

**LA INFRACCIÓN DE LA *DOCTRINA JURISPRUDENCIAL* COMO MOTIVO
DEL RECURSO DE CASACIÓN EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL
1/2000**

Por

ARTURO MUÑOZ ARANGUREN
Abogado asociado del Despacho Ramón C. Pelayo Abogados
Profesor de Derecho Procesal en el Master en Derecho Privado del Ilustre Colegio de
Abogados de Madrid

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Procesal 18 (2009)

I.- INTRODUCCIÓN

Como es sabido, la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 modifica de manera radical la configuración del recurso de casación en nuestro Ordenamiento procesal. Una de las modificaciones que ha introducido la nueva regulación de este recurso consiste en la unificación de los motivos del recurso de casación. Al haberse derivado todas las cuestiones procesales al recurso extraordinario por infracción procesal, el único motivo que puede sustentar el recurso de casación, tras la entrada en vigor de la LEC 1/2000, es la infracción de normas sustantivas.

En coherencia con ello, el art. 477.1 LEC 1/2000 dispone que *“el recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso”*.

Si comparamos la redacción de este precepto, con su equivalente en la última redacción de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881¹, se aprecia que en la nueva Ley Procesal se suprime la referencia expresa a la *“jurisprudencia”* como motivo en que pueda fundamentarse el recurso de casación.

A la vista de lo cual, cabe preguntarse si, a la luz de la nueva regulación, es o no posible fundamentar un recurso de casación civil, de manera exclusiva y autónoma, en la doctrina jurisprudencial concerniente a una materia concreta, pero sin fundamentar

¹ “1692.4: *“infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”*.”

adicionalmente dicho motivo del recurso en la infracción de un precepto legal. Ese es el objeto del presente estudio.

II.- LA INFRACCIÓN DE LA “DOCTRINA JURISPRUDENCIAL” A LO LARGO DE LA HISTORIA DEL RECURSO DE CASACIÓN

Montesquieu, en *“El Espíritu de las Leyes”*, dejó escrito que *“en el gobierno republicano pertenece a la naturaleza de la Constitución que los jueces sigan la letra de la Ley”*. Estas palabras ponen de manifiesto la desconfianza hacia los jueces, quienes en el Antiguo Régimen habían establecido un poder autónomo con respecto a la autoridad del monarca, que está en el origen mismo del recurso de casación.²

Como recuerda Sánchez Ugena³, con la llegada de la Revolución Francesa la resolución judicial se limita a un simple silogismo, en el que el Juez nada podía poner de su parte, sino la pura aplicación de la norma. En aquellos supuestos, inevitables, en los que ésta era de difícil interpretación, o resultaba oscura, la ley francesa de 1790 implanta el sistema del *“referee legislatif”*: el Juez tenía que pedir al Cuerpo legislativo que aclarara el sentido de la Ley.

La consecuencia de este sistema es la creación de un Tribunal de Casación, concebido al principio no cómo un órgano jurisdiccional propiamente dicho, sino como un ente de carácter político auxiliar del Poder legislativo.

La Constitución Española de 1812, siguiendo el modelo francés, creó el Tribunal Supremo y el recurso de nulidad (artículo 261.9), como defensa de la Ley. Las Cortes aprobaron el Reglamento del Supremo Tribunal de Justicia por Decreto de 13 de marzo de 1814, año en que es suprimido y sustituido por los antiguos Consejos de la Corona. El citado Tribunal es restablecido en el trienio liberal (1820-1823), a cuyo término resurgen de nuevo los citados Consejos hasta que Isabel II, por Real Decreto de 24 de marzo de 1834, instituye definitivamente el Tribunal Supremo de España e Indias, consolidándose su existencia con el Reglamento provisional para la administración de Justicia, de 26 de septiembre de 1835, que culmina en la Ley Provisional de Organización de Tribunales de 15 de septiembre de 1870, reservándose definitivamente hasta hoy la denominación de Tribunal Supremo para este órgano del Estado.

² Por esa razón, cuando triunfa la Revolución Francesa, Robespierre llegará a decir que *“el término jurisprudencia debe borrarse de nuestra lengua. En un estado que tiene una Constitución, una legislación, la jurisprudencia de los Tribunales no es otra cosa que la Ley”*. Halperin, Jean Louis., *“Derecho Privado y revolución burguesa. Orígenes de la noción moderna de jurisprudencia.”* Marcial Pons. Ediciones Jurídicas, s.a. Madrid. 1990.

³ *“La recepción de la jurisprudencia por los tribunales colegiados y unipersonales”*, incluido en la obra colectiva *“La fuerza vinculante de la jurisprudencia”*, editada por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

Como señala Muerza Esparza ⁴, la LEC 1/2000 –como más adelante examinaremos– parece decantarse por retomar la fórmula con la que se introdujo el recurso de casación en nuestro Ordenamiento Jurídico.

Así, el Real Decreto de 4 de noviembre de 1838 (precedente del recurso de casación) exigía para que hubiese lugar al recurso de nulidad que la sentencia fuese contraria a la Ley “*clara y terminante*” ⁵. Para favorecer la finalidad uniformadora de las decisiones del Tribunal Supremo, el citado Real Decreto ordenaba su publicación en la Gaceta del Gobierno.

Por su parte, la Real Cédula de 30 de Enero de 1.855, sobre la Administración de Justicia en Ultramar, preveía ya un recurso de casación que podía fundamentarse no solo en la infracción de “*ley*”, sino también de la “*doctrina legal recibida a falta de ley por la jurisprudencia de los Tribunales*”.

Posteriormente, el artículo 1012 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 8 de Octubre de 1855 incluyó en el recurso de casación por infracción de Ley tanto la sentencia contraria a la “*ley*” en sentido estricto, como la contraria a “*la doctrina admitida por la Jurisprudencia de los Tribunales*” ⁶. En idéntico sentido, el artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de Febrero de 1.881 establecía como motivo del recurso de casación la infracción de “*doctrinas legales aplicables al caso del pleito*”.

Tras la reforma introducida por la Ley 34/1984, de 6 de Agosto, se cambió la denominación de “*doctrina legal*”, por la de “*jurisprudencia*”. A pesar de la polémica doctrinal generada en su día por esta modificación ⁷, la experiencia ha demostrado que tenían razón quienes, como Calvo Vidal, afirmaron que la sustitución del término

⁴ “*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*”, Editorial Aranzadi, Navarra, 2001

⁵ Esta regulación estaba claramente influida por la casación originaria francesa (“*violation expresse au texte de la loi*”). Para Pacheco, por “*Ley clara y terminante*” debía entenderse la doctrina legal como interpretación y aplicación recta de una ley, explicándolo porque “*hay ciertas doctrinas recibidas universalmente como principios, ciertos dogmas de jurisprudencia consignados en todos los escritores, ciertas prácticas observadas por todos los tribunales; por cuyos medios, como si fuesen leyes, se deciden gran cantidad de negocios*”. Comentario al Decreto de 4 de noviembre de 1838 sobre recurso de nulidad, 3ª edición, 1847.

⁶ En su Exposición de Motivos, Gómez de la Serna aclara que “*se omitieron las palabras clara y terminante para que se pueda vigilar la interpretación usual, fijar la verdadera inteligencia de las leyes y de los principios capitales y los dogmas inconcusos de la ciencia del Derecho, siendo la finalidad del recurso de casación cortar en su raíz las malas interpretaciones de la ley que, por ignorancia, por error o malicia se dan en el pleito, y que, de quedar sin correctivo, podría citarse después como procedentes autorizados, generadores de jurisprudencia; va a vigilar, por último, por la genuina, por la recta aplicación de la ley escrita.*”

⁷ Voces tan autorizadas como la de Luis Díez-Picazo llegaron a afirmar entonces que el recurso de casación había “*muerto*”. “*Constitución, Ley, Juez*”. Revista Española de Derecho Constitucional nº 15, septiembre-diciembre 1985.

genuinamente español “*doctrina legal*” carecía de otra trascendencia que la meramente semántica⁸.

La Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, mantuvo ese motivo de casación con su misma dicción literal, aunque pasando a constituir el motivo cuarto del artículo 1692.

En el ámbito autonómico, debe hacerse mención al artículo 2º, apartado 1º, de la Ley de Galicia 11/1993, de 15 de julio, declarado inconstitucional por la sentencia del Tribunal Constitucional 47/2004, de 25 de marzo, que disponía lo siguiente:

“El recurso de casación se basará en alguno o algunos de los siguientes motivos: 1º Infracciones de normas del ordenamiento civil de Galicia o conjuntamente con infracción del mismo y de derecho civil común o doctrina jurisprudencial que establezca el Tribunal Superior de Justicia o la anterior del Tribunal Supremo (...).”

Finalmente, la regulación del recurso de casación en la LEC 1/2000 suprime, entre los motivos de casación, la mención a la “*infracción de la jurisprudencia*”, fijando como único motivo, en su artículo 477.1º, “*la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.*”

III.- LA JURISPRUDENCIA EN EL CÓDIGO CIVIL

Por lo que se refiere al valor que el Código Civil concede a la jurisprudencia, como afirma Peces Morate⁹, si bien el Código Civil de 1889 no la incluía entre las fuentes del Derecho, aquella tuvo siempre trascendencia en la interpretación y aplicación de éstas, y así en la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, aprobatorio del Texto articulado del Título preliminar de dicho Código, se reconocía que la tarea de investigar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses da lugar a la formulación por el Tribunal Supremo de criterios que, si no entrañan la elaboración de las normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente autorizados y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta trascendencia normativa. Al regular las fuentes del Derecho, el artículo 1.6º del Código Civil, redactado por el indicado Decreto 1836/1974, establece que “*la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal*

⁸ “*La jurisprudencia ¿Fuente de Derecho?*”. Editorial Lex Nova. Valladolid.1992.

⁹ “*Valor de la jurisprudencia*”, incluido en la obra colectiva “*La fuerza vinculante de la jurisprudencia*”, editada por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.”

Incorporado expresamente al ordenamiento jurídico positivo el valor de la jurisprudencia, hemos de concluir, con Peces Morate, que la reforma introducida por la Ley de 6 de agosto de 1984 en la redacción del artículo 1692 LEC 1881, al establecer, como motivo de casación, la “*infracción de las normas jurídicas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia*”, fue acorde y coherente con el citado artículo del Código Civil. Efectivamente, no existía antinomia por el hecho de que la jurisprudencia no fuera fuente del Derecho y su infracción pudiera suponer la casación de la sentencia de instancia, en la medida en que, por su especial autoridad, dicha doctrina debería ser seguida, en principio, por los inferiores jerárquicos, si bien no existe obligación legal de hacerlo; otra cosa es que, de no seguir esa jurisprudencia, sus sentencias puedan ser casadas por el Tribunal Supremo.

IV.- LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA SOBRE EL ALCANCE DE LA JURISPRUDENCIA COMO MOTIVO DEL RECURSO DE CASACIÓN EN LA LEC 1/2000

A pesar de la contundencia de la dicción literal del precepto, algunos autores como Muerza Esparza han señalado que el art. 477.1º LEC 1/2000 permite seguir pensando que la infracción de la jurisprudencia puede fundamentar el recurso de casación, siquiera sea por el valor que le concede el art. 1.6 del Código Civil. En la misma línea se pronuncia Garberí Llobregat ¹⁰, quien afirma que existen, en realidad, a pesar de la dicción del precepto (que según dicho autor no incluye a la doctrina jurisprudencial por error), dos motivos distintos de casación: la infracción de una norma y la infracción de la jurisprudencia.

En sentido contrario se pronuncia Moreno Catena ¹¹, quien estima que, al desaparecer la referencia expresa en la infracción de la jurisprudencia como motivo autónomo de la casación, aquella no queda suplida alegando que el recurso tendría *interés casacional* cuando la sentencia recurrida se oponga a la doctrina del Tribunal Supremo, pues en todo caso habrá que invocar la infracción de un precepto legal. En el mismo sentido se manifiesta Montón Redondo ¹² y, con matices, O’Callaghan cuando afirma que “*no hay duda que se podrá fundar un recurso de casación en una norma y en la jurisprudencia que lo interpreta (basta pensar en la alegación de la infracción del*

¹⁰ “*Los Procesos Civiles*”, Tomo III, Editorial Bosch, Barcelona, 2001.

¹¹ “*Derecho Procesal Civil*”, página 416

¹² “*El nuevo proceso civil*”, página 594

artículo 1902 del Código Civil que proclama un principio, que ha sido desarrollado profusamente por la jurisprudencia) o incluso sólo en la jurisprudencia sobre una cuestión no regulada específicamente, pero que se estima se contiene en un principio general (por ejemplo, el enriquecimiento injusto¹³).”

Algunos autores, como Peces Morate, han defendido la persistencia de la jurisprudencia como motivo del recurso de casación, en aquellos casos en que el mismo presenta *interés casacional*. Y aunque esa aseveración pudiera parecer correcta a primera vista, un análisis detenido de la norma nos lleva a la conclusión contraria. A este respecto, debe precisarse que, en los casos en que el recurso de casación se plantee al amparo del artículo 477.2.3º LEC (cuando la resolución del recurso presente *interés casacional*), ello no quiere decir que se permita, en estos casos, la fundamentación del mismo, exclusivamente, en el separamiento, por parte de la sentencia de instancia, de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia de que se trate. En estos casos, la infracción de la doctrina jurisprudencial funciona como un *presupuesto de admisibilidad* del recurso, pero no como un *motivo* que pueda fundamentar el mismo.

Como ha señalado Blasco Gascó¹⁴, con el nuevo diseño del recurso la infracción de la doctrina jurisprudencial pierde importancia como motivo del recurso (en realidad, deja de serlo, pero en cambio recobra especial importancia como presupuesto de recurribilidad de las resoluciones).

Este último autor realiza una distinción entre los dos grupos en que, a grandes rasgos, puede dividirse la doctrina jurisprudencial emanada de las sentencias del Tribunal Supremo, y que nos será útil para deslindar en qué medida la infracción de la jurisprudencia puede fundamentar ahora el recurso de casación:

a) La denominada jurisprudencia *“interpretativa”*, que hace referencia a la doctrina que deriva de una norma jurídica porque, en definitiva, la jurisprudencia se forma mediante la interpretación y aplicación reiteradas de las normas jurídicas. Sostiene Blasco Gascó la posibilidad de su invocación como motivo del recurso, pero, eso sí, por la vía indirecta de citar también, como norma infringida, el precepto legal del que deriva.

b) De otro lado, estaría la jurisprudencia *“integradora”*, esto es, la que se manifiesta como supletoria de las deficiencias o vacíos normativos no completables mediante juicios analógicos ni interpretaciones extensivas. Para

¹³ *“Problemática de la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo”*, incluido en la obra colectiva *“La fuerza vinculante de la jurisprudencia”*, editada por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

¹⁴ *“El interés casacional”*, Editorial Aranzadi, S.A., Navarra 2002.

Blasco Gascó, también en este caso se debe permitir, con arreglo a la nueva configuración del recurso de casación, la invocación de la infracción de la doctrina jurisprudencial como motivo autónomo, sin referencia alguna a infracción de una norma aplicable al caso en litigio.

V. LA POSTURA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA CON COMPETENCIA EN MATERIA DE CASACIÓN

En la fecha de redacción de este trabajo, el Tribunal Supremo no ha entrado todavía a examinar esta cuestión con la profundidad necesaria.

No obstante, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de abril de 2005 ¹⁵, en relación a un recurso preparado por *interés casacional*, deja claro ya que el Alto Tribunal exigirá la cita de una infracción legal para estimar el motivo de casación, no siendo suficiente la cita de jurisprudencia contradictoria, que no es más que un *presupuesto de admisibilidad* del recurso:

“De manera previa se hace necesario señalar que, en la actual regulación, el recurso de casación mantiene su naturaleza de medio extraordinario de impugnación por infracción de Ley, por lo que debe fundarse siempre en la vulneración de norma sustantiva aplicable al objeto del proceso y determinante del

¹⁵ En la misma línea parece apuntar el Auto del Tribunal Supremo de fecha 30 de septiembre de 2003 cuando afirma: *“SEGUNDO Pues bien, por lo que respecta a la ausencia de cita de la infracción legal que se considera cometida, desde los Autos de 18 y 28-12-2001, y [2153/200](#) , hasta los más recientes de [24-6-2003, recurso 341/2003](#) , y [1-7-2003, recurso 105/2003](#) , ponen de manifiesto que no se cumple con las exigencias formales impuestas por el art. 479.4 al no indicar la infracción legal que se considera cometida, requisito ineludible que, a la vista de la nueva articulación del sistema legal de los recursos extraordinarios implantado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se hace precisa para determinar el órgano judicial funcionalmente competente, por razón de la materia, para conocer del recurso preparado -Tribunal Supremo o Tribunal Superior de Justicia de la respectiva Comunidad Autónoma siempre que, en este último caso, 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 el correspondiente Estatuto de Autonomía hubiera previsto la correspondiente atribución competencial-, y, además, qué tipo de recurso extraordinario -infracción procesal o casación- es el que legalmente procede, y ello, atendiendo a la naturaleza, procesal o sustantiva, de la infracción denunciada, lo que tiene trascendencia no sólo cuando se apliquen definitivamente las previsiones normativas de la nueva LECiv, sino, incluso, mientras se mantenga el régimen provisional establecido en su Disposición final decimosexta, en todo caso, por razones de seguridad jurídica, y, además, por ser diferentes los requisitos formales que vienen exigidos para cada uno de los recursos extraordinarios, distintas las causas de inadmisión de los mismos y diverso el alcance de los efectos de la Sentencia que los resuelve, debiendo precisarse que este requisito de la infracción legal tiene especial trascendencia en los recursos por interés casacional cuando proceda la vía del ordinal 3º del art. 477.2 de la LECiv/2000, pues la acreditación de la existencia de este presupuesto procesal requiere identificar la cuestión jurídica para determinar si en relación con ella existe alguno de los casos que prevé el art. 477.3 de la LECiv/2000, de tal modo que la concreta infracción legal que se denuncia es esencial para conocer y controlar si la misma guarda relación con las cuestiones debatidas en el pleito o, por el contrario, se trata de un «interés» creado artificialmente por el recurrente”*. En el mismo sentido, ATS de fechas 18-09-07, 31-11-06 y 23-03-06.

*fallo recurrido, siendo el «interés casacional» un presupuesto que determina la necesidad del conocimiento del asunto por el Tribunal Supremo, con el fin de crear uniforme doctrina jurisprudencial; por ello los casos de «interés casacional» que tipifica el artículo 477. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tienen otro contenido y alcance que el motivo del recurso, previsto en el artículo 477.1 de ese cuerpo legal, **precisándose siempre que el recurrente invoque una o varias infracciones legales relevantes para la casación de la sentencia de segunda instancia, operando el «interés casacional» como un requisito de recurribilidad, esencial en el sistema, pero funcionalmente distinto al motivo del recurso**, de ahí que la contradicción entre Audiencias Provinciales -al igual que la oposición a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o la inexistencia de ésta en relación con normas nuevas- opere como presupuesto, diferenciado de la infracción, con trascendencia, eso sí, para la función uniformadora de la jurisprudencia, al contemplar el artículo 487.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que esta Sala, con alcance general, solvente la divergencia entre órganos jurisdiccionales de segunda instancia y mantenga, cambie o genere doctrina jurisprudencial, según sea el supuesto del «interés casacional» que concurra.”*

La posterior sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de octubre de 2008, si bien rechazando la posibilidad de fundar el recurso en la infracción de un convenio aprobado en una suspensión de pagos, realiza un repaso de las normas que pueden fundamentar la casación, omitiendo cualquier referencia a la jurisprudencia:

*“Aparte de ello pretende la parte que hay una infracción por inaplicación (de los apartados segundo y séptimo) del Convenio de 23 de mayo de 1994. Sin embargo, tal infracción, así planteada, no puede ser soporte de un recurso de casación porque, haciendo abstracción de la naturaleza del convenio liquidatorio que pone fin a una suspensión de pagos, que aquí resultaría estéril, **la norma que puede fundamentar el recurso (art. 477.1 [LECiv \[RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\]](#) ha de ser una infracción legal (art. 479.3 LEC), y aunque esta Sala estima que se comprenden la costumbre y los principios generales de derecho en cuanto, junto a la Ley en sentido estricto, fuentes directas del ordenamiento jurídico civil conforme al art. 1.1 del [CC \(LEG 1889, 27\)](#), de ningún modo puede servir un contrato -o, con ámbito jurídico más amplio, un convenio- para conformar el motivo -infracción-, ya que si bien el contrato, las obligaciones que nacen de él, tienen fuerza de Ley entre las partes contratantes (art. 1.091 CC), sin embargo no es una ley. La forma de hacer valer en casación la vulneración del contrato es alegando la norma correspondiente del ordenamiento***

jurídico que haya podido ser conculcada.”

Cabe presumir, por tanto, que más pronto que tarde el Tribunal Supremo acabará declarando expresamente, con carácter general, que no es admisible, en ninguna modalidad del recurso de casación, fundamentar el mismo, de manera exclusiva, en la infracción de la jurisprudencia.

Por el contrario, sí se han dictado por algunos Tribunales Superiores de Justicia, al resolver recursos de casación dentro del ámbito de su competencia, sentencias que examinan extensamente esta cuestión.

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en su sentencia de 8 de Abril de 2005, ha mantenido lo siguiente:

“La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil contempla como motivo único, para la fundamentación del recurso de casación la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477.1), esto es, la infracción de normas sustantivas o materiales con incidencia en la resolución del fondo de la controversia. En la nueva legalidad la oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o Tribunal Superior de Justicia, o la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Secciones de la Audiencia Provincial no constituyen motivos legales de casación, sino presupuestos habilitantes de la admisibilidad de este recurso por interés casacional (art. 477.3 3º y 3). Así lo ha venido declarando con reiteración esta sala en sentencias de 23 de Enero y 25 de Abril de 2005 y en sus autos de 28 de Junio de 2001 y 3 de Mayo de 2002.

*La pretendida y eventual contradicción de la sentencia de instancia con otras de la propia Audiencia Provincial fue precisamente la que determinó, junto a otra causa, la admisión del recurso que se examina. **Pero, acreditado este presupuesto legal y superado el trámite de admisión, la casación de la resolución recurrida pasa por la constatación de la infracción de alguna de las normas fundamentadas del recurso.***

La oposición de la sentencia recurrida a la doctrina sentada por otras del mismo rango o incluso a otras de casación no justificaría por sí sola la casación y anulación de la sentencia recurrida, sino solo su revisión casacional¹⁶”.

¹⁶ Afirmación que nos parece incorrecta, pues la falta de cita de la infracción legal es un defecto de preparación del recurso de casación –también en la modalidad de interés casacional– que imposibilitaría su admisión ex art. 479.4 LEC, como ya ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo. Sería, además, absurdo, admitir a trámite recursos de casación de imposible estimación.

En efecto, son ya muchas las resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Navarra que niegan de manera rotunda la posibilidad de que el recurso de casación, con independencia de la vía de acceso al mismo que se haya escogido, pueda fundamentarse, de manera autónoma, en la infracción de la jurisprudencia del Tribunal de Casación. De entre todas ellas, la más interesante es la sentencia de fecha 23 de Enero de 2003, donde el Tribunal parece hacerse eco de la distinción doctrinal anteriormente apuntada entre jurisprudencia “*interpretadora*” y “*creadora*”, admitiendo, si bien de manera más bien tímida, la posibilidad hipotética, en este último caso, de admitir como motivo de casación autónomo la infracción de la jurisprudencia. Según dicha resolución:

*“El tratamiento de la infracción de la Jurisprudencia –o de la oposición a la Jurisprudencia- como supuesto constitutivo del interés casacional habilitante del recurso y no como motivo de casación es acorde con el valor de la jurisprudencia y el necesario carácter evolutivo de su doctrina. Al sometimiento de los Tribunales a la ley de más fuentes del ordenamiento (art. 117.1 in fine de la Constitución y 1.7 del Código Civil) no es en absoluto equiparable su vinculación a la jurisprudencia que lo complementa (art. 1.6 del Código Civil). La inobservancia de aquellas normas justifica por sí misma la casación y anulación de la sentencia, mientras que el apartamiento de la jurisprudencia, si bien justifica la revisión casacional de los criterios interpretativos opuestos a su doctrina, no excluye el mantenimiento de éstos como conformes y aún más ajustados a la norma jurídica interpretada y a la cambiante realidad social que en cada momento reclama su aplicación, posibilitando así la evolución y renovación de la doctrina jurisprudencial sentada. **Si acaso, solo los supuestos de jurisprudencia integradora y no meramente interpretativa, si es que la efectiva deficiencia normativa permitiera calificarla de tal, cabría admitir un motivo autónomo fundado en su directa infracción”.***

Como vemos, si bien esta sentencia abre en el plano teórico la puerta a la posibilidad de que la jurisprudencia “*integradora*” pueda constituir un motivo autónomo del recurso de casación, lo hace en unos términos que denotan que la Sala entiende que se trata de una hipótesis muy poco probable en la *praxis judicial*.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en su sentencia de fecha 12 de Abril de 2005, también se ha pronunciado sobre esta cuestión, negando, en este caso sin matices de ningún tipo, la posibilidad de invocar de forma directa la jurisprudencia como motivo del recurso de casación. Así, la mencionada resolución afirma que “*para rechazar el motivo, llega con señalar que no se cita norma alguna que se considere infringida, pues solo se citan las que dan viabilidad procesal al motivo, pero no la*

*pertinente sustantiva aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso a que se hace referencia el art. 477.1 LEC o procesal amparado en el art. 469.1 LEC. **Debiendo ser recordado que, con la nueva LEC, no es dable invocar en casación la jurisprudencia como motivo del recurso, si no se hace referencia específica a la norma que interpreta***”.

Criterio que ratifica la posterior sentencia de ese mismo TSJ de fecha 22 de diciembre de 2005, cuando afirma que *“como consecuencia igualmente de la sentencia del Tribunal Constitucional que anuló el artículo 2.1º de la LGC 11/93, **la infracción de la doctrina jurisprudencial no puede ser motivo del recurso de casación, debiendo únicamente ampararse el recurso en infracciones normativas, sin perjuicio, claro es, de que aquélla pueda invocarse pero siempre vinculada inexcusablemente a infracción normativa.**”*

Finalmente, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en su sentencia de fecha 3 de mayo de 2004, también exige la cita de una norma infringida como sustento del motivo de casación:

“Sirva lo anterior para poner de manifiesto que motivo de casación e interés casacional son cosas distintas y que el interés casacional no es un motivo de casación, sino un presupuesto de admisibilidad del recurso predicable de la sentencia, pues es precisamente el contenido de ésta el que suscita dicho interés siempre que la misma, habiendo sido dictada en segunda instancia por la Audiencia Provincial, se encuentre en alguno de los casos señalados por el núm. 3º del art. 477.2 LECiv, en el que se determinan con criterio objetivo y de forma taxativa, cuáles son los supuestos en los que cabe considerar que el recurso presenta interés casacional debiendo, por ello, ser admitido.

*Corroborra lo anterior el art. 479 LECiv, en el que se establecen los requisitos de la preparación del recurso de casación, al señalar en su núm. 4 que: «Cuando se pretenda recurrir una sentencia al amparo de lo dispuesto en el número 3º, del apartado 2 del artículo 477, el escrito de preparación deberá expresar, además de la infracción legal que se considera cometida, las sentencias que pongan de manifiesto la doctrina jurisprudencial o jurisprudencia contradictoria en que se funde el interés casacional que se alegue», **lo que significa que para preparar adecuadamente el recurso de casación no basta con alegar el interés casacional, pues el mismo debe ser expresado «además» de la infracción legal que se considere cometida, motivo único de casación que no puede ser soslayado u omitido, pues entonces no podrán considerarse cumplidos los requisitos establecidos por el precepto en orden a la preparación del recurso, y deberá dictarse, de conformidad con lo ordenado por el art. 480.1***

LECiv, «auto rechazando el recurso», o, caso de haberse tenido por preparado, «auto declarando la inadmisión del recurso de casación y la firmeza de la resolución recurrida»...

VI.- ¿EXISTE LA JURISPRUDENCIA INTEGRADORA?

La afirmación de la existencia de esta modalidad de jurisprudencia exige la previa verificación de la posibilidad teórica de existencia de lagunas en nuestro Ordenamiento jurídico, lo que en modo alguno es pacífico en la doctrina. El mismo uso de la palabra “laguna” ha sido objeto de acertadas críticas¹⁷, dado que sería preferible utilizar otros términos como “hueco” o “vacío”¹⁸, pero lo cierto es que, desde antiguo, el término “laguna” se ha asentado en el lenguaje forense, a pesar de la paradoja hídrica que supone que surjan lagunas, precisamente, por defecto de “fuentes” del Derecho.

Nos estamos refiriendo en el presente apartado, específicamente, a las denominadas lagunas del Derecho, distintas de las lagunas de la Ley, en la medida en que éstas pueden ser suplidas acudiendo al resto de fuentes del Ordenamiento jurídico. En definición de Larenz, “una ley particular y una codificación completa sólo pueden contener lagunas siempre y en tanto se echa de menos una regla que se refiere a una cuestión que no ha sido dejada al espacio libre de Derecho”¹⁹.

El antiguo derecho romano confiaba a la autoridad de sus magistrados y jurisconsultos la misión de completar las leyes; en la Edad Media, la concepción católica había señalado al Derecho Natural como fuente inagotable del Ordenamiento jurídico. No había dificultad para uno y para otra en reconocer los fallos e imperfecciones de las leyes. La negación del Derecho Natural por diferentes escuelas jurídicas planteó, desde una nueva perspectiva, la cuestión relativa a las lagunas.

Para el positivismo jurídico, si las fuentes son insuficientes para resolver un problema jurídico, se dice que hay que completarlas “porque la universalidad del Derecho es tan esencial como su unidad, y se acude a la analogía o, más precisamente, a la analogía

¹⁷ De Castro la censuró porque da lugar a confusión en cuanto parece indicar “una falta de cantidad”, cuando el término se alude “a una inadecuación, por lo que sería más apropiado hablar de imperfección de la Ley y del Derecho y, respecto de una y de otra, de imperfección de contenido y de imperfección técnica” Derecho Civil de España, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955.

¹⁸ Tal y como se hace en el derecho anglosajón con la palabra “gap” (hueco), o “lücke” en alemán.

¹⁹ El “espacio libre del Derecho” comprende los fenómenos anímicos o internos, pensamientos, opiniones, creencias, o aquellas relaciones intersubjetivas que se estructuran según la conciencia social vigente en una época, o según la urbanidad o decoro. (Vid. Villar Palasi, “La interpretación y los apotegmas jurídicos”). Piénsese por ejemplo en actividades como fumar en ciertos recintos, que han pasado a tener tal importancia que demandan una respuesta normativa, que ante no era percibida como vacío legal.

del Derecho²⁰.” Como señala De Castro, la razón de ello se basa en el “*horror vacui*” del Derecho, que no permitía ningún espacio vacío; así, al afirmarse la naturaleza lógicamente perfecta del Derecho, con sus fuerzas siempre latentes, se llega a la conclusión de negar la existencia de lagunas y a decir que no existen tales lagunas en el Derecho, sino sólo en su conocimiento²¹.

En efecto, con la llegada del positivismo jurídico se plantea esta cuestión como una patología, porque se parte de la premisa de que el Ordenamiento jurídico positivo es pleno, siendo anómala –y ontológicamente imposible- su insuficiencia para dar una respuesta jurídica a cualquier caso que se planteara.

Para sostener esa alegación de plenitud, se aludía a la supuesta capacidad ilimitada de expansión lógica del derecho positivo, o a la existencia de una norma tácita de cierre aplicable a todos los casos no expresamente previstos.

En nuestro Derecho, la tesis de la ausencia de lagunas en el ordenamiento jurídico ha sido defendida por, entre otros, Díez Picazo y Gullón²² o Albadalejo. Para este último autor, el Ordenamiento jurídico no tiene lagunas, ya que las que existen en la Ley y en la costumbre se llenan absolutamente aplicando los principios generales; y las que aparentemente suple la jurisprudencia (al disponer una cierta solución para un caso huérfano de la misma en base a la Ley o la costumbre) no son en realidad lagunas, sino, una de dos: o suponen una aplicación de los principios generales, de los cuales la jurisprudencia se hace eco aplicándolos al caso singular, o la solución está regulada en la Ley o en la costumbre, en cuyo caso no existiría un supuesto huérfano de regulación, sino que tan solo lo estaría aparentemente. Así resultaría que esta aparente falta de regulación suplida por la jurisprudencia no es sino la fijación del verdadero sentido de dichas normas²³.

Esta posición fue atacada por la escuela de derecho libre, que admitía abiertamente la existencia de lagunas que no podían ser colmadas con puras operaciones lógicas, siendo preciso acudir, entonces, a valoraciones y apreciaciones subjetivas, con lo que se abandonaba tácitamente la pretensión de la perfección del derecho legal.

²⁰ Savigni, “*System*”, I

²¹ Jhering, “*Geist*”, I

²² “*Sistema*”, 4ª edición, página 210

²³ En sentido contrario, Damián Morena apunta que “*nos sigue resultando difícil de explicar cómo es posible que la jurisprudencia sirva para complementar el ordenamiento jurídico y al mismo tiempo se le niegue eficacia jurídica y, por consiguiente, la condición de fuente del Derecho. Quizás en la raíz del problema se halle un prejuicio histórico que probablemente tenga que ver con los recelos propios de los países del continente europeo a que los jueces puedan llegar a usurpar las funciones que correspondan al legislador.*” “*La reforma de la casación y la cuestión en torno al carácter vinculante de la jurisprudencia*”, Diario La Ley nº 6344, 21 de octubre de 2005.

Posteriormente, la escuela de la jurisprudencia de los intereses, como recuerda De Castro, adopta una posición intermedia, ya que existe para ella una laguna jurídica en los casos en que el Juez debe conceder protección jurídica, aunque no sea posible someter la situación real dentro del supuesto de hecho de una norma primaria completada y obtenida por procedimiento cognoscitivo. Según dicha escuela, para llenar estas lagunas se debe acudir al procedimiento parecido al del método dogmático, pues para sopesar los intereses en conflicto, se usa el arbitrio del “*estira y afloja*”, de la analogía y del argumento a contrario²⁴.

Siguiendo a De Castro, se ha llegado finalmente a sostener, simultáneamente, y como tesis igual y simultáneamente verdaderas, la afirmación de la existencia e inexistencia de las lagunas jurídicas: no hay lagunas porque el Derecho se completa a sí mismo, mediante la actividad del Juez; hay lagunas porque se reconocen casos en que es preciso salirse del sistema normativo propiamente dicho, abandonando los procedimientos pretendidamente lógicos, buscar fuera de él la solución.

A nuestro juicio, en el terreno de la dogmática pura tienen razón quienes afirman que, cualquiera que sea el valor que se reconozca a la jurisprudencia en el orden de la interpretación y desarrollo de ramas jurídicas, no cabe considerar a la misma como fuente del Derecho, al menos como fuente formal, sustantiva e independiente, toda vez que, como señala Castán, “*la creación o producción de nuevas reglas jurídicas no está dentro de la competencia de los Jueces y Tribunales, los cuales no pueden, constitucionalmente, desenvolverse más que dentro de la aplicación del derecho reconocido como existente por los órganos legislativos*”²⁵.

Sin embargo, en la práctica, muchas veces será difícil diferenciar los respectivos campos de la producción y de la aplicación del derecho, de la actividad jurisdiccional y de la actividad creadora. Lo anterior ha sido admitido por autores que incluso, como antes veíamos, negaban la existencia de lagunas en el Derecho, como Díez Picazo.²⁶ Puig Brutau²⁷ señala que “*es necesario pues no confundir lo que las cosas son con lo que debería ser. Cuando en este libro se afirma que los Jueces crean Derecho a pesar*

²⁴ Se diferencia esta escuela del método dogmático en que no se admite el postulado de la perfección del derecho positivo y en que, como en el caso de la escuela de derecho libre, se reconoce la existencia de casos en que es preciso recurrir el libre arbitrio del Juez.

²⁵ “*Derecho civil español, común y foral*”. Madrid, 1978, Ed. Reus, s.a.

²⁶ “*Es evidente que la decisión judicial carece de los caracteres de adaptación y generalidad en grado mínimo, es decir, sobre un caso, y por ello no afectante a quien no son parte en el procedimiento judicial. Si a esto se le quiere llamar norma individual, no hay inconveniente, Pero hay que precisar de inmediato que se trata de una norma especial, sin los requisitos de las generales.*”.

²⁷ “*La Jurisprudencia como fuente del derecho. Interpretación creadora y árbitro judicial*”. Ed. Bosch, Barcelona 1951

de que el legislador tiene dispuesto que no lo hagan, no expresamos la creencia de que ellos sea conveniente, sino que llamamos la atención acerca del hecho de que tal cosa ocurre casi siempre, en gran medida, por encima de todas las preferencias. Es decir, afirmamos una realidad que se impone con una rotundidad digna de una ley de la naturaleza y con la que es preciso contar para encauzarla.”

A nuestro juicio, y coincidiendo con la opinión de este último autor, la jurisprudencia indudablemente no crea, ni puede crear, normas generales, pero sí “Derecho”, debiendo recordarse que el art. 1.7 del Código Civil obliga al Juez a juzgar siempre y en todo caso, por lo que, de alguna manera, se está obligando al órgano judicial a resolver el problema jurídico aunque no exista ninguna norma aplicable en todo el Ordenamiento jurídico²⁸, si bien, como señala Lacruz, ello suele disimularse frecuentemente tras la apariencia de interpretación de la Ley o la aplicación de los principios generales del Derecho. Claramente se deducía de la expresión literal del antiguo art. 1692.4 LEC que se refería la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia. Si ésta formara parte del ordenamiento jurídico, la expresión legal hubiera sido tautológica.

A mi modo de ver, la práctica forense desmiente los postulados del positivismo jurídico y pone en evidencia la efectiva existencia de lagunas del Derecho.

No se puede compartir la postura de quienes afirman que siempre habrá algún precepto o principio general que guarde una relación más o menos estrecha con la doctrina jurisprudencial de que se trate, y que pudiera permitir la articulación del recurso de casación a su amparo. Según este criterio, la LEC 1/2000 únicamente exigiría ahora al recurrente un mayor esfuerzo intelectual a la hora de identificar el precepto o principio general de derecho infringido por la sentencia de instancia, pues siempre existiría alguna norma, en sentido amplio (es decir, la Ley, los principios generales del derecho y la costumbre), que hubiera sido infringida por el Juzgador de Instancia.

Este impecable razonamiento teórico choca, me temo, con la realidad. Hay una serie de supuestos en los que, con rigor, no puede hablarse de la existencia de la infracción legal paralela a la de la doctrina jurisprudencial, sin que esa construcción sea notoriamente artificiosa.

Analizaremos, a continuación, algunos ejemplos concretos:

- i) En primer lugar, hasta la entrada en vigor de la Ley Concursal no existía, en nuestro derecho privado, ninguna norma que definiera o regulara específicamente las *deudas de la masa* de la quiebra (o deudas “*postconcursoales*”), así como los

²⁸ Obligación cuyo incumplimiento, de acuerdo con el art. 448 del Código Penal es incluso delictiva: “El Juez o Magistrado que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años.”

requisitos necesarios para que un crédito tuviera ese carácter. Tuvo que ser la jurisprudencia (vid. Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de diciembre de 1962) la que delimitara su concepto y enumerara los elementos que debían concurrir para que un crédito pudiera ser calificado como *postconcurzal* (ser posteriores a la iniciación del proceso concursal, haber sido contraídos por la representación de la persona que se encuentra sometida al proceso concursal o por las personas que deben completar su capacidad, y tener su causa en la necesidad de que el procedimiento concursal pueda desarrollarse).

¿En qué norma o principio general de derecho podría fundamentarse ahora un recurso de casación contra una sentencia de instancia que calificara equivocadamente un crédito concursal en un procedimiento de quiebra?

ii) Otro ejemplo ilustrativo puede ser la jurisprudencia del Tribunal Supremo (vid. sentencias de fecha 13 de febrero de 2007 y 30 de junio de 2005) sobre las *cartas de patrocinio*, y la distinción que realiza el Alto Tribunal entre las denominadas “*cartas fuertes*” y “*cartas débiles*” –con efectos muy diferentes-, a tenor de la concurrencia o no de una serie de requisitos; requisitos que no aparecen recogidos, ni en los artículos del Código Civil que regulan la fianza, ni en ninguna norma otra de nuestro Ordenamiento. Tampoco puede alegarse que dicha doctrina recoja una costumbre mercantil, pues de la lectura de las anteriores sentencias se infiere que la existencia de esa supuesta costumbre no fue objeto de alegación, ni de prueba (art. 281.2 LEC) en el proceso. Y como señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la existencia de la costumbre debe ser alegada y probada por la parte litigante interesada en su aplicación (STS de 16-11-94 o 4-10-1982).

El Tribunal Supremo desgrana, en esas dos sentencias, cinco presupuestos que para el Alto Tribunal tienen que concurrir en todo caso para entender que nos encontramos ante una “*carta fuerte*”; requisitos que no son extraídos de norma alguna en sentido estricto, ni de la costumbre, ni de principios generales de derecho. Más bien parece que se trata de una serie de reglas lógicas construidas por el Tribunal para deslindar los dos tipos de “*cartas*”, pero – y esto es lo relevante- que se configuran por la Sala Primera como un cuerpo doctrinal (y no como una decisión aislada), susceptible de ser aplicado ante casos análogos (como así ocurre). Nuevamente nos preguntamos cómo podrían fundamentarse un recurso de casación contra una sentencia de instancia que, por ejemplo, no aplicara los cinco requisitos expresamente mencionados por el Tribunal Supremo en las dos sentencias antes citadas. La cita de preceptos del Código Civil sobre el

contrato de fianza o sobre la interpretación de los contratos no parece satisfactoria, por artificiosa.

iii) Finalmente, y sin ánimo exhaustivo, también puede citarse la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que explicita los elementos necesarios para distinguir la figura del *lease-back* o arrendamiento financiero de retorno sobre bienes inmuebles, del negocio jurídico del préstamo disimulado en virtud de una *fiducia cum creditore*. La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 2 de febrero de 2006 afirma que “*para reconocer la autonomía de esta figura contractual se exige que cumpla determinados requisitos que deben ser aquilatados (...) a falta de un regulación sustantiva que permita introducir elementos imperativos específicos en la determinación del contenido de esta figura contractual y dotarla de un contenido típico.....*”, tomando en consideración el Tribunal Supremo, incluso, la jurisprudencia de la Corte de Casación italiana sobre esta cuestión. A continuación el Tribunal Supremo enumera nueve “*elementos*” que le sirven para fijar su doctrina.

Tampoco puede invocarse aquí, en puridad, la existencia de una costumbre mercantil en que se ampare el Tribunal Supremo para fijar las reglas de diferenciación de las figuras antedichas, ya que dicha costumbre, de existir, no fue probada alegada, ni probada, en la instancia. El propio Tribunal admite que se ve en la necesidad de “*aquilar*” esos requisitos para poder resolver la cuestión litigiosa, acudiendo incluso a la jurisprudencia italiana. Criterios que no se ponen ya en relación a los casos concretos analizados, sino que se objetivan mediante la abstracción, hasta constituir una doctrina compuesta por una serie de axiomas.

Se trata de una serie de reglas jurídicas en muchos casos derivados de la lógica o del sentido común, sin que, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de septiembre de 1997, las mismas sean siempre expresión de principios generales de derecho; sostener que siempre existirá un principio que cubra cualquier laguna legal del Ordenamiento es en la práctica, como hemos visto, ilusorio, pues en casos excepcionales, como los antes analizados, el Tribunal Supremo ha creado doctrina jurisprudencial en base a razonamientos que se hallan extramuros de las fuentes del Derecho. Y más en una norma, como la Ley de Enjuiciamiento Civil, promulgada con vocación de permanecer en vigor muchos años.

En todo estos casos, o bien se permite por el Tribunal Supremo una aplicación extremadamente forzada de preceptos legales y/o principios generales del derecho –lo que supondría llevar los mismos a un nivel tal de abstracción que se desnaturalizaría su esencia- para fundar el recurso, o no será posible recurrir en casación por no haber

respetado los tribunales de instancia esa reglas jurídicas previamente fijadas por el Tribunal Supremo con vocación de permanencia.

VII.- RAZONES PARA ENTENDER QUE LA JURISPRUDENCIA HA DEJADO DE CONSTITUIR UN MOTIVO AUTÓNOMO DEL RECURSO DE CASACIÓN

7.1.- Es evidente que la dicción literal del precepto, en el sentido de exigir que la motivación del recurso se fundamente en una infracción legal, debe prevalecer con arreglo al artículo 3.1 del Código Civil.

A la vista de la terminología utilizada, tanto por el artículo 477.1 LEC, como por el artículo 479. 3 LEC, parece que la decisión del legislador de excluir la jurisprudencia como motivo autónomo de la casación, rompiendo así con la tradición procesal española, es incuestionable.

Muerza Esparza justifica la omisión de la doctrina jurisprudencial en el artículo 477.1 LEC en las críticas que algunos autores habían formulado contra la redacción del artículo 1692 LEC 1881, en el sentido que podía darse a entender que la misma no tenía que ver con el ordenamiento jurídico. Sin embargo, en ningún momento durante la tramitación parlamentaria de la Ley de Enjuiciamiento Civil se hizo alusión a esa posible justificación. De haber sido esa la intención del legislador se habría corregido la fórmula empleada en la LEC 1881, pero no suprimido la mención a la doctrina jurisprudencial.

Nada autoriza, tampoco, a compartir la opinión de Garberí Llobregat, en el sentido de que se trata de una omisión involuntaria del legislador.

Más bien al contrario, el apartamiento por parte del legislador de la fórmula tradicionalmente empleada, tanto en la Jurisdicción Civil, como en el resto de los órdenes, tiene que ser forzosamente deliberado. Y si se ha suprimido conscientemente esa mención a la jurisprudencia como sustento autónomo del recurso de casación, no puede seguirse actuando como si nada hubiera pasado.

De ello se dieron cuenta los magistrados del Tribunal Constitucional D. Pablo Cachón Villar y D^a María Emilia Bahamonde Casas –no así el resto de miembros del Tribunal- al formular su voto particular discrepante en relación a la STC nº 47/2004, que declaró inconstitucionales varios artículos de la Ley de Galicia 11/1993, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de derecho civil especial, al concluir los magistrados discrepantes que la regulación de los motivos de casación contemplada en la citada norma autonómica, y el motivo único de la LEC 1/2000, no eran homogéneos, precisamente, porque la norma estatal impide alegar la jurisprudencia como motivo autónomo del recurso, mientras que sí era posible en base al artículo 2º de la antedicha Ley autonómica.

Dado que la tramitación parlamentaria de la norma tampoco arroja luz sobre las verdaderas intenciones del legislador al excluir la doctrina jurisprudencial como motivo autónomo del recurso ²⁹, habremos de concluir, tras la lectura de la exposición de motivos de la LEC 1/2000, que se ha optado por potenciar la finalidad “*nomofiláctica*” de la casación, es decir, de defensa de la Ley, por lo que para que haya lugar a la misma será precisa una vulneración de una norma de derecho privado, no siendo suficiente con que no se respete la doctrina jurisprudencial sobre una materia concreta. En definitiva, y enlazando así con los orígenes históricos del recurso de casación, se busca ahora por encima de todo defender “*la pureza de la norma*”- en palabras del Auto del Tribunal Supremo de fecha 11 de octubre de 2005-, otorgándola, en cuanto fuente del Derecho y vinculante para los tribunales inferiores, una protección superior a la concedida a la jurisprudencia ³⁰.

De todo ello se infiere que la jurisprudencia ha perdido importancia en el nuevo diseño del recurso, a pesar de que algunos autores, al no distinguir, en la modalidad del recurso por *interés casacional*, entre los *presupuestos de admisibilidad* y el *motivo del recurso*, hayan afirmado, en una lectura apresurada, exactamente lo contrario. ³¹

Por lo que se podrá estar o no de acuerdo con esa supresión –sobre eso volveré más adelante-, pero en tanto en cuanto no se modifique, en su caso, la LEC 1/2000, debe aplicarse en los términos aprobados por el Poder Legislativo.

Por tanto, la ampliación no ya extensiva, sino analógica, del motivo único del recurso que se apunta por alguno de los autores antes mencionados, o incluso por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de fecha 23 de enero de 2003 antes transcrita parcialmente, para cobijar en su seno la infracción de la denominada jurisprudencia “*integradora*”, no es admisible, como parece deducirse de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de octubre de 2008 antes mencionada.

7.2.- Recordemos además que el artículo 477.1 LEC se refiere expresamente a las “*normas*” aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, y en esa expresión

²⁹ Ni en el texto del Anteproyecto, ni en el del Proyecto de Ley, aparece la infracción de la jurisprudencia como motivo del recurso. Tan solo en el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto se menciona, de pasada, que la infracción de la doctrina jurisprudencial debería seguir permitiendo fundamentar la casación.

³⁰ Como indica la propia Exposición de Motivos de la LEC 1/2000, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no vincula a los órganos judiciales inferiores, únicamente sometidos al imperio de la Ley, sin perjuicio de la indudable autoridad científica que ostenta. Sin embargo, en el proyecto de modificación de la LOPJ actualmente en tramitación se prevé otorgar a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo fuerza vinculante, tal y como ya ocurre en la actualidad con la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 LOPJ).

³¹ Por ejemplo, Buendía Cánovas. “*Los fines de la casación civil*”, Repertorio de jurisprudencia nº 37/2000. Editorial Aranzadi, s.a. 2000.

tiene muy difícil encaje la doctrina jurisprudencial. La propia Sala Primera del Tribunal Supremo, en su sentencia de 3 de Enero de 1990, ha precisado que la jurisprudencia no consiste, ni en una “*disposición*”, ni en una “*norma*”, sino más bien en unos “*criterios de aplicabilidad*” consustanciales con el ejercicio de la función y la independencia propias de los Tribunales³². En cualquier caso, y sin entrar en la discusión sobre el carácter o no de fuente del derecho de la Jurisprudencia, que excede los límites del presente estudio, no puede con seriedad mantenerse que la jurisprudencia suponga la elaboración de una “*norma*” en sentido propio. Es más, en el propio artículo 1692.4º LEC 1881, en la redacción dada por la Ley de 6 de agosto de 1984, distinguía entre las “*normas del ordenamiento jurídico*” y la “*jurisprudencia*”, en prueba –por si hubiera alguna duda– de que para el legislador no eran, ni son, conceptos homogéneos.

Acotando más nítidamente el ámbito de extensión del motivo del recurso de casación, el artículo 479.3 LEC dispone que en el escrito de preparación deberá indicarse la “*infracción legal*” que se considere cometida. Esta expresión descarta, nuevamente, que la doctrina jurisprudencial pueda tener cabida como motivo autónomo del recurso. Por su parte, el apartado 4º de dicho precepto, relativo a la preparación del recurso de casación por *interés casacional*, dispone que en el escrito se deberán expresar, “*además de la infracción legal que se considere cometida*”, las sentencias que pongan de manifiesto la doctrina jurisprudencial o jurisprudencia contradictoria en que se funde el *interés casacional* que se alegue.

Queda claro, pues, que se trata de requisitos acumulativos, y no alternativos³³.

No obstante, y dado que el artículo 477. 1 LEC se refiere a “*normas*”, será invocable cualquier norma jurídica (incluidas las normas consuetudinarias y los principios generales del derecho) y no sólo la Ley en sentido estricto³⁴ (esto es, norma jurídica escrita y pública, emanada del Poder Legislativo), siendo de aplicación el criterio sentado al respecto por el Tribunal Supremo al aplicar la Ley Enjuiciamiento Civil de 1881, que sido recientemente refrendado por la STS de fecha 30 de octubre de 2008.

³² En una línea ligeramente divergente con lo afirmado por esta sentencia, otras resoluciones del Tribunal Supremo atribuyen a la jurisprudencia, si bien no al carácter de norma, sí una supuesta “*trascendencia normativa*” que, a decir del Tribunal, se manifestaría en su función complementaria del ordenamiento jurídico. Son expresión de esta línea las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 10 de Noviembre de 1981 y 15 de Febrero de 1982.

³³ De hecho, en la Exposición de Motivos de la LEC 1/2000 se dice que “*de ahí que el interés casacional, es decir, el interés trascendente a las partes procesales que puede presentar la resolución de un recurso de casación, se objective en esta Ley, no sólo mediante un parámetro de cuantía elevada, sino con la exigencia de que los asuntos sustanciados en razón de la materia aparezcan resueltos con infracción de la ley sustantiva, desde luego, pero, además, contra doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (o en su caso de los Tribunales Superiores de Justicia)...*”

³⁴ Existe una cierta imprecisión terminológica en la LEC, pues el art. 479.2 habla de “*infracción legal*”, es decir, de infracción de una ley, lo que interpretado en sentido estricto dejaría fuera del recurso de casación al resto de fuentes del Derecho.

7.3.- De ello se deduce que, con la actual redacción de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la jurisprudencia “*integradora*” no puede invocarse de manera exclusiva como motivo del recurso. Se exige imperativamente la mención expresa de una norma que no puede ser suplida por la exclusiva cita de doctrina jurisprudencial.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia “*interpretativa*”, tampoco puede constituir la infracción de ésta un motivo autónomo del recurso, pero ello tiene una importancia relativa si tenemos en cuenta que sí puede invocarse junto al precepto del que emana, pues obvio es que la infracción de dicho precepto por parte de la sentencia que se recurre, no es sino la infracción que de la interpretación de dicho precepto haya realizado la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En esta modalidad de la jurisprudencia, la interpretación que de la norma hace el Tribunal Supremo se “*adhiera*” a la misma, de manera que la infracción del precepto supone siempre la vulneración simultánea de la doctrina jurisprudencial que lo interpreta.

De lo anterior se desprende, *a sensu contrario*, que en aquellos casos en que estemos hablando de la jurisprudencia dictada para suplir lagunas del ordenamiento jurídico, esto es, de la jurisprudencia “*integradora*”, su invocación como motivo autónomo de casación no será posible.

7.4.- En lo que se refiere a la viabilidad de la exclusiva invocación de los principios generales de derecho como norma infringida, es necesario partir del hecho de que el propio Tribunal Supremo haya venido declarado reiteradamente que su alegación en sede casacional exige la cita de los preceptos legales o de la doctrina jurisprudencial que los recogen.

Con el actual diseño del recurso de casación, entendemos que serán invocables tanto los principios generales de derecho positivizados, como los únicamente recogidos por la jurisprudencia (como por ejemplo, la importante cláusula “*rebus sic stantibus*”) que en este caso sí podrán fundamentar de manera autónoma el mismo. Y ello porque se estará cumpliendo con el requisito exigido por el artículo 477.1 LEC, al ser el principio general infringido una “*norma*” (artículo 1º del Código Civil). Así lo ha afirmado recientemente el Tribunal Supremo en la sentencia de 30 de octubre de 2008.

Sin embargo, reiteramos que ello no puede servir para burlar la exclusión que formula la LEC 1\2000 de la jurisprudencia como motivo autónomo de la casación, ya que, como antes hemos visto, no se puede sostener que toda doctrina jurisprudencial expresa siempre un principio general de derecho.

Como señaló el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 29 de septiembre de 1997, “*un aforismo jurídico no constituye fuente del derecho, ni el invocado en particular puede entenderse comprendido entre los principios generales del derecho (art.1.4. CC)*,”

puesto que si bien tales principios a veces se formulan como aforismos jurídicos o reglas jurídicas, unos y otras, en la mayoría de los casos, no son la expresión de principios generales del derecho entendidos como los principios básicos del derecho legislado o consuetudinario o de la ciencia jurídica”

VIII. LAS INDESEADAS CONSECUENCIAS DE LA ACTUACIÓN CONFIGURACIÓN DEL RECURSO

Una vez analizado el alcance que la invocación de la doctrina jurisprudencial infringida tiene en el régimen instaurado por la LEC 1/2000, y la ruptura que supone en relación con nuestra tradición procesal, pasaremos a identificar algunas incidencias negativas que se derivan del nuevo sistema creado:

i) La primera consecuencia negativa es que quedan al margen de la casación las cuestiones jurídicas a las que se refiere la denominada jurisprudencia “*integradora*”, que son precisamente las que más necesitadas están de una doctrina uniformadora por parte del Tribunal Supremo, en la medida en que carecen de una regulación normativa explícita que las discipline.

Y este nuevo diseño del recurso provocará también otra consecuencia negativa, como es la petrificación de la jurisprudencia “*integradora*”, que difícilmente podrá evolucionar si no puede ser sometida a la revisión casacional constante del Tribunal Supremo. Ello provoca que la función complementadora del Ordenamiento jurídico que atribuye el Código Civil a la jurisprudencia se resienta sustancialmente.

ii) En segundo lugar, para aquellos que entienden que la jurisprudencia siempre cumple una función interpretativa de las fuentes del Derecho, y nunca es creadora de Derecho, se dificulta notablemente la formulación del recurso de casación en algunos supuestos, pues se exige en todo caso la cita de una norma como formalmente infringida, cuando con anterioridad a la LEC era posible fundamentar el recurso, exclusivamente, en la infracción de la jurisprudencia, con cita de dos sentencias contestes del Tribunal Supremo.

iii) En tercer lugar, lo anterior supone debilitar el peso y la importancia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando precisamente, desde el propio Tribunal se aboga, incluso, por otorgar a la misma un carácter vinculante³⁵. Las

³⁵ El Acuerdo adoptado por unanimidad de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo en su sesión de 23 de mayo de 2000 abogaba por proclamar normativamente “*el valor vinculante de la jurisprudencia, con una fórmula similar a la contenida en la propia Ley Orgánica del Poder Judicial*”

funciones uniformadora y nomofiláctica que hasta ahora cumplía se verán drásticamente limitadas, lo que repercutirá negativamente en el principio de seguridad jurídica.

Obvio es que para establecer la infracción de la jurisprudencia como motivo del recurso de casación no es preciso que esa doctrina sean legalmente vinculante para los tribunales inferiores; ahora bien, si de lo que se trata es de instaurar en nuestro Ordenamiento el carácter vinculante de la jurisprudencia sí será imprescindible volver a introducir la conculcación de la misma como motivo autónomo del recurso de casación, so pena de dejar al margen algunas cuestiones litigiosas que no pueden resolverse con base en normas.

iv) Se sitúa a la jurisprudencia de la Sala Primera en una situación de inferioridad con respecto a la de las otras Salas del Tribunal Supremo, al admitirse la infracción de la Jurisprudencia como motivo autónomo del recurso de casación en otras jurisdicciones. Así, el artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, incluye como motivo de casación “*la infracción de las normas jurídicas o de la jurisprudencia*”, y otro tanto ocurre con el recurso de casación en el proceso laboral, entre cuyos motivos, el artículo 205 e) del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral contempla “*la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia*.”³⁶ Trato discriminatorio difícilmente justificable en el plano teórico, y menos aún si tenemos en cuenta la importancia doctrinal que ha adquirido progresivamente la Jurisprudencia de la Sala Primera.

En definitiva, de todo lo expuesto se deduce que la configuración del recurso de casación que hace la LEC 1/2000 conduce a resultados poco satisfactorios, por lo que urge una reforma que incorpore expresamente de nuevo, como motivo de casación, la infracción de la jurisprudencia. El Tribunal Supremo, salvo que realice una interpretación no ya forzada, sino *contra legem* de los artículos 477.1 y 479. 3 y 4 LEC, no puede asimilar a efectos casacionales la vulneración de una norma y la infracción de su propia doctrina jurisprudencial.

respecto de la doctrina del Tribunal Constitucional.” Vid, sobre esta cuestión, Muñoz Aranguren, “Comentario sobre las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2006 y 26 de noviembre de 2007. A vueltas con el valor vinculante de la jurisprudencia”. (RI §407452), Revista General de Derecho Procesal nº 17, marzo 2009.

³⁶ Sin embargo, como señala Peces Morate, en el proceso penal, sin duda por la fuerza con que el principio de legalidad opera en este ordenamiento, se ha mantenido, a pesar de las sucesivas reformas, la expresión “*infracción de ley*” como motivo casacional.