen de subsanación [...] comporta la habilitación de un nuevo plazo que se habrá de añadir al que restase por cumplir del legalmente establecido, de forma que sólo cuando haya

transcurrido ese nuevo plazo sin haberse ejercitado adecuadamente el derecho a recurrir cabe tener por desierto el recurso con la subsiguiente consecuencia de la firmeza de la resolución recurrida».

Del plazo de veinte días se descuentan los días inhábiles (mes de agosto, sábados, domingos, fiestas nacionales, autonómicas o locales).

Puede hacerse uso de la prerrogativa que concede el art. 135.5 LEC 2000 para presentar los escritos el día hábil siguiente a aquél en que finalizaba el plazo hasta las 15 horas.

La petición de nulidad de actuaciones no suspende el plazo para interponer los recursos extraordinarios, no solo porque no lo prevé la LEC, sino porque expresamente establece que la nulidad y la pretensión de anulación de actuaciones procesales «se harán valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate» [...] y solo prevé el incidente de nulidad de actuaciones contra resoluciones que no sean susceptibles de recurso ordinario ni extraordinario [...]» (ATS de 4 de mayo de 2016, rec. 47/2016).

#### 2.4.2 ADMISIÓN EN LA AUDIENCIA PROVINCIAL

La Audiencia Provincial es competente funcionalmente para controlar la admisibilidad del recurso interpuesto.

El Letrado de la Administración de Justicia de la Audiencia Provincial tendrá por interpuesto el recurso si la resolución impugnada es susceptible de recurso y este se formuló dentro de plazo.

En otro caso, lo pondrá en conocimiento de la Sala para que se pronuncie sobre la admisión del recurso, bien mediante providencia teniendo por interpuesto el recurso bien mediante auto de inadmisión.

El auto de inadmisión es susceptible de queja. La providencia teniendo por interpuesto el recurso no es recurrible, sin perjuicio de las posibilidades de oposición a la admisión ante el TS.

#### 2.4.3 COMPETENCIA EN RELACIÓN CON LAS MEDIDAS CAUTELARES

Debe recordarse que el Tribunal *a quo* mantiene su competencia en relación con las medidas cautelares hasta la remisión del expediente y el emplazamiento de las partes ante el TS. A partir de ese momento la competencia se traslada al TS (o al TSJ en su caso). En este sentido, el apartado segundo del art. 723 LEC dispone que «para conocer de las solicitudes relativas a medidas cautelares que se formulen durante la sustanciación de la segunda instancia o de un recurso

extraordinario por infracción procesal o de casación, será competente el Tribunal que conozca de la segunda instancia o de dichos recursos».

En este aspecto, el ATS de 19 de julio de 2005, rec. 92/2005, declara que «[...] el artículo 723.2 LEC debe ser interpretado en el sentido de que la competencia para la adopción de las medidas cautelares únicamente se desplaza al tribunal superior en grado desde el momento en que, presentado el escrito de interposición, se acuerda la remisión de los autos originales al tribunal competente para conocer del recurso, con emplazamiento de las partes ante él, teniendo en cuenta que el artículo 481 LEC determina que el escrito de interposición del recurso de casación «habrá de presentarse ante el tribunal que hubiese dictado la sentencia recurrida». Hasta este momento, la sustanciación del recurso con la consiguiente disponibilidad de los autos permanece bajo la competencia del tribunal que ha dictado la sentencia, el cual, en consecuencia, continúa conociendo del proceso a los efectos de la tramitación del recurso, aun después de la sentencia, y por ello es el considerado idóneo por la LEC para la adopción de las medidas mientras la sustanciación del mismo no se desplace al Tribunal competente para la decisión de la segunda instancia o de la casación, único momento a partir del cual éste puede decidir sobre su propia competencia para sustanciar y conocer del recurso, presupuesto, a su vez, de su competencia para decidir sobre la solicitud de medidas cautelares». Estas pautas son confirmadas por el ATS de 17 de julio de 2019, rec. 191/2019.

## **2.5 Pautas jurisprudenciales recientes en relación con supuestos concretos**

A continuación se recogen algunos supuestos que con frecuencia llegan al TS, a fin de que por las/os Sras./es. Fiscales se tenga presente la jurisprudencia vigente a la hora de adoptar una decisión sobre la interposición del recurso.

### **2.5.1 ALIMENTOS**

De acuerdo con jurisprudencia reiterada del TS no puede ser objeto de recurso de casación la revisión del juicio de proporcionalidad de la pensión alimenticia por cuanto esta cuestión entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia

(AATS de 17 de julio de 2019, rec. 904/2019 y de 10 de octubre de 2018, rec. 905/2018).

Solo es posible revisar el juicio de proporcionalidad del artículo 146 del CC, si se ha vulnerado claramente el mismo o no se ha razonado lógicamente con arreglo a la regla del artículo citado (SSTS n.º 33/2017, de 19 de enero y 740/2014, de 16 de diciembre).

En los casos de dificultad económica del progenitor obligado al pago habrá de examinarse el caso concreto y revisar la Sala si se ha conculcado el juicio de proporcionalidad del artículo 146 del CC «[...] lo normal será fijar siempre en supuestos de esta naturaleza un mínimo que contribuya a cubrir los gastos repercutibles más imprescindibles para la atención y cuidado del menor, y admitir sólo con carácter muy excepcional, con criterio restrictivo y temporal, la suspensión de la obligación, pues ante la más mínima presunción de ingresos, cualquiera que sea su origen y circunstancias, se habría de acudir a la solución que se predica como normal, aún a costa de una gran sacrificio del progenitor alimentante» (SSTS n.º 484/2017, de 20 de julio; 184/2016, de 18 de marzo y 111/2015, de 2 de marzo).

En caso de pobreza absoluta del alimentante «tal circunstancia, por respeto al orden público y al interés del menor no puede suponer la supresión de la obligación de la madre de prestar alimentos a la hija menor, pero sí su suspensión hasta que se encuentre en condiciones de prestarla para los gastos más imprescindibles de aquella» (STS n.º 484/2017, de 20 de julio).

Respecto a la incidencia del nacimiento de nuevos hijos de una relación posterior, del obligado al pago, la STS n.º 61/2017, de 1 de febrero resume toda la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera, estableciendo que «el nacimiento de nuevos hijos fruto de una relación posterior, no supone, por sí solo, causa suficiente para dar lugar a la modificación de las pensiones alimenticias establecidas a favor de los hijos de una anterior relación, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad [...] El tratamiento jurídico es el mismo pues deriva de la relación paterno filial. Todos ellos son iguales ante la Ley y todos tienen el mismo derecho a percibir alimentos de sus progenitores, conforme al artículo 39 de la Constitución Española, sin que exista un crédito preferente a favor de los nacidos en la primitiva unión respecto de los habidos de otra posterior, fruto de una nueva relación de matrimonio o de una unión de hecho del alimentante».

Debe tenerse también presente que tras la reforma operada por la Ley 15/2005, el procedimiento de modificación de medidas definitivas pasa a ser un proceso declarativo que se sustancia por los trámites del juicio verbal y que acaba por sentencia, susceptible de apelación. La sentencia de apelación es una sentencia dictada en segunda instancia susceptible de ser recurrida en casación.

En efecto, como declara el ATS de 8 de mayo de 2007, rec. 141/2004, «la Ley 15/2005, de 8 de julio [...] ha dado nueva redacción al artículo 775.2 LEC 2000, que remite ahora al art. 770 para tramitar las peticiones atinentes a las medidas definitivas, lo que posibilitará el acceso a la casación de las sentencias dictadas en segunda instancia en los procedimientos para la modificación de las medidas definitivas, al igual que ahora sucede con las recaídas en los procesos de nulidad, separación o divorcio, es decir por el cauce del «interés casacional» del artículo 477.2, 3.º LEC 2000, al tratarse de asuntos sustanciados en razón a la materia, y siempre que se justifique alguno de los casos del art. 477.3 LEC 2000».

## 2.5.2 GUARDA Y CUSTODIA

La revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse con fundamento en una aplicación incorrecta del principio de protección del superior interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre (SSTS n.º 249/2018, de 25 de abril y 154/2012, de 9 de marzo).

La custodia compartida es el sistema prioritario para custodia de menores, tras los procedimientos de ruptura conyugal o de pareja (SSTS n.º 458/2019, de 18 de julio y 215/2019, de 5 de abril, entre otras).

Esta modalidad de custodia «conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad» (SSTS n.º 529/2017, de 27 de septiembre y 495/2013, de 19 de julio).

Sin embargo, los desencuentros propios de las crisis matrimoniales que no afecten de modo relevante a los menores no impiden la guarda y custodia compartida (SSTS n.º 242/2018, de 24 de abril; 566/2014 de 16 de octubre; 433/2016, de 27 de junio y 409/2015, de 17 de julio). «Para que la tensa situación entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será

necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial» (STS n.º 296/2017, de 12 de mayo).

### 2.5.3 PROTECCIÓN DE MENORES

Deben tener presente las/os Sras./es. Fiscales que no cabe casación frente a las resoluciones recaídas en juicios verbales para determinar la necesidad del asentimiento a la adopción (vid. AATS de 22 de mayo de 2019, rec. 5375/2018; de 22 de enero de 2018, rec. 1409/2017 y de 29 de junio de 2016, rec. 471/2016).

El razonamiento que se utiliza –y que ha sido asumido por múltiples precedentes, entre otros los citados *supra*– es el siguiente: «[...] la sentencia objeto de impugnación fue dictada en un juicio verbal, iniciado bajo la vigencia de la LEC, al amparo del art. 781, que se promueve en el seno de un expediente de adopción de un menor por parte de la madre biológica de éste al objeto de que se declare la necesidad de recabar su asentimiento carece de la condición de «sentencia dictada en segunda instancia», porque la LEC distingue en su regulación entre «apelación» y «segunda instancia», configurando esta última como aquella en la que se conoce de los procedimientos que han puesto fin a la primera instancia tras su tramitación ordinaria. Situación que no acontece en el supuesto de autos, al carecer la resolución impugnada del carácter de sentencia de segunda instancia, por haber recaído en un incidente planteado en el curso de la tramitación de un expediente de adopción, siendo evidente la subordinación a éste del procedimiento donde recayó la sentencia que se pretende recurrir en casación, que, incluso, desde un aspecto funcional, se manifiesta en la propia competencia para su conocimiento del mismo Juez que conoce de la adopción, sin que nada afecte a lo dicho la circunstancia de que tanto la LEC de 1881 (art. 1.827) como la vigente LEC (art. 781) se remitan, para sustanciar las controversias que se susciten en torno a la necesidad del asentimiento en la adopción, a los trámites del juicio verbal [...] De esta forma, queda cerrado el acceso a la casación al no tener la resolución impugnada el carácter de Sentencia dictada en segunda instancia al haber sido dictada en un incidente del proceso principal».

El TS ha confirmado esta interpretación tras la Ley 26/2015, de 28 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. En el ATS de 22 de enero de 2018, rec. 1409/2017, contra el informe de la Fiscalía inadmite el recurso declarando que «aunque es indudable la trascendencia de esta materia para el interés del

menor, como subraya el Ministerio Fiscal, no debe olvidarse, por un lado, que el interés del menor también puede requerir una especial celeridad que excluya los recursos extraordinarios [...] y de otro, que en casos como el presente la demanda de la hoy recurrente vino precedida por la declaración de desamparo del menor confirmada judicialmente en un proceso que sí tenía acceso a la casación y en el que también fue parte demandante la hoy recurrente, sin necesidad de pronunciarse sobre la otra causa de inadmisión detectada por la Sala».

Como quiera que no se admite casación por resoluciones recaídas en actos de jurisdicción voluntaria, se considera irrecurrible por esta vía el auto que resuelve sobre una adopción (AATS de 22 de enero de 2018, rec. 1409/2017 y de 28 de febrero de 2012, rec. 1225/2011).

En relación con las decisiones sobre desamparo, el TS admite su recurribilidad en casación (ATS de 22 de enero de 2018, rec. 1409/2017) y ha establecido que el recurso de casación debe examinar únicamente si en las decisiones adoptadas se ha aplicado correctamente el principio del superior interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre (STS n.º 800/2011, de 14 de noviembre, con cita de varios precedentes).

Cabe recurrir en casación la sentencia dictada por la Audiencia en relación con la impugnación de la resolución sobre idoneidad para la adopción (vid. *a contrario* ATS de 17 de julio de 2019, rec. 5815/2018). Debe en este punto recordarse que conforme a la Circular 8/2011, de 16 de noviembre, *sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores* el Fiscal, «no sólo debe intervenir necesariamente en los procedimientos en los que los declarados no idóneos impugnen la resolución, sino que tendría incluso legitimación para impugnar declaraciones de idoneidad improcedentes».

#### 2.5.4 HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN

Se considera necesario subrayar, en cuanto supone una al menos relativa ampliación de los contornos del recurso de casación, la doctrina del TC y del TS conforme a la que cuando la resolución del recurso afecta a derechos fundamentales la Sala no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados sin limitarse a considerar,

como ocurre cuando el recurso de casación se desenvuelve en el plano de la legalidad ordinaria, si las conclusiones de facto (sobre los hechos) obtenidas por el tribunal de instancia, además de no infringir las normas que integran el régimen de la prueba, simplemente soportan la aplicación de un test de razonabilidad.

Este es el criterio propugnado, entre otras resoluciones, por la STC n.º 100/2009, de 27 de abril, la cual, anulando el ATS de 24 de mayo de 2005, rec. 2766/2001, declara que «la falta de veracidad de la información (en el sentido que corresponde a este término, cuando se enjuicia la constitucionalidad del ejercicio del derecho de información) y el carácter vejatorio o no de las opiniones emitidas por el autor de los artículos periodísticos son cuestiones de estricto carácter jurídico, vinculadas a la ponderación sustantiva de los derechos fundamentales en conflicto».

Cuando la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales la Sala no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados (ATS de 17 de julio de 2019, rec. 353/2019 y STS n.º 278/2017, de 9 mayo).

Pero esta aseveración es matizada por el propio TS: «[...] este principio no puede llevar a desvirtuar la naturaleza del recurso de casación, solicitando del Tribunal Supremo que corrija la concreta fijación de los hechos efectuada en la sentencia recurrida o que realice una nueva valoración de la prueba en su conjunto, o proponiendo una calificación que hace supuesto de dicha revisión, pues (a) el objeto del recurso de casación se limita al examen de concretas infracciones del ordenamiento jurídico en virtud del llamado principio de especialidad; (b) en el recurso de casación no pueden combatirse de modo abierto las conclusiones obtenidas por la sentencia recurrida, solicitando una valoración conjunta de los medios de prueba o un examen exhaustivo de la valoración de los hechos efectuada por el tribunal de instancia, pues esto convertiría el recurso en una tercera instancia, lo que ha sido rechazado con reiteración por esta Sala» (SSTS n.º 718/2010, de 15 de noviembre y 54/2009, de 4 de febrero).

Por ello, considera el TS, aquilatando esta atribución que «al examinar el recurso de casación interpuesto debemos verificar las valoraciones realizadas por la sentencia recurrida para la apreciación de la posible existencia de una vulneración del derecho al honor, pero no podemos prescindir de los hechos concretos de carácter objetivo que

aquella considera probados» (STS n.º 475/2012, de 9 de julio). Es decir, asumiendo una tarea de calificación jurídica, «se realiza una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados» (STS n.º 381/2012, de 11 de junio).

### 2.5.5 FILIACIÓN

Hay que subrayar en estos procedimientos que la cuestión de la determinación de la filiación tiene rango constitucional (art. 39 CE) por lo que las facultades del órgano jurisdiccional se potencian.

En relación con la negativa del demandado a someterse a la práctica de la prueba biológica, es ya doctrina consolidada que la negativa al sometimiento a la prueba biológica no puede ser considerada como una *ficta confessio*, sino que tiene la condición de un indicio probatorio que, unido a otras pruebas obrantes en el proceso, debe ser ponderado por el juzgador a los efectos de atribuir la paternidad reclamada. Por lo tanto, hay que examinar cuáles son las razones de la decisión y las pruebas que se han aportado, con las que debe ponderarse la negativa al sometimiento a dicha prueba. Ante la negativa injustificada del demandado a someterse a la prueba biológica, que ninguna lesividad tenía para él y precisamente sería oportuna para dejar en evidencia los indicios que obraban en su contra, puede declararse la filiación reclamada (vid. STS n.º 299/2015, de 28 de mayo).

El TS está subrayando la intensidad probatoria que ha de atribuirse al hecho de la negativa injustificada por parte del demandado a someterse a la prueba biológica: «no cabe, en ningún caso, dar mayor protección a la opción obstruccionista del demandado que a intereses de tan alta valoración [...] que corresponden a la menor, en cuyo beneficio se ejercita la acción de reclamación de la filiación paterna [...] es preciso añadir que hoy día ya no resulta imprescindible la extracción de sangre para la práctica de la prueba, pues los avances científicos permiten obtener con total fiabilidad las muestras necesarias para ello de forma absolutamente indolora, bastando una muestra del ADN de ambos (posible padre, e hijo) mediante la obtención de las células epiteliales de la mucosa oral, siendo suficientes incluso las muestras derivadas de manchas de sangre o sudor, uñas cortadas, cepillo de dientes, chicles, dientes de leche o pelos arrancados de raíz, entre otros medios (ATS de 3 de julio de 2019, rec. 331/2019; STS n.º 460/2017, de 18 de julio). Tampoco es necesario que se pruebe la existencia de una relación sentimental entre las partes, pues basta una simple relación de

conocimiento de la que pudiera inferirse la posibilidad de la procreación en atención a datos como los que concurren en el caso presente, al estar acreditado que la demandante y el demandado se conocían porque frecuentaban el mismo gimnasio [...] donde se relacionaban, a lo que hay que añadir que el titular del establecimiento declaró que, según comentarios, estaban «liados». Es cierto que como prueba de paternidad tales circunstancias resultan insuficientes, pero ello –unido a la negativa del demandado– permite al tribunal hacer dicha declaración con plena certeza» (vid. STS n.º 460/2017, de 18 de julio).

En relación con el orden de los apellidos del menor en acciones de reclamación de paternidad, se admite en interés del menor que el primer apellido del mismo sea el de la madre y el segundo el del padre que ha ejercitado tardíamente la acción de reclamación de paternidad (STS n.º 76/2015, de 17 de febrero) e incluso cuando aun no concurrendo ejercicio tardío no se acredite ninguna circunstancia que, siempre bajo el interés superior del menor, aconseje el cambio del apellido con el que aparece identificado desde la inscripción de su nacimiento (SSTS n.º 130/2018, de 7 de marzo; 266/2018, de 9 de mayo y 659/2016, de 10 de noviembre). La STS n.º 496/2018, de 14 de septiembre, analiza esta cuestión a la luz del art. 49 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, *del registro civil*, declarando que en la determinación del orden de los apellidos «se han de ponderar y aplicar dos derechos de especial relevancia, el de igualdad por razón de sexo y el de interés superior del menor».

## 2.5.6 TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD

En cuanto al matrimonio de personas con discapacidad, la STS n.º 597/2017, de 8 de noviembre, declara que «nuestro Derecho [...] no contempla la privación de la capacidad para contraerlo ni en consecuencia prevé que la persona con capacidad limitada requiera autorización judicial para que compruebe su capacidad [...] En ausencia de norma expresa que permita privar «in genere» de la capacidad para contraer matrimonio, debe considerarse que las personas con enfermedades mentales o deficiencias sí pueden contraerlo cuando puedan prestar válido consentimiento matrimonial, cuando posean la capacidad natural de entender y querer la unión matrimonial, lo que es posible tanto si la persona está incapacitada [...] como cuando, sin estarlo, adolezca de alguna deficiencia psíquica. [...] En la redacción del art. 56 CC dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio [...] se profundiza en esta tendencia al prever que, al tramitar el expediente matrimonial,

solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

La discapacidad intelectual, *per se*, no determinan la falta de consentimiento matrimonial ni, por ello, la nulidad del matrimonio (STS n.º 145/2018, de 15 de marzo).

En cuanto a la capacidad de testar de las personas con discapacidad, la STS n.º 146/2018, de 15 de marzo, declara que «partiendo de que el testamento es un acto personalísimo (art. 670 CC), ni el tutor como representante legal puede otorgar testamento en lugar de la persona con la capacidad modificada judicialmente ni el curador puede completar su capacidad cuando sea ella quien otorgue el testamento [...] Conforme a las reglas sobre la capacidad para otorgar testamento, debe atenderse al estado en el que el testador se halle al tiempo de otorgar el testamento [...] Por eso, el testamento hecho antes de la «enajenación mental» es válido ( art. 664). Por eso también el notario debe asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar [...]».

En la misma línea, la STS n.º 362/2018, de 15 de junio, declara que no se extiende la curatela a los actos de disposición mortis causa, al ser el testamento un acto personalísimo.

### 2.5.7 CALIFICACIÓN DEL CONCURSO

Ya la Instrucción 1/2013, de 23 de julio, *sobre la intervención del fiscal en el proceso concursal* exhortaba a los Fiscales a valorar si contra la sentencia de la pieza de calificación «procede interponer recurso de apelación (art. 172 bis apartado cuarto LC) o recurso de casación o recurso extraordinario por infracción procesal (art. 197.7 LC)».

La Ley Concursal, bajo la rúbrica «presunciones de culpabilidad», dispone en su art. 165.1.2.º que «el concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores [...] hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal o no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores, siempre que su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio».

El TS, superando las dudas al respecto, interpreta esta previsión: «contiene una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia y, en caso de concurrencia de la conducta descrita, establece una presunción iuris tantum [que permite prueba en contrario] que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la provocación o agravamiento de la insolvencia [...] Si concurre la conducta de falta de colaboración o de información por parte del concursado, la presunción iuris tantum se extiende tanto al carácter doloso o gravemente culposo de su conducta como a su incidencia causal en la agravación de la solución concursal alcanzada. Es el concursado quien tendrá que desvirtuar la presunción, ya sea en lo referente a la calificación de su conducta como dolosa o gravemente culposa, ya sea en lo referente a la incidencia causal que la falta de colaboración o de información ha tenido en la agravación de la solución al concurso» (SSTS n.º 656/2017, de 1 de diciembre; 275/2015, de 7 de mayo y 327/2015, de 1 de junio).

El TS delimita las obligaciones del Fiscal: «es exigible al administrador concursal y al Ministerio Fiscal que describan los hechos en que se concreta la conducta que encuadran en el art. 165.2 de la Ley Concursal, para que el afectado por la petición de calificación del concurso como culpable pueda no solo desvirtuar la realidad de tales hechos o probar otros que excluyan la reprochabilidad de su conducta, sino también justificar, en su caso, la falta de dolo o culpa grave en la realización de esos hechos o que tales hechos no incidieron en un empeoramiento de la solución concursal alcanzada» pero no puede exigirse al administrador concursal y al Ministerio Fiscal «como requisito que condicione la estimación de su pretensión de calificación del concurso como culpable por concurrencia de la conducta descrita en el art. 165.2 (actual 165.1.2.º) de la Ley Concursal, que justifiquen la relación de causalidad entre la conducta del concursado y la agravación de la solución concursal» (SSTS n.º 656/2017, de 1 de diciembre).

### 3. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

#### 3.1 Ideas generales

El recurso extraordinario por infracción procesal constituye un último remedio, excepcional, que la LEC establece para suscitar cuestiones de naturaleza adjetiva (ATS de 21 de abril de 2009, rec. 744/2008).

En palabras de la Exposición de Motivos de la Ley, este recurso «procede contra sentencias de las Audiencias Provinciales en cuestiones procesales de singular relieve y, en general, para cuanto pueda considerarse violación de los derechos fundamentales que consagra el artículo 24 de la Constitución».

Como quiera que esta novedad exigía una reforma orgánica para distribuir las competencias entre TS y TSJ que no llegó a buen puerto, se incorporó a la LEC la disposición final 16.<sup>a</sup>, mediante la cual se sigue asignando al TS la competencia para conocer de los recursos extraordinarios por infracción procesal. Esta situación teóricamente provisional se ha perpetuado en el tiempo, llega hasta nuestros días y se seguirá manteniendo en tanto no se reforme la LOPJ para atribuir a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento de este recurso.

El ATS de 8 de marzo de 2005, rec. 134/2005, deslinda el ámbito de los recursos extraordinarios: «se desplazan [...] al recurso extraordinario por infracción procesal todas las cuestiones que no presenten carácter sustantivo, no solo las de carácter adjetivo estrictamente consideradas, sino también otras como la cosa juzgada, el litisconsorcio o la legitimación, que, si bien están indisociablemente unidas al fondo del asunto, requieren un tratamiento preliminar al de las cuestiones de fondo propiamente dichas, o como la determinación de los hechos probados, quedando para el recurso de casación la concreción de la significación jurídica de los hechos y la operación jurídica de la subsumción de los reputados probados en el supuesto de hecho contemplado por la norma».

No obstante, las cuestiones relativas a la legitimación, en tanto conectadas con la titularidad del derecho han suscitado vacilaciones jurisprudenciales en orden a encauzarlas en el recurso de casación o en el extraordinario por infracción procesal. La STS n.º 656/2018, de 21 de noviembre, sobre legitimación de asociaciones de consumidores y usuarios para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados se decanta claramente por darle la consideración de cuestión procesal.

Analiza también el citado ATS de 8 de marzo de 2005 los denominados fenómenos de sustantivización de las normas procesales, que pueden tener lugar por dos razones: 1) por la especialidad del objeto del proceso de que se trata: sería el supuesto de procedimientos sobre el reconocimiento y declaración de eficacia de resoluciones extranjeras, en donde la cuestión que constituye su objeto –el reconocimiento y virtualidad de los efectos de la sentencia foránea– presenta un neto carácter procesal y se resuelve mediante la aplicación de normas que

contemplan presupuestos o requisitos que, por lo general, tienen ese mismo carácter adjetivo –la firmeza de la resolución por reconocer, la naturaleza de la acción ejercitada, la salvaguarda de las garantías procesales en el procedimiento seguido en origen, el respeto al orden público procesal, la competencia internacional o la litispendencia o la eficacia de la cosa juzgada de las resoluciones del foro–.

2) Porque el objeto del proceso lo constituya la validez o eficacia de otro procedimiento, que exige resolver sobre la pretensión anulatoria llevando a cabo el examen de la aplicación de las normas procesales en el anterior procedimiento, cuya corrección jurídica conforma el objeto del proceso.

Pues bien, para el TS «[...] en tales casos, y en la medida en que los preceptos procesales se sustantivizan para constituir las normas con arreglo a las cuales se ha de resolver el objeto del proceso, que igualmente aparece sustantivizado, resultan idóneos [...] para fundamentar el interés casacional [...]».

Dado que el ámbito material de cada recurso está perfectamente diferenciado, ni es posible plantear cuestiones procesales en casación (ATS de 24 abril de 2019, rec. 2002/2016), ni aisladamente, ni mezclándose con cuestiones sustantivas, ni tampoco cabe plantear estas en sede de recurso extraordinario por infracción procesal (STS n.º 478/2014, de 2 de octubre).

Debe tenerse especialmente presente el presupuesto de recurribilidad contenido en el art. 469.2 LEC: «sólo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal cuando, de ser posible, ésta o la vulneración del artículo 24 de la Constitución se hayan denunciado en la instancia y cuando, de haberse producido en la primera, la denuncia se haya reproducido en la segunda instancia. Además, si la violación de derecho fundamental hubiere producido falta o defecto subsanable, deberá haberse pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas».

El TS considera al respecto que queda vedado el acceso al recurso extraordinario «cuando la infracción o vulneración ha sido consentida o no se promovió la oportuna corrección del defecto, incumbiendo al litigante expresar en el escrito preparatorio cómo y en qué momento se efectuó la denuncia y se pidió la subsanación [...] es necesario que en el escrito preparatorio se indique de forma clara y con la debida extensión cuál es la falta o defecto denunciado, además de en qué momento del procedimiento se ha producido, de qué modo ha sido denunciada por el recurrente y en qué momento, y, en su caso, de qué manera ha pretendido su subsanación, lo que resulta imprescindible para comprobar si se han agotado las posibilidades de actuación que

el ordenamiento procesal establece para reparar el defecto o falta denunciada» (AATS de 13 de febrero de 2019, rec. 2988/2016 y de 21 de abril de 2009, rec. 744/2008).

Es un requisito inexcusable, una carga impuesta a las partes que obliga a reaccionar en tiempo y forma, con la debida diligencia, en defensa de sus derechos, ya que de no hacerlo así pierde la oportunidad de denunciar la irregularidad procesal a través del recurso extraordinario (SSTS n.º 742/2015, de 18 de diciembre y 241/2015, de 6 de mayo).

Por ello «no será motivo de infracción procesal cualquier defecto que haya podido subsanarse en la instancia o instancias oportunas mediante la aclaración, corrección o complemento de la sentencia» (Acuerdo de 2017).

Por otra parte, debe mantenerse el criterio establecido por la Circular 1/2001, de 5 de abril, «ante la inexistencia de previsión legal acerca de la legitimación del Fiscal en este recurso, el Ministerio Fiscal sólo intervendrá en los recursos extraordinarios por infracción procesal que se sustancien en aquellos procesos en los que haya intervenido como parte. En los procesos en que no sea parte, pese a la invocación como posibles motivos del recurso extraordinario de la infracción de normas sobre jurisdicción y competencia (art. 469.1.1.º) o la vulneración de alguno de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la CE (art. 469.1.4.º) el Fiscal, por decisión del legislador, no tendrá intervención».

### 3.2 Resoluciones recurribles

Conforme a la disposición final decimosexta LEC, en los casos a que se refieren los números 1.º y 2.º del apartado segundo del art. 477 (pleitos de más de 600.000 euros o procedimientos de protección de los derechos fundamentales) el recurso extraordinario por infracción procesal puede interponerse de forma autónoma, sin necesidad de formular recurso de casación.

En relación con estas resoluciones, si se interpone conjuntamente casación e infracción procesal se examina la admisión de cada recurso según sus propias reglas (483.2 LEC para la casación y 473.2 LEC para la infracción procesal), pudiendo ser inadmitido uno o ambos.

En los demás casos (resoluciones recurribles del número 3.º del art. 477.2 LEC), el recurso por infracción procesal debe interponerse junto al de casación, condicionándose la admisión de aquél a que

resulte admisible este. A estos efectos conforme a la regla 5.<sup>a</sup> de la disposición final decimosexta LEC «cuando el recurso por infracción procesal se hubiese formulado fundando exclusivamente su procedencia en el número 3.º del apartado segundo del artículo 477, la Sala resolverá si procede la admisión o inadmisión del recurso de casación, y si acordare la inadmisión, se inadmitirá, sin más trámites, el recurso por infracción procesal. Sólo en el caso de que el recurso de casación resultare admisible, se procederá a resolver sobre la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal».

Por tanto, para recurrir por infracción procesal en procedimientos por razón de la materia o de cuantía no superior a 600.000 euros es necesario articular simultáneamente un recurso de casación (vid., en este sentido, ATS de 26 de febrero de 2013, rec. 1477/2012).

En estos supuestos, en el escrito de interposición habrá de indicarse expresamente que el recurso por infracción procesal se interpone conjuntamente con el recurso de casación por interés casacional.

Podrán, pues, ser objeto del recurso de infracción procesal todas las resoluciones susceptibles de casación, pero sólo podrán recurrirse autónomamente por infracción procesal las sentencias recaídas en procedimientos de cuantía superior a 600.000 euros y en procedimientos para la protección de derechos fundamentales.

Es por ello que no son susceptibles de recurso por infracción procesal los autos, salvo aquellos que, conforme a lo expuesto *ut supra*, pueden ser objeto de casación.

### 3.3 Motivos

El recurso extraordinario por infracción procesal solo se puede interponer por alguno de los motivos expresamente previstos en el art. 469 LEC, que son exclusivos o tasados (vid. en este sentido *ad exemplum* ATS de 5 de abril de 2005, rec. 618/2002).

Debe tenerse presente que la infracción de las normas sobre costas no puede fundamentar ni el recurso extraordinario por infracción procesal (vid. ATS de 3 de julio de 2019, rec. 4058/2016 y de 18 de enero de 2005, rec. 1109/2001) ni, por supuesto, el recurso de casación (vid. ATS de 03 de abril de 2019, rec. 456/2017).

#### 3.3.1 INFRACCIÓN DE LAS NORMAS SOBRE JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA OBJETIVA O FUNCIONAL (ART. 469.1.1.º)

En virtud de lo dispuesto en el art. 67 LEC, también podrá fundarse en la infracción de las normas sobre competencia territorial que

tengan carácter imperativo (Acuerdo de 2017, vid. STS n.º 216/2009, de 2 de abril).

No puede alegarse este motivo por la parte que no agotó los recursos ordinarios por las infracciones de las normas sobre competencia alegadas (STS n.º 570/2010, de 17 de septiembre).

El TS rechaza la recurribilidad en casación y por infracción procesal de las resoluciones dictadas en el procedimiento de la declinatoria (ATS de 30 de marzo de 2004, rec. 152/2004, con cita de múltiples precedentes).

No cabe fundar el recurso extraordinario por infracción procesal en que el tribunal de instancia no apreció de oficio su falta de competencia objetiva, cuando previamente el recurrente dejó de plantear a tiempo la pertinente declinatoria (SSTS n.º 253/2016, de 18 de abril y 241/2015, de 6 de mayo).

### 3.3.2 INFRACCIÓN DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LA SENTENCIA (ART. 469.1.2.º)

Conforme al Acuerdo de 2017 «[...] únicamente podrá fundarse este motivo de recurso en la infracción de los arts. 209 y 214 a 222 LEC [...] cuando se alegue infracción del art. 217 LEC, será imprescindible que la sentencia recurrida haya aplicado las normas de atribución de la carga de la prueba previstas en dicho precepto».

Por tanto, en relación con cuestiones probatorias, el recurso puede fundamentarse en este motivo exclusivamente cuando se alegue la infracción de las normas por las que se regula la carga de la prueba, considerando como norma reguladora de la sentencia el art. 217 LEC.

Los errores en la valoración de la prueba no pueden ser canalizados por la vía del art. 469.1.2 LEC. Este motivo de infracción procesal está reservado al examen del cumplimiento de «las normas procesales reguladoras de la sentencia». Estas normas comprenden el procedimiento para dictarla, la forma y el contenido de la sentencia y los requisitos internos de ella, pero no con carácter general las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba, las cuales constituyen premisas de carácter epistemológico o jurídico-institucional a las que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto planteado (SSTS n.º 544/2012, de 25 de septiembre y 1069/2008, de 28 de noviembre).

El defecto de incongruencia, con infracción de las normas reguladoras de la sentencia (art. 218 LEC), es subsumible en este motivo (STS n.º 648/2015, de 1 de diciembre).

La incongruencia como motivo de infracción procesal comprende la incongruencia omisiva, la *extra petita*, la *infra petita* y la *ultra petita*. No cabe alegar en este motivo el desacuerdo con la motivación, contenido o argumentación de la sentencia ni la denuncia de errores que pudieron subsanarse mediante la aclaración, corrección o complemento de la sentencia (Acuerdo de 2017).

Cuando se trata de denunciar la incongruencia por falta de pronunciamiento se exige la denuncia previa de dicha omisión ante la propia Audiencia por el mecanismo previsto en el art. 215 LEC (subsanción o complemento de resoluciones) (STS n.º 538/2014, de 30 de septiembre, con cita de múltiples resoluciones). Así, «denunciándose la incongruencia de la sentencia por omisión de alguna de las pretensiones formuladas, el recurrente tenía la posibilidad de denunciar en la segunda instancia la infracción procesal de incongruencia omisiva mediante el ejercicio de la petición de complemento de la sentencia que prevé el artículo 215.2 LEC, el cual hubiera permitido su subsanación. No acreditándose haber acudido a este procedimiento, el recurso es inadmisibile y, en el trance de dictar sentencia en que nos encontramos, debe ser desestimado» (SSTS n.º 572/2018, de 15 de octubre y 712/2010, de 11 noviembre).

### 3.3.3 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 (ART. 469.1.3.º)

Para articular el recurso a través de este motivo «deberá justificarse cumplidamente que la infracción ha sido esencial y determina la nulidad (art. 225 LEC) y en qué ha consistido la indefensión, puesto que no cualquier vicio o error de procedimiento provoca dicha consecuencia (art. 225.3.º LEC)» (Acuerdo de 2017).

La indefensión ha de ser «material, real y efectiva, y no meramente formal, que, de un lado obliga a la parte que la alega a la debida diligencia, desterrando la pasividad, el desinterés, la desidia o la impericia, y de otro impone la presencia de un resultado verdaderamente lesivo para la plenitud de sus derechos de defensa, con auténtica limitación o menoscabo de ellos [...]» (ATS de 3 de marzo de 2009, rec. 115/2007). No toda irregularidad u omisión procesal causa por sí

misma la nulidad de actuaciones, ya que [...] el dato esencial es que tal irregularidad procesal haya supuesto una efectiva indefensión material, y por lo tanto, trascendente de cara a la resolución del pleito [...]» (ATS de 4 de junio de 2019, rec. 2651/2016).

### 3.3.4 VULNERACIÓN, EN EL PROCESO CIVIL, DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS EN EL ART. 24 DE LA CONSTITUCIÓN (ART. 469.1.4.º)

Como se ha señalado por la doctrina, el art. 24 CE es el precepto procesalmente más importante de nuestro ordenamiento jurídico.

El Acuerdo de 2017 exige la justificación de 1.º) en qué consiste la lesión del derecho fundamental; 2) que se han agotado los remedios procesales para evitar dicha lesión; 3) que se ha denunciado oportunamente la vulneración del derecho fundamental en cuanto hubo ocasión procesal para ello.

Los requisitos de la denuncia previa son explicados por el propio Acuerdo: solo es admisible el recurso cuando la infracción procesal o la vulneración del art. 24 CE se haya denunciado en la instancia en que se produjo, en la primera oportunidad posible, y se haya reproducido la denuncia en segunda instancia, si hubo lugar a ello. Si la infracción es subsanable habrá de acreditarse el intento de subsanación en cuanto hubo lugar a ello y su resultado. No será motivo de infracción procesal cualquier defecto que haya podido subsanarse en la instancia o instancias oportunas mediante la aclaración, corrección o complemento de la sentencia (art. 469.2 y arts. 214 y 215 LEC).

Debe recordarse que, conforme a la doctrina del TC, no existe lesión del derecho a la tutela judicial efectiva cuando esta resulte exclusivamente imputable a la inactividad procesal de las partes, a su conducta omisiva, negligencia o a la acción voluntaria y desacertada de las partes (STC n.º 364/1993, de 13 de diciembre, con cita de múltiples precedentes).

No toda irregularidad procesal es por sí relevante, pues la parte debe justificar que la infracción que alega comporta una privación material de medios de defensa suficiente para lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTS n.º 351/2015, de 15 de junio y 575/2014, de 27 de octubre).

Aunque como se expuso *ut supra* los pronunciamientos sobre costas no son impugnables mediante este recurso, el TS introduce una excepción: «siendo la imposición de costas una de las consecuencias o condiciones que pueden incidir en el derecho de acceso a la jurisdic-

ción o que pueden actuar en desfavor de quien actúa jurisdiccionalmente [...] cabe controlar si la decisión judicial ha podido suponer la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva cuando la resolución judicial incurra en error patente, arbitrariedad, manifiesta irrazonabilidad o, en su caso, si resulta inmotivada» (SSTS n.º 715/2015, de 14 de diciembre y 40/2015, de 4 de febrero).

El error en la valoración de la prueba no se configura expresamente como uno de los cuatro motivos en los que puede fundarse el recurso por infracción procesal en el art. 469.1 LEC. No obstante, la jurisprudencia ha admitido que pueda justificarse un recurso por infracción procesal, al amparo de este motivo, basado en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTS n.º 743/2015, de 29 de diciembre y 58/2015, de 23 de febrero).

Los límites los señala la STS n.º 445/2014, de 4 de septiembre, cuando declara que «el juicio del tribunal de apelación sobre la importancia relativa de unas y otras pruebas, la valoración de las mismas, las conclusiones fácticas que extrae de este proceso valorativo, y la mayor relevancia otorgada a unos u otros aspectos fácticos, no sean compartidos por la recurrente, incluso que sean razonablemente discutibles, no convierte en arbitraria ni errónea la revisión de la valoración de la prueba hecha por la audiencia provincial».

El Acuerdo 2/2006, de 4 de abril, de la Sala Primera del TS ya declaró que «en el ordinal 4.º del art. 469.1 LEC al considerar motivo del recurso extraordinario por infracción procesal la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE podría encuadrarse el error patente o notorio y la interpretación ilógica o irrazonable de los distintos medios de prueba legalmente previstos».

Conforme al Acuerdo de 2017 «la valoración de la prueba no puede ser materia de los recursos extraordinarios. Solo el error patente puede alegarse como motivo del recurso, con los siguientes requisitos: (i) debe tratarse de un error fáctico-material o de hecho-; (ii) debe ser patente, evidente e inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales; (iii) no podrán acumularse en un mismo motivo errores patentes relativos a diferentes pruebas; (iv) es incompatible la alegación del error patente en la valoración de la prueba con la vulneración de las reglas de la carga de la prueba del art. 217 LEC sobre un mismo hecho».

La idea nuclear de la jurisprudencia del TS es la de que la valoración de la prueba es función de la instancia, por lo que en el recurso no pueden plantearse cuestiones que obliguen a efectuar una nueva

valoración conjunta distinta a la del tribunal de instancia, ni pretender que se dé prioridad a un concreto medio probatorio para obtener conclusiones contrarias a las objetivas del órgano jurisdiccional a no ser que se ponga de manifiesto la arbitrariedad o error manifiesto. Como expresa la STS n.º 39/2018, de 26 de enero, «en nuestro sistema el procedimiento civil sigue el modelo de la doble instancia [...] la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal no da paso a una tercera instancia en la que fuera de los supuestos excepcionales se pueda replantear la completa revisión de la valoración de la prueba, ya que esta es función de las instancias y las mismas se agotan en la apelación».

«La valoración de la prueba testifical no puede ser sometida a revisión casacional [...] El recurso de casación no es una tercera instancia, y en ella se convertiría si a un precepto admonitivo [...] el art. 376 [...] se le da carácter imperativo [...] salvo error patente (de hecho) o arbitrariedad; supuestos que no concurren en el caso en que lo que se produce realmente es una discrepancia en cuanto a la valoración y consecuencias que hayan de atribuirse a determinados pronunciamientos de los testigos» (STS n.º 8/2009, de 28 de enero, con cita de múltiples resoluciones).

Del mismo modo, la valoración de la prueba pericial corresponde al Tribunal de instancia, no pudiendo ser objeto de casación a no ser que sea ilógica, arbitraria o contraria a derecho (STS n.º 347/2005, de 12 de mayo, con cita de varias).

En relación con las presunciones es constante la doctrina de la Sala de que sólo cabe la denuncia casacional «cuando el proceso deductivo no se ajusta a las reglas de la lógica por no ser el hecho deducido producto de una inferencia lógica desarrollada a partir de los hechos acreditados» (STS n.º 336/2015, de 9 de junio, con cita de varios precedentes).

Cabe articular este motivo cuando la valoración de la prueba no supere el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE (STS n.º 544/2012, de 25 de septiembre, entre otras).

La omisión total de valoración de una prueba practicada también puede articular el recurso al amparo de la infracción del art. 24 CE (STS n.º 576/2010, de 1 de octubre).

Pero como quiera que rige el principio de valoración conjunta de la prueba «no puede sustentarse un recurso de infracción procesal en un argumento que va impugnando uno a uno el resultado de las pruebas practicadas, para pretender una nueva valoración del resultado probatorio» (STS n.º 37/2016, de 4 de febrero), pues «no es posible

atacar la valoración conjunta de la prueba, ni siquiera mediante la impugnación de pruebas concretas, ni pretender que se dé prioridad a un concreto medio probatorio para obtener conclusiones interesadas, contrarias a las objetivas y desinteresadas del órgano jurisdiccional» (STS n.º 506/2016, de 20 de julio). Dicho de otro modo «el carácter extraordinario de este recurso no permite tratar de desvirtuar la apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del tribunal por el suyo propio» (STS n.º 206/2018, de 11 de abril). No le será factible al recurrente, en los casos de valoración conjunta de la prueba, desarticularla para ofrecer sus propias conclusiones o deducciones (ATS de 17 de julio de 2019, rec. 804/2017).

No debe confundirse la discrepancia con los razonamientos de la sentencia con la falta de expresión de los mismos (STS n.º 20/2007, de 31 de enero).

El Acuerdo de 2017 establece además que la alegación de la denegación de prueba como fundamento del recurso exigirá identificar el hecho concreto que dicha denegación haya impedido acreditar o desvirtuar.

En relación con la denegación de prueba considera el TS que «no basta impugnar la indebida denegación de un medio de prueba justificando el cumplimiento de los presupuestos formales para su admisión sino que es necesario acreditar la relevancia que la indebida denegación de esta prueba provoca en la resolución de la litis [...] la prueba ha de guardar relación con el objeto del proceso y ha de ser pertinente, esto es, legítima y relevante [...] La jurisprudencia constitucional, como ha destacado la doctrina más autorizada, ha identificado la prueba pertinente con aquella cuya denegación produce materialmente indefensión [...] (ATS de 20 de julio de 2016, rec. 3181/2014, con cita de múltiples resoluciones) lo que viene a traducirse en que la inadmisión de medios de prueba, aunque fuere irregular, sólo produce indefensión si es injustificada, arbitraria o irrazonable y, sobre todo, si priva al litigante de un medio de prueba decisivo para el éxito de su posición» (ATS de 28 de mayo de 2019, rec. 49/2018).

El ATS de 14 de febrero de 2012, rec. 977/2011, inadmite el recurso porque el recurrente «consintió la denegación de prueba en segunda instancia, al no interponerse contra la misma el preceptivo recurso de reposición, tal y como resulta necesario para considerar cumplido el art. 469.2 de la LEC».

Cuando se trate de un error fáctico, patente e inmediatamente verificable en la valoración de la prueba, se deberá indicar la prueba concreta, incluso con referencia al folio de las actuaciones o al minuto del

soporte audiovisual, y exponer cómo, dónde o cuándo se ha producido el error (Acuerdo de 2017).

### 3.4 Procedimiento

Tras la publicación de la Ley 37/2011 se suprime el trámite de preparación del recurso extraordinario por infracción procesal.

El nuevo art. 470 LEC en su apartado primero dispone que «el recurso extraordinario por infracción procesal se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla».

Conforme al art. 471 LEC «en el escrito de interposición se expondrá razonadamente la infracción o vulneración cometida, expresando, en su caso, de qué manera influyeron en el proceso. También se podrá solicitar la práctica de alguna prueba que se considere imprescindible para acreditar la infracción o vulneración producida, así como la celebración de vista».

Estos recursos «se hallan sometidos a ciertas exigencias formales que se traducen, entre otros aspectos, en la necesidad de indicar con claridad y precisión la infracción legal que se denuncia, que debe estar mencionada en el encabezamiento del motivo y desarrollada en los razonamientos expuestos a continuación, y en la imposibilidad de acumular por acarreo argumentos heterogéneos, determinantes de la falta de la razonable claridad expositiva necesaria para permitir la individualización del problema jurídico planteado» (STS n.º 116/2016, de 1 de marzo).

Al igual que ocurre con el recurso de casación «el escrito de recurso debe estructurarse en motivos. Tanto si se alega más de una infracción o vulneración de la misma naturaleza, como si se alegan varias de distinta naturaleza [...] cada una de las infracciones debe ser formulada en un motivo distinto y todos ellos deben aparecer numerados correlativamente. No podrán formularse submotivos dentro de cada motivo» (Acuerdo de 2017).

El Acuerdo de 2017 establece como contenido de cada motivo, el siguiente: a) el motivo, de los cuatro previstos en el art. 469.1 LEC, en que se ampara. b) La cita precisa de la norma infringida. No podrá acumularse la cita de preceptos heterogéneos en un mismo motivo. No será suficiente que la norma infringida pueda deducirse del desarrollo del motivo. c) El resumen de la infracción cometida (cómo, por qué y en qué ha sido infringida o desconocida la norma

citada). d) El intento de subsanación de la infracción en la instancia o instancias correspondientes, cuando haya sido posible, y el resultado de dicho intento. e) La identificación concreta de la indefensión material producida si el recurso se interpone por los ordinales 3.º y 4.º del art. 469.1 LEC. En el desarrollo de cada motivo se deberá hacer referencia exacta a las actuaciones sustanciadas en primera y segunda instancia con indicación de la resolución judicial supuestamente infractora.

El Acuerdo de 2017 dispone a estos efectos que si se trata de un recurso extraordinario por infracción procesal autónomo –sin recurso de casación conjunto–, se expresará la modalidad que lo permita (proceso seguido para la tutela judicial civil de los derechos fundamentales o tramitado por razón de la cuantía, si ésta excede de 600.000 euros); si se trata de un recurso por infracción procesal interpuesto conjuntamente con recurso de casación por interés casacional y subordinada su admisión a la de este último (disposición final 16.ª LEC), se ha de indicar así de forma expresa.

Las infracciones de estas exigencias son causa de inadmisión. El Acuerdo de 2017 considera como causa de inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal: *g) Incumplimiento de los requisitos del encabezamiento de los motivos (arts.473.2 y 483.2 LEC). h) Incumplimiento de los requisitos de desarrollo de los motivos (arts. 473.2 y 483.2 LEC).*

Se pueden alegar varias infracciones que tengan la misma o distinta naturaleza (se entiende que dentro de los cuatro motivos) en cuyo caso, si se alegan varias, de la misma o distinta naturaleza, cada una de ellas debe ser formulada en un motivo distinto que se numerará correlativamente.

Es inviable la cita de preceptos heterogéneos en un mismo motivo o la cita de preceptos genéricos que puedan comportar ambigüedad o indefinición.

Son además aplicables *mutatis mutandis*, las exigencias examinadas *ut supra* para la redacción del escrito de interposición del recurso de casación.

Los motivos de inadmisión del recurso por infracción procesal son el incumplimiento de los requisitos establecidos en los arts. 467 y 469 LEC y la carencia manifiesta de fundamento del recurso (art. 473.2 LEC). Se desarrollan en detalle con carácter ejemplificativo en el Acuerdo de 2017 (epígrafe IV, apartados primero y segundo).

#### 4. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS RECURSOS CUANDO SE INVOCA LA INFRACCIÓN DE UNA NORMA FORAL

Conforme a los arts. 56.1 LOPJ y 478 LEC, la competencia para conocer de los recursos de casación en materia civil corresponde a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Según disponen los arts. 152.1 CE, 73.1 a) LOPJ y 478.1 LEC corresponderá a las Salas de lo Civil y Penal como Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución.

Conforme a las previsiones de estos preceptos están habilitados para ejercer su potestad respecto del recurso de casación los TSJ de las CCAA del País Vasco (art. 34.1 LO 3/1979), Aragón (art. 63 LO 5/2007), Cataluña (art. 95 LO 6/2006) Galicia (art. 22 LO 1/1981) Comunidad Valenciana (arts. 33 y 37 LO 5/1982), Murcia (art. 35.1 LO 4/1982), Navarra (art. 61.1 LO 13/1982), Extremadura (art. 50.2 LO 1/2011) e Islas Baleares (art. 94.1 LO 1/2007).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 478 LEC, como principio general, tal y como ha establecido el TS en otras resoluciones, la competencia funcional viene determinada por las normas invocadas en el recurso de casación con independencia de las normas aplicadas o invocadas por las partes en las respectivas instancias (vid. ATS de 10 de julio de 2019, rec. 6014/2018).

A efectos de determinar cuándo una norma autonómica podrá calificarse de norma de Derecho Civil foral o especial el TS ha considerado que «no toda norma autonómica aplicable para resolver litigios sobre materias de Derecho privado constituye norma de Derecho civil foral o especial, pues las competencias de las comunidades autónomas pueden extenderse, en mayor o menor medida, a materias que guarden relación con el Derecho privado pero que en puridad no integran su Derecho civil propio» (ATS Pleno de 3 de marzo de 2015, rec. 121/2014; AATS de 20 de mayo de 2015, rec. 2872/2013 y de 5 de septiembre de 2018, rec. 3282/2017).

El factor determinante para decidir sobre la competencia funcional es si la norma autonómica citada como infringida constituye conforme al art. 149.1 8.ª CE Derecho civil foral o especial. Para el TS «el criterio más seguro para responder a esta cuestión es el de la competencia

legislativa, de modo que una norma autonómica puede calificarse de norma de Derecho civil foral o especial si ha sido aprobada por la asamblea legislativa correspondiente en el ejercicio de la competencia que le atribuye el art. 149.1-8.<sup>a</sup> de la Constitución [...]» (ATS Pleno de 3 de marzo de 2015, rec. 121/2014).

En este sentido, el ATS Pleno de 5 de septiembre de 2018, rec. 3282/2017, considera competente al TS para conocer de los recursos de casación basados en la infracción de la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, *de Cooperativas de Galicia*, en tanto «no se aprobó por el Parlamento de Galicia en el ejercicio de la competencia legislativa de conservación, modificación y desarrollo «de las instituciones de Derecho civil Gallego» atribuida a la comunidad autónoma gallega en el apartado 4 del art. 27 de su Estatuto de Autonomía».

Debe en este punto recordarse que la competencia funcional es *ius cogens*, debiendo ser apreciada de oficio por los Tribunales y no siendo disponible para las partes, generando su infracción la nulidad de actuaciones, conforme a los arts. 238.1 LOPJ y 225.1 LEC.

Será siempre competente la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo cuando la sentencia recurrida haya sido dictada por una Audiencia Provincial con sede en las CCAA de Asturias, Cantabria, La Rioja, Madrid, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Andalucía y Canarias, aunque el recurso de casación se fundamente en la infracción de una norma civil, foral o especial de otra Comunidad Autónoma, pues sobre el Derecho civil foral o especial solo puede pronunciarse a través de la casación el TSJ de esa concreta Comunidad.

El ATS de 11 de noviembre de 2003, rec. 884/2001, declara a este respecto que la tarea para formar jurisprudencia que complemente el Ordenamiento jurídico civil foral o especial «también corresponde a esta Sala del Tribunal Supremo cuando la sentencia recurrida no se hubiera dictado por un órgano con sede en la Comunidad Autónoma correspondiente».

Cuando se interpone casación frente a una sentencia dictada por una Audiencia Provincial con sede en alguna de las CCAA con Derecho civil foral o especial y se alega infracción de una norma sustantiva del correspondiente Derecho civil foral o especial, la competencia corresponderá al TSJ, aunque también se alegue infracción de normas sustantivas estatales.

Como excepción, la denuncia de infracción de precepto constitucional implica la atribución de la competencia al TS. Ello se coherente con lo dispuesto en el apartado cuarto del art. 5 LOPJ «en todos los casos en que, según la Ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En

este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al TS, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional».

A estos efectos el TS ha declarado que «lo que prima en esta distribución de la competencia [...] es atribuir a las Salas de los Tribunales Superiores el pleno conocimiento de Derecho foral o especial y por ello el legislador acepta sin reparos que puedan conocer también del Derecho Común cuando se invoca junto a norma de Derecho foral o especial, de igual forma que el legislador acepta que el Tribunal Supremo conozca de Derecho foral o especial si existe el dato que prima en esta caso de alegación de norma constitucional. Adviértase que en ambos criterios de distribución el legislador no divide la competencia para el conocimiento de un mismo recurso, sino que la atribuye a un único órgano, aunque para ello deba sacrificar los intereses perseguidos con la regla precedente [...]» (vid. en este sentido, AATS de 11 de noviembre de 2015, rec. 736/2015; de 21 de abril de 2009, rec. 362/2007 y de 8 de septiembre de 2008, rec. 2290/2007).

El criterio general es el de la improcedencia de dividir la continenencia del recurso, «[...] no resultando posible [...] compartimentar con un tratamiento diferenciador o disgregador el control de admisibilidad de cada uno de los motivos que integran el recurso interpuesto» (AATS de 21 de abril de 2009, rec. 362/2007 y de 11 de noviembre de 2015, rec. 736/2015).

En alguna ocasión el TS ha acordado no admitir los motivos fundados en infracción de norma constitucional carentes de fundamento, declarando entonces la competencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente para conocer del resto de los motivos (ATS de 16 de marzo de 2004, rec. 3837/2000) pues no conoce el TS, cuando la alegación de infracción de precepto constitucional sea fraudulenta, tangencial o manifiestamente infundada (ATS de 13 de octubre de 2010, rec. 1502/2009).

Se trata de evitar que se contradiga «el claro designio del legislador de que la infracción de Derecho Foral o especial sea examinada por el Tribunal Superior de Justicia que corresponda, intención que se sitúa en una voluntad evidente de reforzar la labor de los Tribunales Superiores de Justicia dentro de la evolución del desarrollo de un Estado autonómico» (AATS de 11 de noviembre de 2015, rec. 736/2015; de 2 de septiembre de 2008, rec. 2290/2007 y de 1 de abril de 2003, rec. 151/2000).

En definitiva, el Tribunal Superior de Justicia es el órgano competente para conocer del Derecho común cuando se alegue junto con norma de Derecho foral o especial en un mismo recurso de casación,

sin más excepción que la invocación de norma constitucional [...] y sin que proceda dividir la continencia del recurso porque su conocimiento y resolución se atribuye por el legislador a un único órgano jurisdiccional (ATS de 11 de noviembre de 2015, rec. 736/2015).

El TS da pautas para evitar fraudes de ley en la determinación de la competencia funcional:

1.<sup>a</sup>) Como principio general la competencia funcional para el conocimiento del recurso de casación viene determinada por las normas invocadas en el recurso, y se atribuye por la ley a un único órgano, lo que no impide que en el examen que de su propia competencia debe hacer el órgano judicial este acuda a las posibilidades que ofrece el art. 11 LOPJ para evitar situaciones exclusivamente orientadas a la elección del órgano judicial de casación que más pueda interesar a la parte recurrente.

2.<sup>a</sup>) A tal efecto conviene insistir en que las partes no son libres de invocar a su elección cualquier norma que –aun tangencialmente relacionada con la materia litigiosa– les interese para fijar la competencia funcional del órgano al que dirigen su recurso; al contrario, es necesario –y esta es la clave– que las normas que se citan como infringidas tengan una conexión real o verdadera, razonable y coherente, con la cuestión controvertida.

3.<sup>a</sup>) Junto a lo anterior también será relevante la identificación de la cuestión jurídica sobre la que se ha de fijar jurisprudencia. Un proceso que se desarrolle en el ámbito de aplicación del Derecho foral o especial, respecto del que el CC actúa como supletorio, no permitirá invocar la infracción del CC solo para augurarse la competencia del TS de la misma manera que en un proceso en el que se discuta el alcance de ciertas normas de Derecho común, sin conexión alguna con un tema de Derecho foral o especial, no podrá asegurarse la competencia del Tribunal Superior de Justicia mediante la cita de una norma foral o especial por más que pueda estar tangencialmente relacionada con la controversia.

4.<sup>a</sup>) En definitiva, la formulación del recurso no debe provocar el efecto de alterar –por la cita formal de una norma– la función institucional de creación de jurisprudencia y unificación de criterios en la aplicación de la ley que, en sus distintos ámbitos competenciales, tienen atribuida esta Sala Primera del Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia (ATS de 4 de diciembre de 2015, rec. 1011/2015).

En esta misma línea el ATS de 10 de julio de 2019, rec. 6014/2018, declara que «cuando el procedimiento se ha seguido en un ámbito territorial donde el derecho civil aplicable al caso es el derecho foral o

especial, siendo el Código Civil derecho supletorio, constituyen normas aplicables para resolver el proceso las normas forales sobre la correspondiente materia y que han sido dictadas en el uso de la competencia legislativa atribuida por el Estatuto de Autonomía [...] no resulta posible invocar la infracción de derecho supletorio para prede-terminar la competencia del Tribunal Supremo, por cuanto ello supon-dría tanto como admitir la alteración de las normas sobre la competencia, en este caso funcional, a voluntad del recurrente».

Deben tenerse en cuenta la Ley 4/2005, de 14 de junio, *sobre la casación foral aragonesa*; la Ley 5/2005, de 25 de abril, *reguladora del recurso de casación en materia de derecho civil de Galicia* y la Ley 4/2012, de 5 de marzo, *del recurso de casación en materia de derecho civil de Cataluña*.

Cuando se interponen conjuntamente casación basada en precepto foral o especial e infracción procesal, la competencia funcional para conocer de ambos recursos corresponde a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia (vid. AATS de 20 de enero de 2009, rec. 1916/2006 y 24 de marzo de 2009, rec. 952/2008).

## 5. EL RECURSO DE QUEJA

### 5.1 Ideas generales

Una vez interpuesto el recurso de casación, conforme al párrafo segundo del apartado segundo del art. 479 LEC «si el Tribunal entendi-era que se cumplen los requisitos de admisión, dictará providencia teniendo por interpuesto el recurso; en caso contrario, dictará auto declarando la inadmisión. Contra este auto sólo podrá interponerse recurso de queja».

El recurso de queja se configura como un medio de impugnación instrumental, para controlar la denegación de la tramitación de un recurso devolutivo por el juez o tribunal *a quo*, resolviendo el tribunal *ad quem* sin audiencia de las demás partes, exclusivamente sobre la base de las alegaciones del que ha interpuesto la queja y atendiendo al contenido de los testimonios que la ley prevé y, eventualmente, de aquellos otros que deban recabarse por considerarse necesarios en orden a la decisión que proceda adoptar, sin que esa *inaudita parte*, consustancial a la queja, pueda eludirse por otros litigantes solicitando su personación o por cualquier otro medio (vid. AATS de 20 de marzo de 2002, rec. 2374/2001 y de 18 de diciembre de 2001, rec. 2074/2001).

Es un medio de impugnación devolutivo. Cabe contra los autos en que el tribunal que hubiere dictado la resolución rechace la sustanciación de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o de casación.

Debe necesariamente formularse ante el órgano jurisdiccional *ad quem*. Su carácter meramente instrumental implica que su ámbito queda limitado al examen de denegación de la tramitación por el tribunal *a quo*, sin que pueda extenderse la función revisora a ningún otro supuesto (vid. ATS de 23 de diciembre de 2003, rec. 1356/2003).

Como se expone en el ATS de 3 de febrero de 2016, rec. 251/2015, «el artículo 479 LEC faculta a los tribunales a acordar mediante auto, la inadmisión de un recurso de casación si considera que concurre cualquier causa que, conforme a la LEC, lo justifique. Frente a tal decisión se puede formalizar, tal y como ha hecho la parte, recurso de queja. Esto es, no se produce indefensión alguna a la parte recurrente que puede hacer valer ante esta Sala su disconformidad con la causa de no admisión del recurso extraordinario por infracción procesal y/o casación apreciada por la Audiencia Provincial a través del presente recurso de queja».

El auto por el que el TS resuelve sobre la queja no es susceptible de recurso alguno.

## 5.2 Interposición

El recurso de queja se interpone directamente ante el órgano *ad quem*, esto es, el Tribunal que debiera conocer el recurso de ser admitido. Por tanto, si se pretende recurrir en casación por infracción de norma de Derecho civil foral o especial habrá de interponerse ante la Sala de lo Civil y Penal del TSJ. Si se pretende recurrir en casación por infracción de norma de Derecho común y/o por infracción procesal deberá interponerse el recurso de queja ante la Sala Primera del Tribunal Supremo.

En este sentido el ATS de 17 de febrero de 2009, rec. 15/2009, dispone que «en la medida en que concurren los presupuestos del art. 73.1 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que la Sentencia que se pretende recurrir en casación fue dictada por un órgano jurisdiccional civil con sede en una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio, y se cita como infringido el art. 566.4 y 7 del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña [...], la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña es la competente para resolver el recurso de queja, ya que, en todo caso, le correspondería

conocer del recurso de casación no tramitado, competencia, esta última, que le viene atribuida por el art. 20.1 a) del Estatuto de Autonomía de Cataluña».

## 6. CUESTIONES ORGANIZATIVAS INTERNAS

Las Fiscalías territoriales son las competentes para interponer el recurso de casación y el extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal *a quo*. En la sustanciación del mismo ante el Tribunal *ad quem* intervendrá la Fiscalía del Tribunal Supremo o, en su caso, la correspondiente Fiscalía de la Comunidad Autónoma.

Es por ello imprescindible establecer mecanismos de coordinación a fin de preservar en todo caso el principio de unidad de actuación.

Debe en este punto recordarse igualmente que la Instrucción 11/2005, de 10 de noviembre, *sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el art. 124 de la CE* asigna al Fiscal de Sala Delegado de lo Civil, entre otras, una función promotora de la unificación de criterios y específicamente se le atribuye la competencia para establecer los cauces de comunicación necesarios entre las Fiscalías y la Sección correspondiente de la Fiscalía del Tribunal Supremo y canalizar las daciones de cuenta que los Fiscales encargados del despacho de asuntos de importancia o trascendencia eleven (art. 25 párrafo 2.º EOMF). Esta asignación tiene una repercusión directa en el mantenimiento del principio de unidad de actuación, esencial para asegurar la seguridad jurídica y la igualdad de todos ante la Ley.

En este contexto, cuando una Fiscalía territorial pretenda interponer un recurso de casación y/o de infracción procesal, deberá previamente comunicar con la Fiscalía del Tribunal Supremo por el medio más rápido y remitirle para su aprobación un borrador del recurso con los antecedentes documentales imprescindibles, a fin de preservar el principio de unidad de actuación, así como de garantizar el cumplimiento de las exigencias formales de la casación.

Cuando por denunciarse la infracción de una norma de Derecho civil foral o especial sea competente la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, será aplicable *mutatis mutandis* el mismo esquema, y por tanto, la Fiscalía Provincial deberá comunicarse con la Fiscalía de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Igualmente, las/os Sras./es. Fiscales, cuando no siendo los recurrentes en el recurso de casación o extraordinario por infracción procesal, hayan sido emplazados ante la Sala Primera del Tribunal

Supremo por haber recurrido otras partes, remitirán copia del emplazamiento y de la sentencia de la Audiencia recurrida, así como la dictada por el Juzgado de Primera Instancia a la Sección de lo Civil de la Fiscalía del Tribunal Supremo.

La Fiscalía del Tribunal Supremo o, en su caso, la Fiscalía de la Comunidad Autónoma comunicará a las respectivas Fiscalías territoriales las resoluciones dictadas por el TS en los recursos por ellas promovidos. En caso de que no se autorice la interposición del recurso, la Fiscalía del Tribunal Supremo o, en su caso, la Fiscalía de la Comunidad Autónoma dará las oportunas explicaciones a la Fiscalía territorial que pretendía interponerlo.

Ante una eventual inadmisión de la Audiencia Provincial de un recurso extraordinario interpuesto por una Fiscalía territorial, el Fiscal Jefe o, en su caso, el Fiscal Decano de la Sección Civil comunicará inmediatamente esta circunstancia con remisión de los antecedentes necesarios a la Fiscalía del Tribunal Supremo a fin de que ésta estudie e interponga si procede el recurso de queja ante la Sala de lo Civil del TS. Idéntico trámite tendrá lugar en relación con la Fiscalía de la Comunidad Autónoma si el recurso que se pretende es competencia del TSJ.

## 7. PAUTAS SOBRE ASISTENCIA A VISTAS ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Dentro de las normas dedicadas a la tramitación del recurso de casación, el apartado primero del art. 486 LEC regula la posible celebración de una vista «[...] si todas las partes hubieren solicitado la celebración de vista el Secretario judicial señalará día y hora para su celebración. De igual modo se procederá cuando el Tribunal hubiera resuelto, mediante providencia, por considerarlo conveniente para la mejor impartición de justicia, la celebración de dicho acto».

Si el recurso de casación es competencia del TS, habrá de asistir a la vista un Fiscal de la Sección de lo Civil de la Fiscalía del Tribunal Supremo.

En el caso de recursos competencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia habrá de asistir un Fiscal de la Fiscalía de la Comunidad Autónoma.

Cuando concurra justificación suficiente, podrá ser designado para la asistencia a la vista ante el TSJ el Fiscal de la Audiencia Provincial que tramitó el asunto, conforme a los presupuestos, requisitos y procedimientos expuestos en la Instrucción 1/1997, de 6 de octubre,

*acerca de algunos aspectos relativos a la presencia de la representación del Ministerio Fiscal en los recursos de apelación en el procedimiento ante el jurado; la Instrucción 4/2011, de 17 de noviembre, sobre el funcionamiento de las Fiscalías de Área y otras cuestiones relativas al vigente modelo orgánico territorial del Ministerio Fiscal; y la Circular 1/2018, de 1 de junio, sobre algunas cuestiones que suscita la nueva regulación de la segunda instancia en materia penal.*

En síntesis, esta remisión supone que: 1) se evitarán desplazamientos de Fiscales cuando no coincidan las sedes; 2) podrá excepcionarse este principio en supuestos de especial complejidad o en los que la singular naturaleza del objeto del proceso así lo imponga y 3) la designación del Fiscal de la Fiscalía de Área o Provincial para asistir a la vista ante el TSJ corresponde al Fiscal Superior con previa audiencia del Consejo Fiscal.

## 8. CLÁUSULA DE VIGENCIA

La presente Circular sustituye los contenidos del apartado IX (acerca de la preparación e interposición del recurso de casación por el Ministerio Fiscal) contenido en la Circular 1/2001, de 5 de abril de 2001, *relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles.*

## 9. CONCLUSIONES

### 9.1 Recurso de casación

1.<sup>a</sup> Las/os Sras./es. Fiscales podrán –y deberán– interponer recurso de casación, y en su caso recurso extraordinario de infracción procesal, contra las sentencias dictadas en segunda instancia en los procedimientos en los que intervengan como parte cuando la resolución recaída contraríe los intereses públicos y sociales que le están encomendados, siempre que concurra alguno de los motivos que pueden fundamentar estos recursos y se den las demás exigencias legales.

2.<sup>a</sup> Las/os Sras./es. Fiscales se abstendrán de interponer recursos cuando no vayan a tener un efecto útil, conforme a la doctrina de la equivalencia de resultados.

3.<sup>a</sup> Son recurribles en casación las sentencias dictadas en los procesos especiales regulados en el Libro IV de la LEC y las sentencias dictadas en la pieza de calificación del concurso, cuando se acre-

dite interés casacional, así como las sentencias dictadas en procesos civiles de protección de derechos fundamentales en todo caso.

4.<sup>a</sup> No son recurribles ni en casación ni por infracción procesal los autos, salvo los que lo sean conforme a reglamentos, tratados o convenios internacionales o de la Unión Europea. No obstante, cabrá recurrir resoluciones que debiendo adoptar la forma de sentencia se hayan dictado como autos.

5.<sup>a</sup> No son susceptibles de casación:

Las resoluciones sobre restitución internacional de menores.

Las resoluciones dictadas en procedimientos de jurisdicción voluntaria.

Las resoluciones recaídas en juicios verbales para determinar la necesidad del asentimiento a la adopción.

El auto que resuelve sobre la constitución de una adopción.

6.<sup>a</sup> El recurso de casación ha de fundarse en la infracción de normas sustantivas, de Derecho privado. Cabe alegar infracción de preceptos constitucionales, infracción de normas con rango de Ley orgánica u ordinaria, así como de normas contenidas en Decretos Leyes y Decretos Legislativos.

Es posible fundamentar un motivo de casación en la infracción de un principio general del derecho o de una costumbre.

Se admite que el recurso se articule por infracción de una norma extranjera.

Cabe invocar normas sustantivas contenidas en Tratados internacionales ratificados por España y normas sustantivas de Derecho de la Unión europea, tanto originario como derivado. La infracción de la jurisprudencia no es motivo de casación, sin perjuicio de su relevancia como requisito de procedibilidad para fundamentar el interés casacional.

7.<sup>a</sup> La justificación del interés casacional no puede ampararse en la infracción de la doctrina del TC, de los TSJ o de la DGRN.

8.<sup>a</sup> Es suficiente la cita como infringida de una sola sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para entender cubierta la justificación formal de interés casacional.

9.<sup>a</sup> Una única sentencia del TS no crea jurisprudencia y no es, por tanto, apta para fundamentar el recurso por interés casacional, por lo que en principio deben citarse al menos dos sentencias.

No obstante, bastará la cita de una sola sentencia cuando se trate de sentencias del Pleno o de sentencias dictadas fijando doctrina por razón de interés casacional.

10.<sup>a</sup> El interés casacional basado en la novedad de la norma exige que no exista jurisprudencia. Si pese a la novedad de la norma existe doctrina jurisprudencial no concurrirá interés casacional, salvo que la sentencia recurrida sea contraria a dicha jurisprudencia, en cuyo caso, el recurso de casación debe articularse por esa contrariedad y no por la novedad de la norma.

Si concurre el requisito de la novedad de la norma y la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, el recurso de casación podrá articularse por ambas vías.

11.<sup>a</sup> Deberán las/os Sras./es. Fiscales tener especialmente en cuenta que –más allá de la literalidad de la Ley– podrá interponerse recurso por interés casacional cuando se justifique debidamente la necesidad de establecer jurisprudencia o modificar la ya establecida en relación con el problema jurídico planteado. De esta manera se abre una vía para promover pronunciamientos del TS tanto en cuestiones en las que pese a no ser novedosa la norma no hay jurisprudencia como respecto de supuestos para los que se considere por las/os Sras./es. Fiscales que debe superarse la ya establecida.

12.<sup>a</sup> Para interponer el recurso de casación para la tutela judicial civil de los derechos fundamentales es preciso que la sentencia se haya dictado en un proceso de tutela judicial civil de los derechos fundamentales.

Por esta vía puede recurrirse la resolución dictada en el procedimiento para la protección de derechos fundamentales, aunque lo que se alegue no sea propiamente la infracción del derecho fundamental sino de alguna norma sustantiva que lo desarrolle (por ejemplo, por infracción del art. 9.2 LO 1/1982, regulador de la condena a publicar el fallo de la sentencia o por infracción del art. 9.3 LO 1/1982, que establece las pautas para determinar el quantum indemnizatorio).

13.<sup>a</sup> Serán las/os Sras./es. Fiscales de las Audiencias Provinciales, o en su caso, de las Fiscalías de Área, los que, cuando proceda, deban interponer el recurso de casación.

Los escritos de interposición habrán de adaptarse a las exigencias formales desarrolladas en el cuerpo del presente documento.

En la fase de sustanciación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo o ante la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia intervendrán los Fiscales de dichos Tribunales.

14.<sup>a</sup> Deberán tener presente las/os Sras./es. Fiscales que si se pretende recurrir una sentencia por infracción de precepto sustantivo (casación) y además por infracción de precepto procesal (extraordinario por infracción procesal), habrán ambos de articularse en un mismo escrito de interposición.

15.<sup>a</sup> En el escrito de interposición puede interesarse la celebración de vista. Las/os Sras./es. Fiscales, como regla general no la solicitarán, sin perjuicio de que las circunstancias concretas concurrentes pudieran fundamentar otra posición, que en todo caso habrá de ser consultada con la Fiscalía del Tribunal Supremo, o en su caso, con la Fiscalía de la Comunidad Autónoma.

## 9.2 Recurso extraordinario por infracción procesal

1.<sup>a</sup> Ante la inexistencia de previsión legal acerca de la legitimación del Fiscal en este recurso, el Ministerio Público sólo intervendrá en los recursos extraordinarios por infracción procesal que se sustancien en aquellos procesos en los que haya intervenido como parte.

2.<sup>a</sup> Las/os Sras./es. Fiscales tendrán presente que para recurrir por infracción procesal en procedimientos por razón de la materia es necesario articular simultáneamente un recurso de casación.

Las sentencias recaídas en procedimientos para la tutela de derechos fundamentales podrán ser objeto de recurso por infracción procesal sin necesidad de recurrir simultáneamente en casación.

3.<sup>a</sup> No cabe recurrir por incongruencia por omisión si previamente no se ha articulado el mecanismo del art. 215 LEC (subsanción o complemento de resoluciones).

4.<sup>a</sup> Cabe articular el recurso por infracción procesal, al amparo del art. 469.1.4.º LEC, basado en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva.

La omisión total de valoración de una prueba practicada también permite articular el recurso al amparo de la infracción del art. 24 CE.

5.<sup>a</sup> La impugnación por vulneración de las reglas de la carga de la prueba del art. 217 LEC debe realizarse a través del motivo relativo a la infracción de las normas reguladoras de la sentencia.

## 9.3 Competencia para conocer de los recursos cuando se invoca la infracción de una norma foral

1.<sup>a</sup> A la hora de determinar la competencia funcional para conocer de los recursos extraordinarios deben partir las/os Sras./es. Fiscales de que se trata de una materia de *ius cogens*, debiendo ser apreciada de oficio por los Tribunales y no siendo disponible para las partes, generando su infracción la nulidad de actuaciones.

2.<sup>a</sup> No toda norma autonómica aplicable para resolver litigios sobre materias de Derecho privado constituye norma de Derecho civil foral o especial, pues las competencias de las Comunidades Autónomas pueden extenderse, en mayor o menor medida, a materias que guarden relación con el Derecho privado pero que en puridad no integran su Derecho civil propio.

Un criterio para delimitar qué integra y qué no integra el Derecho civil foral o especial será el de si la concreta norma ha sido aprobada por la Asamblea Legislativa correspondiente en el ejercicio de la competencia que le atribuye el art. 149.1 8.<sup>a</sup> CE.

3.<sup>a</sup> Será siempre competente la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo cuando la sentencia recurrida haya sido dictada por una Audiencia Provincial con sede en las CCAA de Asturias, Cantabria, La Rioja, Madrid, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Andalucía y Canarias, aunque el recurso de casación se fundamente en la infracción de una norma civil, foral o especial de otra Comunidad Autónoma.

4.<sup>a</sup> Cuando se interpone casación frente a una sentencia dictada por una Audiencia Provincial con sede en alguna de las CCAA con Derecho civil foral o especial y se alega infracción de una norma sustantiva del correspondiente Derecho civil foral o especial, la competencia corresponderá al Tribunal Superior de Justicia, aunque también se alegue infracción de normas sustantivas estatales.

Como excepción, la denuncia de infracción de precepto constitucional implica la atribución de la competencia al TS.

5.<sup>a</sup> Cuando se interponen conjuntamente casación basada en precepto foral o especial e infracción procesal, la competencia funcional para conocer de ambos recursos corresponde al TSJ.

#### 9.4 Cuestiones organizativas internas

1.<sup>a</sup> Cuando una Fiscalía territorial pretenda interponer un recurso de casación y/o de infracción procesal, deberá previamente comunicar con la Fiscalía del Tribunal Supremo por el medio más rápido y remitirle para su aprobación un borrador del recurso con los antecedentes documentales imprescindibles, a fin de preservar el principio de unidad de actuación, así como de garantizar el cumplimiento de las exigencias formales de la casación.

2.<sup>a</sup> Cuando por denunciarse la infracción de una norma de Derecho civil foral o especial sea competente la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, será aplicable *mutatis mutandis* el

mismo esquema y, por tanto, la Fiscalía Provincial deberá comunicarse con la Fiscalía de la Comunidad Autónoma correspondiente.

3.<sup>a</sup> La Fiscalía del Tribunal Supremo o, en su caso, la Fiscalía de la Comunidad Autónoma comunicará a las respectivas Fiscalías territoriales las resoluciones dictadas por el TS en los recursos por ellas promovidos. En caso de que no se autorice la interposición del recurso, la Fiscalía del Tribunal Supremo o, en su caso, la Fiscalía de la Comunidad Autónoma dará las oportunas explicaciones a la Fiscalía territorial que pretendía interponerlo.

4.<sup>a</sup> Ante una eventual inadmisión de la Audiencia Provincial de un recurso extraordinario interpuesto por una Fiscalía territorial, el Fiscal Jefe o, en su caso, el Fiscal Decano de la Sección Civil comunicará inmediatamente esta circunstancia con remisión de los antecedentes necesarios a la Fiscalía del Tribunal Supremo a fin de que esta estudie e interponga si procede el recurso de queja ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Idéntico trámite tendrá lugar en relación con la Fiscalía de la Comunidad Autónoma si el recurso que se pretende es competencia del TSJ.

## **9.5 Pautas sobre asistencia a vistas ante el Tribunal Superior de Justicia**

En el caso de recursos competencia de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ habrá de asistir un Fiscal de la Fiscalía de la Comunidad Autónoma.

Podrá excepcionarse este principio en supuestos de especial complejidad o en los que la singular naturaleza del objeto del proceso así lo imponga. Para estos casos, la designación del Fiscal de la Fiscalía de Área o Provincial para asistir a la vista ante el TSJ corresponde al Fiscal Superior con previa audiencia del Consejo Fiscal.