

## LA NUEVA CASACIÓN CIVIL DE GALICIA

**Juan Cámara Ruiz**

*Prof. Titular de Derecho Procesal de la Universidade da Coruña*

### RESUMEN:

El marco jurídico en que se desarrolló la elaboración y aprobación por el Parlamento de Galicia de la Ley 5/2005, de 25 de abril, reguladora del Recurso de Casación en materia de Derecho Civil de Galicia se estructura a partir de dos piezas clave, por una parte, la competencia del Parlamento para regular el recurso de casación en materia de Derecho Civil de Galicia. Por otra, la sentencia de 25 de marzo de 2004 del Tribunal Constitucional, en la que éste delimitó el ámbito constitucionalmente correcto de actuación del Legislativo autonómico en esta materia al pronunciarse sobre el contenido de la hoy derogada Ley 11/1993, de 15 de julio, reguladora del Recurso de Casación en materia de Derecho Civil Especial de Galicia.

En este trabajo, el estudio de la nueva casación civil de Galicia se realiza, principalmente, a partir de las cuestiones que suscitan tres grandes temas: Competencia funcional; resoluciones recurribles y motivos de casación.

En cuanto a la competencia funcional, el órgano jurisdiccional competente para conocer del Recurso de casación civil de Galicia es la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. No obstante, la aplicación de esta regla está supeditada a la concurrencia de tres presupuestos que determinan si finalmente el conocimiento de la casación autonómica corresponde al Tribunal Superior de Justicia de Galicia: a) Resolución de órgano jurisdiccional con sede en la Comunidad Autónoma; b) Competencia prevista en el Estatuto de Autonomía y c) Recurso fundado en infracción de Derecho Civil de Galicia.

Con relación a las resoluciones recurribles, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia será competente para conocer de las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales de Galicia. Cabe señalar, además, que la Ley reguladora del recurso de casación en materia de Derecho Civil de Galicia establece que “las sentencias objeto de casación no estarán sometidas a limitación alguna por causa de su cuantía litigiosa” (art. 2.2).

Respecto de los motivos de casación, debe resaltarse que en la casación autonómica de Galicia además del motivo único (infracción de ley) puede invocarse un segundo motivo: “El error en la apreciación de la prueba que demuestre desconocimiento por parte del juzgador de hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre”.

**Palabras clave:** Recursos; Casación civil; Casación civil foral; Casación civil de Galicia.

**ABSTRACT:**

The Act 5/2005, April 25th, regulates the exhaustion of right of recourse (*recurso de casación*) based on the breach of the Civil Law of Galicia. The enactment of this Act has been influenced, on the one hand, by the recognition of the competence of the Parliament of Galicia to rule on this matter and, on the other, by the Constitutional Court decision of March 25th, 2004 which ruled on the competences of the States' parliaments (*parlamentos autonómicos*) in this subject.

In this article we analyse the new *recurso de casación* in Galicia with special consideration to the court competent to review the recourse, the kind of decisions affected and the reasons available to base the recourse.

As to the court competent to review the *recurso de casación* in Galicia, it is the supreme civil court in the region (*Tribunal Superior de Justicia de Galicia*) the body competent to review the decisions enacted in second instance by the *Audiencias Provinciales*. In order to attribute the competence to the *Tribunal Superior de Justicia de Galicia*, three requirements have to be fulfilled: a) Resolution of a court located in Galicia; b) Competence included in the State Supreme Act (*Estatuto de Autonomía*); and c) Recourse based on the Civil Law of Galicia.

Secondly, regarding the kind of decisions affected by the *recurso de casación*, the *Tribunal Superior de Justicia de Galicia* will review the decisions issued by the *Audiencias Provinciales* in Galicia. It should be noted that the decisions subject to review cannot be limited for the reason of the amount being litigated (art. 2.2).

Finally, as to the reasons available to base the *recurso de casación*, we should mention that there is not only the breach of the law, but also "a mistaken valuation of the proof which shows that the judge unknown some facts which infringed the uses and customs".

**Key words:** Recourses; Exhaustion of recourses; Civil Law of Galicia.

## *La nueva casación civil de Galicia*

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- MARCO JURÍDICO.- III.- COMPETENCIA FUNCIONAL.- A) Resolución de órgano jurisdiccional con sede en la Comunidad Autónoma.- B) Competencia prevista en el respectivo Estatuto de Autonomía.- C) Recurso fundado en infracción de Derecho Civil propio de la Comunidad Autónoma.- D) Control de oficio de su propia competencia.- E) Simultaneidad de recursos.- IV.- RESOLUCIONES RECURRIBLES. V.- MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN.- A) Infracción de las normas aplicables.- B) Error en la apreciación de la prueba.- VI.- LOS USOS Y COSTUMBRES NOTORIOS NO REQUERIRÁN PRUEBA.- VII.- APLICACIÓN DIRECTA DE LA LECIV.

### I.- INTRODUCCIÓN

Mucho se ha escrito sobre el recurso de casación civil de Galicia. En unas ocasiones para defender su existencia y utilidad<sup>1</sup>, en otras, contrariamente, para criticar tanto su permanencia como su necesidad<sup>2</sup> o bien para denunciar su inconstitucionalidad. Considero que en el momento actual no supondría ninguna aportación doctrinal volver a argumentar sobre estos aspectos que tantos esfuerzos y discusiones han propiciado. En mi opinión, y sobre todo a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional 47/2004, de 25 de marzo y la Ley reguladora de la Casación civil de Galicia 5/2005, de 25 de abril, la situación ha cambiado radicalmente. Dicho de otro modo, tanto la precitada sentencia como la ley apuntada han supuesto un punto y aparte en la evolución de dicha institución que, como hemos anunciado, tantas páginas y discusiones ha provocado.

Con estos dos referentes la casación civil Galicia inició una nueva andadura. En este sentido, y de una parte, queda descartada cualquier sospecha de inconstitucionalidad relativa a la regulación autonómica de la casación; de otra, y en sentido positivo, podrá desarrollarse, sin cortapisas ni complejos, como así lo ha venido realizando el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, todo el potencial que encierra dicha institución como instrumento de unificación y desarrollo del Derecho Civil de Galicia.

Nuestro trabajo va dirigido, principalmente, a la interpretación y valoración de las normas que regulan y afectan al recurso de casación civil de Galicia. Dichas normas han suscitado toda una serie de cuestiones que, en parte, han sido resueltas, quedando otras pendientes de resolución. Abordamos el estudio de las mismas a partir de dos gru-

---

1 *Vide*, entre otros autores, SARMIENTO MENDEZ, J. A., “La casación civil autonómica. Nuevos criterios para su pleno desarrollo” en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*. Pamplona, 2004, núm. 8, págs. 15-26. BELLO JANEIRO, D., *El desarrollo del Derecho Civil gallego en el marco constitucional*. A Coruña, 2006, págs. 96-105 y 136-138. GARCIA CARIDAD, J. A., “Encontros sobor da casación no Tribunal Superior de Xustiza de Galicia” en *Publicacións do Seminario de Estudos Galegos*. A Coruña, 1990, págs. 9 y 23. BUSTO LAGO, J. M., “Ámbito de la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de Derecho Civil: Especialidades en la regulación autonómica del recurso de casación en materia de Derecho Civil propio de Galicia (A propósito de la STC 47/2004, de 25 de marzo) en *Derecho Privado y Constitución*. 2004, núm. 18, págs. 89-142. NOGUEIRA ROMERO, S., “Todavía sobre la casación foral gallega” en *Foro Galego*. A Coruña, 2005, núm. 194, págs. 97-121.

2 PEREZ-CRUZ MARTIN, A. J., “La competencia estatal en materia de legislación procesal a la luz de la doctrina acogida en la S. TC (Pleno) 47/2004, de 29 de marzo de 2004” en *Foro Galego*. A Coruña, 2005, núm. 194, págs. 73-95.

pos de normas. Por un lado, las derivadas de la regulación prevista con carácter general de la casación foral o autonómica, así como de otras normas que le afectan; éstas aparecen recogidas principalmente en LECiv y en los arts. 73.1.a) y 5.4 LOPJ. Por otro, aquéllas que se derivan de la Ley reguladora de la Casación civil de Galicia elaborada y promulgada a partir de la previsión contenida en el art. 149.1.6ª CE y de la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 47/ 2004, de 25 de marzo.

Realizamos el análisis de dichas cuestiones agrupándolas, principalmente, en tres grandes temas: Competencia funcional; resoluciones recurribles y motivos de casación.

## II.- MARCO JURÍDICO

El marco jurídico en que se desarrolló la elaboración y aprobación por el Parlamento de Galicia de la Ley 5/2005, de 25 de abril, reguladora del Recurso de Casación en materia de Derecho Civil de Galicia<sup>3</sup> se estructura a partir de dos piezas clave, por una parte, la competencia del Parlamento para regular el recurso de casación en materia de Derecho Civil de Galicia que le viene atribuida en los artículos 22 y 27.5 del Estatuto de Autonomía de Galicia que, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 149.1.6º de la Constitución, determinan las atribuciones de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de normas procesales que se deriven del Derecho gallego. Por otra, la sentencia de 25 de marzo de 2004<sup>4</sup> del Tribunal Constitucional, en la que éste delimitó el ámbito constitucionalmente correcto de actuación del Legislativo autonómico en esta materia<sup>5</sup> al pronunciarse sobre el contenido de la hoy derogada Ley 11/1993, de 15 de julio, reguladora del Recurso de Casación en materia de Derecho Civil Especial de Galicia<sup>6</sup>.

## III.- COMPETENCIA FUNCIONAL

El órgano jurisdiccional competente para conocer del Recurso de casación civil de Galicia es la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Competencia que le viene atribuida a partir de la regla general de que el órgano jurisdiccional competente para conocer del recurso de casación fundado en infracción del

---

3 Diario Oficial de Galicia de 18 de mayo de 2005, núm. 94, pág. 8323.

4 STC 47/2004 (Pleno), de 25 marzo (BOE 18 de mayo de 2004, núm. 120, Suplemento, págs. 175-192).

5 PULIDO QUECEDO valora esta sentencia señalando que, “con mucho retraso sobre un entendimiento razonable del plazo para resolver un recurso de inconstitucionalidad (más de diez años), el TC ha sentenciado sobre la Ley 11/2003, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de Derecho Civil especial. Y lo ha hecho de manera prudente y sensata, huyendo de interpretaciones maximalistas” (“A vueltas con las funciones casacionales de los Tribunales Superiores de Justicia” en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*. Pamplona, 2004, núm. 5).

6 La Ley 11/1993, de 15 de julio, reguladora del Recurso de Casación en materia de Derecho Civil Especial de Galicia fue objeto de recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno en 1993, mediante escrito presentado por el Abogado del Estado de fecha 25 de octubre.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, por providencia de 16 de noviembre de 1993, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad, que, a tenor del art. 30 LOTC, acarrea la suspensión de la vigencia y aplicación de la Ley impugnada, desde la fecha de interposición del recurso para las partes legitimadas, y desde la publicación de dicha suspensión en el Boletín Oficial del Estado para los terceros.

Asimismo, el Pleno del Tribunal, por Auto 103/1994, de 22 de marzo, acordó levantar la suspensión de la vigencia de los preceptos de la Ley de Galicia 11/1993, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial.

Derecho Civil, Foral o Especial propio de una Comunidad Autónoma es la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia [arts. 73.1.a) LOPJ y 478.1.II LECiv].

No obstante, la aplicación de esta regla está supeditada a la concurrencia de tres presupuestos que determinan si finalmente el conocimiento de la casación autonómica corresponde a un determinado Tribunal Superior de Justicia, en nuestro caso al Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

### A) Resolución de órgano jurisdiccional con sede en la Comunidad Autónoma

Un primer presupuesto consiste en que las resoluciones recurridas en casación deben provenir de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma [arts. 73.1.a) LOPJ y 478.1.II LECiv], esto es, se supedita la competencia de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer del recurso de casación fundado en infracción de normas de Derecho Civil Foral o Especial al requisito de que la resolución recurrida haya sido dictada por órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma cuyo Derecho Civil Foral o Especial se considere infringido.

En el recurso de casación civil de Galicia el presupuesto se cumpliría cuando la resolución recurrida proviniera de cualquiera de las cuatro Audiencias Provinciales de Galicia. La ausencia de este requisito impediría que el Tribunal Superior de Justicia de Galicia conociera, por ejemplo, del recurso de casación fundado en infracción del Derecho Civil de Galicia pero respecto de una resolución dictada por una Audiencia Provincial no radicada en Galicia. Esta situación, que no es improbable que se produzca, en la medida que la sujeción al Derecho Civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil (art. 14.1 CC) y no con arreglo a criterios territoriales<sup>7</sup>, plantearía la cuestión de determinar qué órgano jurisdiccional es el competente y, al mismo tiempo, evidenciaría la frustración de la finalidad unificadora que se persigue con el recurso de casación al ser competentes para la casación dos tribunales.

En los casos que se plantee esa cuestión de competencia, se resuelve atribuyéndola al Tribunal Supremo en lugar del Tribunal Superior de Justicia. La razón es clara, la resolución recurrida en casación proviene de una Audiencia Provincial radicada en otra Comunidad autónoma que no es la correspondiente a la del Tribunal Superior de Justicia que debe aplicar el Derecho Civil foral o especial. Además, este criterio es el que ha venido aplicando el Tribunal Supremo, por ejemplo, en los Autos de 2-3-1995, FJ 1º y de 9-2-1999, FJ 2º. En el primero de ellos el Tribunal Supremo acuerda su propia competencia en la medida que, aunque se invocan como infringidas diversas normas de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, la sentencia recurrida fue dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona. En el segundo de ellos, el Tribunal Supremo acuerda que es competente en la medida que el recurso se funda en infracción de normas de Derecho Civil Foral Navarro pero la sentencia recurrida no fue dictada por un órgano jurisdiccional de la Comunidad Autónoma de Navarra sino por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa.

Con relación a la consecuencia derivada de la aplicación de dicho criterio, la doctrina procesal ha criticado la realidad de que en estos casos sean dos los Tribunales que puedan formar jurisprudencia sobre el Derecho Civil foral o especial de una misma Comunidad Autónoma, quebrándose por tanto la función unificadora<sup>8</sup>.

---

7 ORTELLS RAMOS, M., (con AAVV), *Derecho Procesal civil*. Cizur Menor (Navarra), 2005, pág. 536. MORENO CATENA, V., con CORTÉS DOMINGUEZ, V., *Derecho Procesal civil. Parte general*. Valencia, 2005, pág. 406. MUÑOZ JIMÉNEZ, F. J., (con VVAA), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*. Barcelona, 2000, Tomo II, pág. 2270.

8 ORTELLS RAMOS, M., (con AAVV), *Derecho Procesal civil*. Cizur Menor (Navarra), 2005, pág. 536.

## B) Competencia prevista en el respectivo Estatuto de Autonomía

Un segundo presupuesto consiste en que en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma respectiva se haya previsto dicha competencia. Previsión que contiene el Estatuto de Autonomía de Galicia en su art. 22.1.a). También contienen dicha previsión los Estatutos del País Vasco, Cataluña, Galicia, Comunidad Valenciana, Murcia, Navarra, Extremadura, Islas Baleares, Asturias y Aragón.

Mención especial requiere el caso de Aragón que con sus reformas del Estatuto de Autonomía suscitó la cuestión de que un Estatuto de Autonomía no contemplara la previsión de atribución de competencia al Tribunal Superior de Justicia. Dicha cuestión para el caso de Aragón fue resuelta por el Tribunal Supremo. La situación planteada fue la siguiente: El art. 29 de su estatuto (LO 8/1982) contenía inicialmente esta previsión estatutaria de atribución de competencia pero “la supresión de dicho artículo, producida con motivo de la reforma del Estatuto que se llevó a cabo por la LO 5/1996, de 30 de diciembre, determinó la pérdida de competencia de la Sala de lo Civil de dicho Tribunal Superior de Justicia para conocer de la casación en materia de Derecho Civil foral aragonés. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha rehusado conocer de dichos recursos y ha declarado que la competencia corresponde al Tribunal Superior de Justicia de aquella Comunidad, que resolvió aceptarla (después de reiteradas resoluciones contrarias) para no privar a los justiciables del derecho a la tutela judicial efectiva”<sup>9</sup>. Al respecto, el Tribunal Supremo también señaló que, “la desaparición del contenido del antiguo art. 29.1.a) del Estatuto sólo puede tomarse como un defecto de técnica legislativa tan patente como, sin embargo, subsanable por vía interpretativa” (ATS de 2-3-1999, FJ 2º). De la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo se deduce que fuera de este caso la no previsión en el Estatuto de Autonomía de dicha competencia impediría que el Tribunal Superior de Justicia respectivo pudiera conocer del recurso de casación foral o autonómica.

## C) Recurso fundado en infracción de Derecho Civil propio de la Comunidad Autónoma

Como último presupuesto se prescribe que el recurso se funde en infracción de las normas del Derecho Civil, foral o especial propio de la Comunidad, que en el caso de Galicia se correspondería con la infracción del Derecho Civil de Galicia. Este requisito plantea una serie de cuestiones; por un lado, cómo debe interpretarse dicha exigencia y por otro, qué ocurre cuando junto a dicha infracción se invoquen de modo acumulado infracciones de Derecho común y/o de precepto constitucional. Abordamos a continuación tres supuestos posibles:

*1º) Recurso fundado exclusivamente en infracción de las normas del Derecho Civil, foral o especial propio de la Comunidad.*

Cabe matizar que, no obstante tratarse de uno de los motivos de casación foral o autonómica, en este apartado no lo estudiaremos como motivo de casación sino como requisito de admisibilidad del recurso, lo que supone que faltando dicho presupuesto, el Tribunal Superior de Justicia correspondiente rechazaría dicho recurso, precisamente, por no considerarse competente para conocer del mismo.

---

<sup>9</sup> MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *Tratado de recursos en el proceso civil*. Valencia, 2005, pág. 703. *Vide* HERRERO PEREZAGUA, “La casación aragonesa tras la reforma del Estatuto de Autonomía (LO 5/1996, de 30 de diciembre) en *Revista Jurídica de Navarra*. 1997, núm. 24, julio-diciembre, págs. 219 y ss. y “La recuperación de la casación aragonesa (Comentario al Auto del TSJ de Aragón de 14 de julio de 1998) en *Derecho Privado y Constitución*. 1998, núm. 12, págs. 311 y ss.

La primera cuestión que planteamos es cómo debe interpretarse la expresión de la norma “siempre que el recurso se funde...” (art. 478.1.II LECiv). Hay autores que defienden que se cumple dicho requisito si en la fundamentación del recurso interpuesto se invoca la infracción de normas del Derecho Civil, foral o especial propio de la Comunidad y no, en cambio, por razón de la materia misma que constituya el objeto del proceso y del debate<sup>10</sup>.

En esta línea se sitúan algunos Tribunales Superiores de Justicia al señalar, por ejemplo, que lo que determina la competencia casacional del Tribunal Superior de Justicia es la fundamentación del propio recurso de casación pero no la determina ni la fundamentación jurídica de la demanda rectora del proceso, ni la naturaleza de las cuestiones objeto de controversia, ni siquiera el carácter foral de la normativa aplicada en la instancia para su resolución (STSJ de Navarra, 2-3-1999, FJ 2º). En otro caso, se afirmaba que, la competencia casacional de los Tribunales Superiores de Justicia se determina de manera inequívoca por las argumentaciones y fundamentos del recurso interpuesto y no por la vecindad de los litigantes ni siquiera por haber cuestiones de fondo encuadradas en los derechos forales o especiales, si éstas no se discuten y fundamentan en el referido recurso (ATSJ de Aragón, 17-5-1999, FJ 2º).

Consideramos, no obstante, que este criterio jurisprudencial debería ser completado o matizado al comprobarse que hay casos en los que no es irrelevante la fundamentación de la demanda, ni la normativa foral o autonómica aplicada ni el objeto del proceso o del debate, pues son indicios claros de que se cumple el requisito de que el recurso está fundado realmente, y no sólo aparente o formalmente, en infracción de las normas del Derecho Civil, foral o especial propio de la Comunidad. En este sentido, no puede obviarse que en ocasiones los recurrentes ante la imposibilidad de recurrir ante el Tribunal Supremo, ya sea por la naturaleza o por la cuantía del pleito, intentan acceder a la casación foral o autonómica. Así lo entendió, por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia al considerar que la alegación por la parte recurrente de existencia de “serventía” era un pretexto procesal indebidamente esgrimido a efectos de competencia casacional, señalando que en el caso enjuiciado no le venía atribuida al no tratarse de materia de Derecho Civil de Galicia<sup>11</sup>.

*2º) Recurso fundado en infracción de las normas del Derecho Civil, foral o especial propio de la Comunidad y en normas de Derecho Civil común.*

En los supuestos en que se invoque la competencia del Tribunal Supremo porque el recurso de casación está fundado no sólo en infracción de las normas del Derecho

---

10 MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *Tratado de recursos en el proceso civil*. Valencia, 2005, pág. 712.

11 El TSJ de Galicia fundamentó dicho pronunciamiento, entre otras, con las siguientes razones: “Procede, por tanto, destacar que la exposición de los presupuestos fácticos según la demanda, así como la fundamentación jurídica en la que pretende sustentar la pretensión, se configuran y se enmarcan en su ámbito exclusivo de materia ajena al Derecho Civil de Galicia: constitución de una servidumbre legal de paso con motivo de enclavamiento de la finca. En corroboración de lo dicho, la demanda no hace la más mínima alusión a materia de Derecho Civil Gallego: en efecto, ni los elementos fácticos que conforman el objeto procesal ni la fundamentación jurídica en la que se basa el escrito rector del proceso revisten caracteres de Derecho Civil de Galicia, ni a él se hace referencia por el actor [...]. Cuando el actor promueve el proceso ejercitando acción de constitución de servidumbre forzosa de paso, con motivo de enclavamiento de la finca, opta (y asume, con las consecuencias que de ello emanan) por una estrategia procesal que en el momento en que formuló la demanda marginaba la alternativa que hipotéticamente puede asistirle en un proceso tendente a dilucidar la existencia de una serventía sobre un tramo del itinerario por él fijado en la demanda; así se deduce del concepto de cosa juzgada según el art. 1252 del Código civil. He ahí que las diferencias sustanciales que existen entre ambas figuras: serventía/servidumbre de paso, determinen que, según el contenido del recurso de casación formulado, se produzca una mutación esencial del objeto del proceso” (STSJ de Galicia, 6-5-1997, FJ 3º).

Civil, foral o especial propio de la Comunidad sino también en normas de Derecho Civil común, la solución es clara y aparece recogida en la LECiv que atribuye la competencia funcional en estos casos a los Tribunales Superiores de Justicia (478.1.II LECiv). Es suficiente, por tanto, la invocación de un motivo fundado en Derecho Civil de Galicia, por ejemplo, para que del recurso de casación conozca el Tribunal Superior de Justicia de Galicia y no el Tribunal Supremo.

*A fortiori*, cabe traer a colación la argumentación del Tribunal Superior de Justicia de Galicia sobre la finalidad de atribución de competencia, en estos casos, a los Tribunales Superiores de Justicia: evitar “que el Tribunal Supremo tuviese que aplicar preceptos específicos del ordenamiento civil propio de la Comunidad Autónoma, que probablemente tendría que utilizar de forma colateral en sus razonamientos de derecho para resolver la cuestión debatida, lo que no parece cometido propio del citado Alto Tribunal” (STSJ de Galicia, 29-4-1999, FJ 1º).

Cabe señalar, no obstante, que si bien esta solución refuerza la función unificadora del recurso de casación por los Tribunales Superiores de Justicia supone, en cambio, “una nueva quiebra para la función unificadora, esta vez en cuanto a la interpretación del Derecho común”<sup>12</sup>.

3º) *Recurso fundado en infracción de las normas del Derecho Civil, foral o especial propio de la Comunidad y en infracción de un precepto constitucional.*

A diferencia de los supuestos que acabamos de exponer, en la LECiv 1/2000 no hay disposición que establezca qué órgano jurisdiccional es competente en los casos en que se invoque no sólo infracción de las normas del Derecho Civil, foral o especial propio de la Comunidad, sino también infracción de un precepto constitucional (en LECiv de 1881, en el art. 1730, se atribuía la competencia para estos casos a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo). En cambio, sí que hay disposición expresa en la LOPJ, en el art. 5.4, por la que se atribuye la competencia en estos casos al Tribunal Supremo con independencia de cual sea “la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional”. A pesar de la claridad del precepto y de su propia vigencia, el sentido de su permanencia no está exenta de polémica. Entre otras, una de las causas de esta situación se encuentra en los avatares legislativos que rodearon dicho precepto y que algunos autores nos recuerdan al señalar que, en el Proyecto de reforma de la LOPJ que acompañaba al Proyecto de LECiv de 2000 se preveía la derogación del art. 5.4 LOPJ. La conclusión lógica también es apuntada por dichos autores: Puesto que “ese proyecto de reforma de la LOPJ no fue aprobado, el art. 5.4 LOPJ no ha sido derogado. Queda en el aire la solución de este problema. La única solución posible pasa por entender que, al igual que basta la invocación de un motivo de Derecho civil foral o especial para que del recurso de casación conozca el TSJ, basta la invocación de una infracción de precepto constitucional para que deba conocer el TS”<sup>13</sup>.

LOREDO COLUNGA describe esta situación de discrepancia, señalando que “no podemos obviar la existencia de una posición minoritaria, tanto entre la doctrina como entre la jurisprudencia, que cuestiona la aplicación rigurosa de esta previsión y aboga por atender al objeto efectivo del proceso, por valorar la trascendencia de la pre-

---

12 ORTELLS RAMOS, M., (con AAVV), *Derecho Procesal civil*. Cizur Menor (Navarra), 2005, pág. 536. En el mismo sentido, NIEVA FENOLL, J., “El recurso de casación ante el T.S.J. de Galicia, tras la L.E.C. 1/2000 (1ª parte)” en *Revista Xurídica Galega*. 2002, núm. 33, págs. 37 y 38.

13 DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. con DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*. Madrid, 2004, pág. 519. En el mismo sentido GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal civil. I. El proceso de declaración. Parte general*. Madrid, 2004, págs. 620-621.



tendida infracción constitucional a los efectos del recurso, antes de atribuir automáticamente esa competencia con la sola mención de la norma suprema, pues ello impediría dejar en manos del recurrente la posibilidad de optar de forma arbitraria por derivar el asunto a una u otra sede y privaría injustificadamente a los TTSJ de la posibilidad de mantener la univocidad en la interpretación del Derecho propio de su territorio”<sup>14</sup>.

De un análisis detallado de esta situación, puede comprobarse en lo atinente a la Jurisprudencia de los Tribunales, que los Tribunales Superiores de Justicia en los casos que han asumido dicha competencia, lo han hecho por considerar que las invocaciones de infracciones de precepto constitucional consistían en meras alegaciones tangenciales a preceptos constitucionales o bien de claras simulaciones de infracciones de precepto constitucional con la finalidad de sustraer el conocimiento de los recursos de casación de los Tribunales Superiores de Justicia y conseguir que el recurso fuera resuelto por el Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, el TSJ de Galicia en una ocasión manifestó que se había invocado vulneración del 24.1 CE pretendiendo dar carácter constitucional a una cuestión que no la tenía (STSG de 21-10-1999, FJ 2º).

En cuanto a los autores hemos encontrado opiniones que más que abogar por su inaplicación, critican la utilidad de dicho precepto o bien proponen la conveniencia de su supresión. Así por ejemplo, se ha manifestado que, “la Constitución es norma suprema de todo el Estado en su conjunto y de todas y cada una de sus Comunidades Autónomas, e inspiradora en igual medida del ordenamiento estatal y de los autonómicos, cuyas normas respectivas no son de distinto sino de igual rango, parecería aceptable no constituir una reserva para la interpretación de todo precepto constitucional en favor del Tribunal Supremo, a pesar de que el objeto del proceso estuviera constituido por una cuestión de Derecho foral o especial, disgregando de este modo la resolución de un recurso cuyo objeto esencial fuera de Derecho Civil propio de una Comunidad y sustrayendo su decisión al órgano en el que culmina, dentro de ella, la organización judicial, mucho más cuando el Tribunal Supremo no es el órgano encargado del control constitucional”<sup>15</sup>.

También se ha señalado que, “El Tribunal Constitucional avaló en su día esta reserva competencial por la necesidad de una interpretación y aplicación unitaria de los preceptos constitucionales que, consideraba, sólo podía lograrse a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La pervivencia de la excepción hoy no tiene razón de ser, sin embargo. Existe ya una doctrina constitucional suficientemente sólida acerca de la práctica totalidad de los preceptos de la Constitución con proyección en la normativa de derecho privado apta para garantizar una aplicación uniforme de los mismos; en la nueva LEC se encarga a los Tribunales Superiores de Justicia la misión específica de velar por la efectividad de los derechos fundamentales que dimanarían del art. 24 de la Constitución, sin duda el más frecuentemente aducido; se elimina una fuente de posibles roces entre el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia a cuenta de los ordenamientos civiles propios respecto de los cuales estos últimos ejercen la función de casación; y se elimina, también, un mecanismo que ha sido utilizado por las partes, más que para otra cosa, con fines predominantemente desviados y dilatorios”<sup>16</sup>.

---

14 LOREDO COLUNGA, M., *La casación civil*. Valencia, 2004, págs. 206-207.

15 MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *Tratado de recursos en el proceso civil*. Valencia, 2005, pág. 720.

16 MUÑOZ JIMÉNEZ, F. J., (con VVAA), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*. Barcelona, 2000, Tomo II, pág. 2270. Señala, este autor, además, que “La efectividad de esa supresión, no obstante, pende de que se derogue el antes citado artículo 5.4 de la LOPJ, pues una ley ordinaria no puede alterar ni modificar el contenido de otra de naturaleza orgánica, al menos como regla de principio. Luego, en tanto dicha derogación no se produzca, habrá de derivarse hacia el Tribunal Supremo todo recurso en el que se alegue infracción de precepto constitucional”.

Una cuestión que puede plantearse y que la LECiv de 1881 resolvía en su art. 1732, se suscita cuando el Tribunal Supremo, en la fase de decisión del recurso, estime que no concurre la infracción del precepto constitucional invocado pero en supuestos en los que, de forma acumulada, estén fundados, además, en infracciones de norma de Derecho Civil foral o especial. En estos casos prescribía dicho artículo, que el Tribunal Supremo debía remitir las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia que correspondiera. Al respecto señala LOPEZ SANCHEZ que, “la ausencia de un precepto equivalente en la nueva Ley procesal no impide que, si el Tribunal Supremo inadmite el recurso de casación intentado por infracción de precepto constitucional, pueda, antes de entrar en la fase de decisión del recurso, declararse incompetente para su conocimiento. Advértase que el art. 484 LEC regula expresamente la declaración sobre la competencia en trámite de admisión, justo después de la declaración de admisión o inadmisión, en el art. 483 LEC. Esta misma actuación es la que han venido realizando algunos TTSSJ, cuando inadmitían el único motivo por infracción de norma de Derecho Civil foral o especial, momento en el cual se declaraban incompetentes para conocer de los motivos por infracción de normas de Derecho Civil común”<sup>17</sup>.

En este sentido, apunta MUÑOZ JIMÉNEZ que, “la nueva LEC nada previene ahora, como es lógico, para el supuesto de que el Alto Tribunal desestime ese motivo. Pero es razonable considerar subsistente el criterio del art. 1732 de la antigua, que disponía entonces la devolución de las actuaciones al Tribunal Superior que correspondiera para que se pronunciara sobre el resto de los motivos de casación”<sup>18</sup>.

#### **D) Control de oficio de su propia competencia**

La LECiv contempla las distintas situaciones que pueden plantearse una vez realizado por el órgano jurisdiccional el control de oficio de su propia competencia, y establece la solución para estos casos. Al respecto dispone que, la Sala del Tribunal que reciba los autos, examine su competencia para conocer del recurso de casación antes de pronunciarse sobre la admisibilidad del mismo. Si no se considera competente, acordará, previa audiencia de las partes por plazo de diez días, la remisión de las actuaciones y emplazamiento de las partes para que comparezcan ante la Sala que se estime competente en el plazo de diez días (art. 484.1 LECiv). En los casos en que la Sala que se ha considerado incompetente y ha remitido los autos, es la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, su resolución es vinculante para la Sala del Tribunal Superior que los reciba (art. 484.3 LECiv), en nuestro caso, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. En cambio, y según lo dispuesto en la LOPJ, cuando sea el Tribunal Superior de Justicia quien remita los autos a la Sala primera del Tribunal Supremo, ésta resolverá si asume la competencia o entiende que corresponde a la Sala del Tribunal Superior (art. 52 LOPJ).

#### **E) Simultaneidad de recursos**

En los casos de simultaneidad de recursos, se establece en la LECiv que cuando la misma parte prepare recursos de casación contra una misma sentencia ante el Tribunal Supremo y ante el Tribunal Superior de Justicia, se tendrá, mediante providencia, por no presentado el primero de ellos en cuanto se acredite esta circunstancia (478.2 LEC). Al respecto señala MUÑOZ JIMENEZ que, “prevé la Ley esta situación ciertamente anó-

---

17 LOPEZ SANCHEZ, J., *Los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación*. Cizur Menor (Navarra), 2004, págs. 275-276.

18 MUÑOZ JIMÉNEZ, F. J., (con VVAA), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*. Barcelona, 2000, Tomo II, pág. 2271.

mala, y se olvida por el contrario, de otra mucho más factible, cual es que varias partes preparen otros tantos recursos de casación dirigidos a Tribunales distintos<sup>19</sup>.

Por su parte MONTERO AROCA y FLORS MATÍES refiriéndose al caso de que la simultaneidad de recursos se produzca porque sean varios los recurrentes, distinguen varios supuestos y la respectiva solución<sup>20</sup>: a) cuando “todos los recurrentes formularan el mismo tipo de recurso de casación, ya sea común, ya autonómica, en cuyo caso, de lo dispuesto en el art. 486.2 LEC, parece deducirse que deberán tramitarse acumuladamente”; b) cuando “cada una de las partes recurrentes preparasen diferente recurso de casación, unos común y otros autonómico, en cuyo caso parece que debiera imponerse el criterio de atracción a favor del Tribunal Superior de Justicia, por la misma razón antes dicha, relativa al factor preponderante la relevancia de la cuestión de fondo debatida en el pleito”; c) cuando “cada una de ellas optaren por diferente tipo de recurso extraordinario, unos de casación y otros por infracción procesal, en cuyo caso se estará a lo que se dispone en la Disp. Final 16<sup>a</sup>.1, regla 4<sup>a</sup> y, en su día, en los artículos 488 y 489 LEC<sup>21</sup>”.

#### IV.- RESOLUCIONES RECURRIBLES

Con carácter general, son resoluciones recurribles ante la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales radicadas en su territorio en materia de Derecho Civil, foral o especial propio de la Comunidad Autónoma (arts. 477.2 y 478.1. II LECiv). Específicamente, el Tribunal Superior de Galicia será competente para conocer de las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales de Galicia.

Además, el Legislador ha establecido sólo tres supuestos específicos que permiten el acceso a la casación para dichas sentencias:

1º.- “Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución” (art. 477.2.1º LECiv). Con relación a este supuesto coinciden los autores en señalar que no es probable su aplicación pues las sentencias que pueden acceder a la casación autonómica no son de las que se dictan para la tutela civil de los derechos fundamentales.

2º.- Cuando la cuantía del asunto excediere de veinticinco millones de pesetas (art. 477.2.1º LECiv) o de ciento cincuenta mil euros (RD 1417/2001, 17 de diciembre). La exigencia de esta característica especial para acceder a la casación foral o autonómica que es aplicable con carácter general en cualquier Comunidad Autónoma, no rige ni para Galicia ni en el caso de Aragón.

En Galicia, la Ley 5/2005 de 25 de abril, reguladora del recurso de casación en materia de Derecho Civil de Galicia establece en su artículo 2.2 que “las sentencias objeto de casación no estarán sometidas a limitación alguna por causa de su cuantía litigiosa”. Con relación a Aragón, la Ley 4/2005, de 14 de junio, en su artículo 2.1 dispone que serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las

---

19 MUÑOZ JIMÉNEZ, F. J., (con VVAA), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*. Barcelona, 2000, Tomo II, pág. 2272.

20 MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *Tratado de recursos en el proceso civil*. Valencia, 2005, págs. 722-723.

21 Con relación al art. 489 LECiv señala MORON PALOMINO: “Puesto que en la hipótesis que recoge el precepto la competencia funcional para ambas impugnaciones se atribuye al mismo órgano jurisdiccional, la acumulación, en este caso, resulta posible” (*La nueva casación civil*. Madrid, 2001, pág. 230).

Audiencias Provinciales “cuando la cuantía del asunto exceda de tres mil euros o sea imposible de calcular ni siquiera de modo relativo”.

De esta regulación se constata que tanto en el caso de Galicia como en el de Aragón no rige la cuantía prevista con carácter general para la casación común (veinticinco millones de pesetas o ciento cincuenta mil euros), pues en el caso de Aragón la cuantía se reduce a tres mil euros y en el caso de Galicia no se establece cuantía mínima.

El problema de la constitucionalidad de la regulación autonómica de Galicia del requisito de la cuantía litigiosa para tener acceso a la casación autonómica, quedó resuelto y zanjado por el Tribunal Constitucional al declarar la constitucionalidad de dicha especialidad recogida en la anterior Ley reguladora de la casación autonómica con el mismo tenor literal, por apreciarse “la existencia de una conexión o vinculación directa entre las particularidades del Derecho civil de Galicia (de sus diversas instituciones integrantes del específico Derecho gallego), y la especialidad procesal establecida por el inciso final del art. 1º a) de la Ley autonómica impugnada, en cuanto prescribe que son susceptibles de casación las sentencias pronunciadas por las Audiencias Provinciales de Galicia «cualquiera que sea la cuantía litigiosa», pues esta innovación procesal encuentra adecuada justificación constitucional en la competencia reconocida a dicha Comunidad Autónoma por el art. 149.1.6 CE, en relación con el art. 27.5 de su norma estatutaria” (STC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 11º).

Pronunciamiento que fue justificado por el Tribunal Constitucional con los siguientes razonamientos: “Las instituciones reguladas en la Ley de Derecho Civil de Galicia, Ley 4/1995, que ha derogado la Ley sobre la Compilación 7/1987, se integran por relaciones jurídicas muy vinculadas al ámbito rural de Galicia y, por ello, a su economía esencialmente agraria, sobre la base de una propiedad de carácter minifundista. Los pleitos para solventar las discrepancias sobre los derechos derivados de tales instituciones tienen, pues, como sustrato económico cuantías litigiosas escasas, muy por debajo no solamente de la que actualmente señala el art. 477.2.2 de la vigente LECiv, en la cifra de veinticinco millones de pesetas, sino de la de seis millones de pesetas que fijó la reforma de la casación civil por Ley 10/1992 (art. 1687.1.c LECiv/1881). Así permite afirmar no solamente un somero examen de las instituciones jurídico-privadas reguladas por la mencionada Ley y por la costumbre, en lo pertinente (arts. 1 y 2, ap. 2 de la referida Ley gallega de Derecho civil), entre las que se cuenta, ad exemplum, los petrucios parroquiales o veciña, las comunidades en materia de aguas, el agra, agro o vilar, la servidumbre de paso, las serventías, el cómaro, ribazo o arró, el retracto de graciosa, los arrendamientos rústicos y aparcerías, entre otras, sino también las consideraciones vertidas en el debate parlamentario de la Ley autonómica impugnada, en el que se manifestó que la cuantía litigiosa -referida a la de seis millones de pesetas- «en la casi totalidad de los casos está muy por encima de la que es habitual en los procedimientos o pleitos del ámbito del Derecho civil de Galicia. Un derecho que, como sus señorías saben, es eminentemente rural y, por tanto, con litigios de muy escasa cuantía económica». [...] Por otra parte, adquiere especial relieve, desde la perspectiva de vincular esta especialidad procesal (eliminación o supresión de la cuantía litigiosa para acceder a la casación foral) al Derecho sustantivo y a sus particularidades ya reseñadas, la función asignada al recurso de casación. Si este medio impugnatorio extraordinario, del que conoce el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, se encamina no sólo a tutelar los derechos en juego ( *ius litigatoris*), sino también y esencialmente a la protección de la norma aplicada e interpretada por los Tribunales inferiores, permitiendo así la formación de jurisprudencia y la uniformidad en la aplicación del Derecho civil sustantivo ( *ius constitutionis*), si la casación foral, decimos, persigue o se halla orientada a estas finalidades, la aplicación de la exigencia de una cuantía litigiosa mínima, como requisito para abrir la vía de la casación foral impediría, de facto, la uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho civil de Galicia, ...” (STC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 11º).

En Aragón, por Ley 4/2005 de 14 de junio reguladora de la Casación foral aragonesa se establece que son recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales cuando la cuantía del asunto exceda de tres mil euros o sea imposible de calcular ni siquiera de modo relativo (art. 2. 1). En el Preámbulo de dicha ley se justifica dicha especialidad en atención a las peculiaridades del ordenamiento civil aragonés y al escaso número de asuntos que estaban accediendo a la casación foral aragonesa, lo que hizo aconsejable que el Legislador aragonés fijara los requisitos procesales de acceso a esta casación para hacer posible la utilización de este recurso en un número mayor de litigios sobre Derecho Civil aragonés.

Respecto de la posible inconstitucionalidad de la Ley 4/2005 de 14 de junio, reguladora de la Casación foral aragonesa, en lo referente a la especialidad de la cuantía litigiosa, considero que no planteará problemas, sobre todo si se tiene en cuenta el precedente establecido en la STC 47/2004, de 25 de marzo, que declara la constitucionalidad de dicha especialidad para el caso del recurso de casación civil de Galicia.

Cabe plantear, finalmente, qué tratamiento se aplica a los casos de cuantía inestimable. Con carácter general, y en la medida que en la LECiv no hay disposición al respecto, estos supuestos tienen el acceso vedado a la casación común. En ese sentido lo ha entendido la doctrina<sup>22</sup> y este criterio es el que viene aplicando el Tribunal Supremo. En cambio, tal y como hemos adelantado, el Legislador aragonés, a diferencia del Legislador de Galicia, ha previsto expresamente su inclusión como supuesto susceptible de recurso de casación. Circunstancia que lleva a plantearnos si dicha excepción podría ser aplicada también en el recurso de casación civil de Galicia.

Consideramos que los argumentos en contra de su aplicación quedarían reducidos al hecho de que no se haya incluido expresamente dicha posibilidad. Sin embargo, mantenemos que existen suficientes razones para defender la postura contraria. En este sentido, y de una parte, servirían como justificación todas las manifestaciones que persiguen facilitar el acceso a la casación autonómica, por ejemplo, la supresión de la *summa gravaminis*. Por otra, debe atenderse a la propia literalidad del precepto que aparece con el siguiente tenor: “las sentencias objeto de casación no estarán sometidas a limitación alguna por causa de su cuantía litigiosa”. Al emplearse dicha expresión se enfatiza que la cuantía litigiosa, sea mucha o poca, o sea inestimable (es nuestra opinión) no deberá tenerse en cuenta para decidir la recurribilidad de una sentencia. De manera que la cuantía litigiosa en la casación civil de Galicia no supone requisito alguno en orden a la admisibilidad de los recursos de casación. *A fortiori* cabe traer a colación la regulación sobre la cuantía litigiosa que recogía la derogada Ley de casación de Galicia 11/1993, de 15 de julio. En el artículo 1.a) aparecía con el siguiente tenor dicha referencia: “cualquiera que sea la cuantía litigiosa”. Si tenemos presente, por un lado, que el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de este inciso que supone una excepción a la regla general y, por otro, que el Legislador de Galicia sustituyó dicha expresión por la actual puede concluirse que ésta también incluye los supuestos de cuantía inestimable lo que supone que dicha circunstancia no puede ser óbice para la interposición del recurso de casación en esos supuestos.

3º.- “Cuando la resolución del recurso presente interés casacional” (art. 477.2.3º LECiv). En el número 3, párrafo primero de este artículo el Legislador especifica los supuestos que, con carácter general, presentan interés casacional. A continuación en el párrafo segundo señala que, tratándose de recursos de los que debe conocer

---

22 MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *Tratado de recursos en el proceso civil*. Valencia, 2005, pág. 754. VILLAGOMEZ CEBRIAN, M., “La prueba. Los recursos” en *La Nueva Ley de Enjuiciamiento civil*. Madrid, 2000, pág. 190.

un Tribunal Superior de Justicia, “también existe interés casacional cuando...”. Es, precisamente, el adverbio “también” el que lleva a gran parte de la doctrina a considerar que serán resoluciones recurribles en casación foral o autonómica no sólo las que presentan interés casacional en los supuestos referidos expresamente a los Tribunales Superiores de Justicia (previstos en el párrafo segundo) sino también los recogidos en el párrafo primero<sup>23</sup>. En cambio, otros autores defienden que sólo existiría interés casacional en los supuestos recogidos en el párrafo segundo dedicado específicamente a Tribunales Superiores de Justicia. Por nuestra parte nos sumamos a la primera interpretación no sólo por la expresión del adverbio “también” sino sobre todo por la realidad de que el Tribunal Supremo, tal y como ya expusimos, en ocasiones, también aplica Derecho civil foral o especial, lo que supone que el Tribunal Supremo también es creador de un cuerpo de jurisprudencia sobre Derecho civil foral o especial. De ahí que consideremos que presentan interés casacional, a los efectos de la casación foral o autonómica, los siguientes casos recogidos en ambos párrafos:

- a) Cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos o cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.
- b) Cuando la sentencia recurrida aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.
- c) Cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.
- d) Cuando no exista doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia sobre normas de Derecho especial de la Comunidad autónoma correspondiente (art. 477.3.II LECiv). En este caso no hay limitación temporal de vigencia de las normas.

En el caso de Aragón, el Legislador autonómico ha incluido en la Ley 4/2005 de 14 de junio reguladora de la Casación foral aragonesa en su art. 3, como especialidad referida al interés casacional, lo siguiente: “Se considerará que un recurso presenta interés casacional en los siguientes casos: 1. Cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Aragón o del Tribunal Supremo, dictada en aplicación de normas del Derecho civil aragonés, o no exista dicha doctrina en relación con las normas aplicables. 2. Cuando la sentencia recurrida resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. 3. Cuando la sentencia recurrida aplique normas del Derecho civil aragonés que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que no exista doctrina jurisprudencial relativa a normas anteriores de igual o similar contenido”.

Consideramos que la incorporación de esta especialidad pudiera tacharse de *lex repetita*, no obstante, por una parte, tiene la ventaja de concretar los supuestos concretos que representan interés casacional sin necesidad de acudir a criterios interpretativos e integradores, que como acabamos de exponer en los párrafos anteriores son divergentes. Por otra, concreta sobre qué normas se plantea la infracción especificando que no se trata de cualquier Derecho civil foral o especial sino sobre normas del Derecho civil aragonés.

---

23 BONET NAVARRO, A., *Los recursos en el proceso civil*. Madrid, 2000, pág. 221. LOPEZ SANCHEZ, J., *El interés casacional*. Madrid, 2002, págs. 301-302. GOMEZ de LIAÑO GONZALEZ, F., *Ley de Enjuiciamiento civil*. Oviedo, 2000, pág. 572.

Analizada esta especialidad procesal, incluida en la Ley reguladora de la casación aragonesa, consideramos que de modo similar, sería conveniente, *lege ferenda*, incluirla también en la Ley reguladora de la casación civil de Galicia.

Abordamos una última cuestión derivada de las posibles interpretaciones que puedan realizarse del tenor del art. 477.2 LECIV en cuanto a qué resoluciones son recurribles y cómo se interrelacionan los supuestos que acabamos de exponer previstos en dicho artículo.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (a partir de un Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de sus magistrados de 12-12-2000) estableció una serie de “criterios interpretativos” a la hora de decidir qué resoluciones son recurribles en los casos del art. 477.2 LECiv. Criterios que viene aplicando, de modo reiterado, en sus resoluciones. Según dicho acuerdo los tres ordinales del art. 477.2 LECiv constituyen supuestos no sólo distintos, sino también excluyentes, y especifica además, de qué modo debe acreditarse el interés casacional.

Por su parte, no todos los Tribunales Superiores de Justicia aplican dicho criterio en el ámbito que les es propio<sup>24</sup>. La razón es clara y así lo apunta ORTELLS RAMOS, “los mencionados criterios no vinculan a los magistrados que en cada recurso integren el colegio juzgador (art. 264.2 LOPJ, suponiendo que el acuerdo adoptado fuera de la clase prevista en este artículo), ni a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia en los recursos de casación para los que son competentes (art. 12.3 LOPJ)”<sup>25</sup>.

Además, sobre dicha cuestión cabe traer a colación la especialidad introducida por el Legislador aragonés en la Ley 4/2005 de 14 de junio reguladora de la Casación foral aragonesa que establece en su art. 2.2 que serán recurribles las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales cuando la resolución del recurso presente interés casacional. Señalando a continuación que, “El interés casacional podrá invocarse aunque la determinación del procedimiento se hubiese hecho en razón de la cuantía”.

En Galicia el Tribunal Superior de Justicia tiene resuelta la polémica de los criterios interpretativos y la posible incompatibilidad entre el interés casacional y la cuantía del asunto precisamente porque la cuantía no supone ningún tipo de limitación en cuanto a la recurribilidad de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales de Galicia. En este sentido, y reiteradamente, ha señalado que: “El interés casacional no es propiamente un motivo sino un presupuesto de admisibilidad del recurso en los términos del artículo 477.2.3º LECiv, a su vez perfilado en el apartado 3 de este mismo artículo según se trate de un recurso del que deba conocer el Tribunal Supremo o un Tribunal Superior de Justicia, si bien cuando éste es el nuestro, quiere decirse el de Galicia, no es menos cierto, aunque sí más decisivo, que el interés casacional que pueda presentar o no la resolución del recurso no afecta a su admisión cuando el procedimiento se ha seguido en función de la cuantía. Y ello por la muy sencilla razón de que no son las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales en los casos indicados en el artículo 477.2 LECiv las susceptibles de recurso de casación ante esta Sala de lo Civil y Penal, sino, siempre y en cualquier caso, las pronunciadas, por lo que ahora importa, por las Audiencias Provinciales de Galicia sea cual fuere «la cuantía litigiosa» (artículo 2 de la Ley 5/2005, de 25-4, que en este extremo mantuvo lo previsto en el artículo 1 a)

---

<sup>24</sup> Así por ejemplo, puede comprobarse en el ATSJ de Cataluña (Civil y Penal) de 18 de abril de 2002 y en el de 3 de octubre de 2002. También el ATSJ de Navarra (Civil y Penal) nº 15/2002, de 6 de junio.

<sup>25</sup> ORTELLS RAMOS, M., (con AAVV), *Derecho Procesal civil*. Cizur Menor (Navarra), 2005, pág. 541.

de la Ley 11/1993, de 15 de julio, con relación a la cuantía) (Vid. en tal sentido nuestras sentencias núm. 8/2003, de 7/3, 33/2003, de 4/11 y 15/04 de 18/5)<sup>26</sup>.

## V.- MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

Al igual que ocurre en el caso de la casación común, en la que el motivo es “único”, esto es, la “infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso” (art. 477.1 LECiv) en el caso de la casación foral o autonómica, con carácter general, también lo es: “infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad” (art. 478.1.II LECiv). Ahora bien, dependiendo de las regulaciones autonómicas de la casación, el elenco de motivos en determinados casos es más amplio.

A continuación analizaremos los motivos del recurso de casación civil de Galicia.

### A) INFRACCION DE LAS NORMAS APLICABLES

Llama la atención, *prima facie*, que la vigente Ley reguladora de la Casación civil de Galicia no haga mención expresa de este motivo como sí lo hacía la anterior Ley 11/1993, de 15 de julio. Lo cual es perfectamente lógico pues la razón de dicha ausencia se deduce con relativa facilidad si tenemos en cuenta la Sentencia del Tribunal Constitucional 47/2004, de 25 de marzo. En el fundamento 12º de dicha sentencia, se declara la inconstitucionalidad del apartado 1 del artículo 2 de la Ley 11/1993, de 15 de julio, que establecía dicho motivo con el siguiente tenor: “Infracciones de normas del ordenamiento jurídico civil de Galicia o conjuntamente con infracción del mismo y de normas de derecho civil común o doctrina jurisprudencial que establezca el Tribunal Superior de Justicia o la anterior del Tribunal Supremo”. Es lógico concluir, a la vista de este pronunciamiento, que el Legislador de Galicia, con relación a este motivo, no lo reprodujera de nuevo so pena de propiciar un recurso de inconstitucionalidad contra la nueva Ley reguladora de casación civil de Galicia.

No obstante, la cuestión no es pacífica. Es cierto que no puede obviarse la declaración de inconstitucionalidad del mencionado apartado, pero debe tenerse presente, por una parte, que el Tribunal Constitucional fundamentó dicho pronunciamiento señalando escuetamente que, “basta la sola lectura del precepto para apreciar que no incorpora al ordenamiento de la casación foral ninguna innovación o especialidad procesal que venga exigida por las particularidades del Derecho civil gallego, pues se limita, como es patente, a reproducir el texto de la LECiv/1881 en la redacción dada por Ley 10/1992 (art. 1692.4), y en cuanto establece como motivo casacional la infracción de normas del ordenamiento jurídico civil de Galicia, viene también a ser reiterado sustancialmente por el art. 477.1 de la vigente Ley 1/2000, a cuyo tenor «El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso», puesto en relación con el art. 478.1, en su segundo párrafo, que atribuye a la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer de la denominada casación civil foral cuando 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»” (STC 47/2004 (Pleno), de 25 marzo, FJ 12º).

---

26 STSJ de Galicia 7/2006, de 16 de febrero, FJ 2º.



Esta constatación que al Tribunal Constitucional le parece tan evidente (y precisamente por la pretendida evidencia, deja dicho pronunciamiento ayuno de cualquier motivación) fue rebatida en uno de los votos particulares de dicha sentencia, que formularon los magistrados don Pablo Cachón Villar y doña María Emilia Casas Baamonde. Al respecto, estos magistrados argumentaron que, “la determinación, por el legislador gallego, del motivo casación recogido en el art.2.1 de la Ley 11/1993, de 15 de julio, no se limita a reiterar o reproducir el correlativo precepto de la Ley de enjuiciamiento civil (sea el art.1692.4 LEC de 1881, sea el art.477.1, en relación con el art.478.1, segundo párrafo, o incluso el art.477.3 LEC actualmente vigente, sino que incorpora, como innovación procesal, la especificación de que la infracción de normas ha de ser siempre de las integrantes del ordenamiento jurídico civil de Galicia, bien sea únicamente de éstas, bien sea de éstas en conjunción con las normas del derecho civil común, o de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia o de la anterior del Tribunal Supremo. Es decir, se trata, en todo caso, de la vulneración del Derecho civil foral o propio de Galicia, que se identifica así como el exclusivo ámbito al que se extiende la función casacional en el territorio autonómico, delimitación que resulta ajena a la tacha de reiteración o reproducción que se le atribuye. Y ello, de un lado, porque no existe correspondencia a efectos de la reiteración entre el precepto gallego, ceñido a la determinación de un ámbito procesal, y el art.478.1, segundo párrafo, LEC, que tiene principalmente una dimensión organizativa del ejercicio de la jurisdicción. Y de otro, porque el precepto gallego procede a concretar el ámbito de la regulación procesal propia por su conexión con el alcance del ordenamiento jurídico civil de Galicia, según se expone en el apartado siguiente, lo que excluye que aquél reproduzca los otros preceptos antes citados de la Ley enjuiciamiento civil, que no atienden a esta perspectiva, sino a otra general no comprensiva de las especialidades procesales de las Comunidades Autónomas. No puede haber reiteración, en nuestro criterio, en una prescripción procesal que inevitablemente debe concretar su ámbito específico de regulación”.

A la vista de estos argumentos, que suscribimos, consideramos que no es tan evidente la inconstitucionalidad del mencionado apartado tal y como señala el Tribunal Constitucional. La realidad, no obstante, se impone, y ante un pronunciamiento tan claro y rotundo, entendemos la posición del Legislador de Galicia de no incluir dicho precepto en la vigente Ley reguladora de la casación civil de Galicia.

Nos merece un comentario similar al que acabamos de exponer, la supresión del último inciso del apartado 1 del art. 2 de la Ley 11/1993, de 15 de julio, referido a la infracción de “doctrina jurisprudencial que establezca el Tribunal Superior de Justicia o la anterior del Tribunal Supremo”. Este inciso no fue analizado con carácter específico por el Tribunal Constitucional en su sentencia 47/2004, de 25 de marzo<sup>27</sup>, simplemente fue declarado inconstitucional por estar incluido en el apartado primero de dicho artículo. En cambio, en el voto particular antes mencionado, los magistrados que lo propusieron discrepan de la declaración de inconstitucionalidad de dicho inciso con las siguientes razones: “El aludido motivo de casación comprende expresamente la infracción de «doctrina jurisprudencial», sea la establecida por el Tribunal Superior de Justicia, sea la establecida anteriormente por el Tribunal Supremo. Esta previsión legal es plenamente coherente con la naturaleza del Derecho civil sustantivo de Galicia. Y ello porque la formación e integración de este Derecho se realiza en buena parte a través de los usos y costumbres (art.1 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil

---

27 Por su parte NIEVA FENOLL, en su momento, había señalado que “no cabe duda de que la jurisprudencia va a ser alegable en casación ante el Tribunal Superior de Justicia, lo cual es un motivo de aplauso y un reconocimiento de su indiscutible papel de fuente del derecho” (“El recurso de casación ante el T.S.J. de Galicia, tras la L.E.C. 1/2000 (2ª parte)” en *Revista Xuridica Galega*. 2002, núm. 34, págs. 14 y 29-30).

de Galicia). Ya en la STC 182/1992, de 16 de noviembre, FJ 3, nos referimos a la natural integración de las normas consuetudinarias en las instituciones del Derecho civil gallego, cuya conservación, modificación y desarrollo es competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma (art.27.4 del Estatuto de Autonomía de Galicia). Son necesarios, por tanto, criterios precisos y claros para la concreción del contenido de esas instituciones y para la uniformidad de su aplicación. Tales criterios pueden y deben ser proporcionados por la doctrina jurisprudencial elaborada en casación. Basta citar, en apoyo de estas consideraciones, el art.2.2, párrafo segundo, de la Ley 11/1993, de 15 de julio y el art.2.1 de la Ley 4/1995, preceptos ambos que comprenden en el concepto de usos notorios «los aplicados por el Tribunal Supremo, por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia o por la antigua Audiencia Territorial de Galicia».

Estos argumentos, que compartimos, no pueden considerarse cuestión baladí. De ahí que, consideremos que estamos ante una cuestión que debe ser objeto de reflexión para el Legislador de Galicia en orden a decantarse, o por su futura inclusión o por mantener su exclusión<sup>28</sup>.

## B) ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA

En el recurso de casación autonómica de Galicia además del motivo único puede invocarse un segundo motivo introducido como especialidad en la Ley 5/2005 de 25 de abril, reguladora del recurso de casación en materia de Derecho Civil de Galicia y recogido en el art. 2.1 que establece: “Se considerará motivo casacional el error en la apreciación de la prueba que demuestre desconocimiento por parte del juzgador de hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre”.

La posible inconstitucionalidad de este motivo en la regulación autonómica gallega quedó resuelta por el Tribunal Constitucional al declarar la constitucionalidad de dicha especialidad recogida en la anterior Ley reguladora de la casación autonómica, con el mismo tenor literal, pues consideró que, “esta peculiaridad del Derecho civil de Galicia, que hunde sus raíces en usos y costumbres configuradores de las instituciones de su privativo Derecho foral justifica, desde la perspectiva competencial examinada, la introducción por el Parlamento de Galicia de una necesaria especialidad procesal del recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia, cual es la especificación, como motivo casacional propio, de la infracción de tales usos y costumbres cuando éstos sean desconocidos por los Juzgados y Tribunales radicados en el territorio autonómico, contribuyendo así a la fijación y reconocimiento del derecho consuetudinario, allí donde exista y sea aplicable para resolver el litigio” (STC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 13°).

A pesar de que el tenor de este motivo ha sido calificado de “confusa mezcla”, considero que el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, a través de sus resoluciones, ha ido perfilando unos criterios interpretativos que le dotan de su verdadero sentido:

1) El Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha expuesto de forma reiterada que esta regulación no permite que a través de la casación se alcance una modificación de los hechos fijados en la sentencia de instancia, sino que supone que el juicio de hecho

---

<sup>28</sup> *A fortiori*, son ilustrativas las siguiente palabras de PULIDO QUECEDO: “la doctrina de las *leges repetitae* utilizado en un sentido inconstitucional y nulificante en la STC 25 de marzo de 2004, no es del todo convincente, como lo demuestra el criterio contradictorio y variable en la propia jurisprudencia del Alto Tribunal, utilizada en unos casos para considerar contrariado el orden constitucional de distribución de competencias y en otros, no” (“Casación civil autonómica” en *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Madrid, 2004, núm. 625).

puede ser modificado si se ha realizado con infracción de las normas legales de valoración de ciertos medios de prueba.

Entre otras muchas sentencias, aportamos como ejemplo, lo manifestado por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en una de ellas: “Ciertamente el artículo 2.2 de la LRCDCG admite como motivo casacional el error en la apreciación de la prueba, ahora bien ese motivo no puede ser tomado en el sentido de que el Tribunal casacional deba realizar sin más una nueva valoración de la prueba, pues ello desvirtuaría la naturaleza del recurso de casación al transformarlo en una tercera instancia. Y ello se vino declarando así por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la reforma llevada a cabo en la anterior LECiv por la Ley 10/1992, de 30 de abril, que al suprimir el antiguo ordinal 4º del artículo 1692, reforzó el carácter incólume de los hechos probados al impedir que por medio del error de hecho, fundado en prueba documental, se hiciera cuestión de los mismos, salvo vulneración de una regla legal de prueba. Interpretación plenamente aplicable al nuevo régimen casacional establecido por la vigente LECiv, cuyo artículo 477 en modo alguno incluye como motivo error en la apreciación de la prueba, de manera que, siguiendo el anterior criterio, tan sólo podrá ser ésta cuestionada cuando, a tenor del ordinal 1º de dicho artículo, se hubiere incurrido en un error de derecho, y ello mediante la evocación de un precepto que, conteniendo alguna norma valorativa de prueba, se considerase infringido. Supuesto que no es del caso examinar en este motivo donde no se alega por la recurrente infracción de norma alguna valorativa de prueba” (STSJ de Galicia 19/2001 (Sala de lo Civil y Penal), de 24 julio, FJ 2º)<sup>29</sup>.

2) También ha reiterado con frecuencia que en orden a la viabilidad procesal de este motivo se requiere “no sólo error en la apreciación y valoración de la prueba, sino también que dicho error demuestra desconocimiento por parte del Juzgador de hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre” (entre otras muchas citamos a modo de ejemplo las SSTSJ de Galicia 10/1998, de 15 junio, FJ 2º y 28/2003, de 2 de octubre, FJ 4º).

3) Asimismo, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia insiste en sus sentencias que este motivo sólo puede ser invocado cuando la infracción lo sea no sólo de costumbre, sino además de costumbre no elevada a rango de Ley, pues en el caso de que ya estuviera incorporada a la Ley civil de Galicia debería invocarse como motivo de casación la infracción de Ley. Entre otras muchas sentencias, sirva como ejemplo lo recogido en la siguiente: “debemos señalar, como ya indicábamos en nuestra sentencia núm. 43/2002, de 4-12 y reiterábamos en la núm. 40/2005, de 22-11, que el precepto procesal invocado tiene reducido su ámbito de aplicación a aquellos usos y costumbres gallegos no elevados a rango de Ley, que tengan el carácter de notorios, con el alcance que a la notoriedad da el citado precepto y el artículo 2 de la Ley de Derecho Civil de Galicia. El ordinal 2º del artículo 2 de la Ley procesal gallega, después mantenido por la Ley 5/2005, de 25-4, en materia casacional, recoge una norma singular para evitar el desconocimiento y consiguiente aplicación de usos y costumbres de carácter notorio existentes en Galicia por parte de los tribunales de instancia, esto es, cuando se ignore un hecho notorio que está revelando un uso o costumbre ( SSTSJG 16-5-95, 26-6-97, 8-5-98 y 7-2-2002 entre otras) de lo que derive el error en la valoración de la prueba.

---

<sup>29</sup> En un sentido similar el TSJ de Galicia había señalado que, “La reforma llevada a efecto por la Ley 10/1992, de 30 abril, al suprimir el antiguo ordinal 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, refuerza el carácter incólume de los hechos probados al impedir que por medio del error de hecho, fundado en prueba documental, se haga cuestión de los mismos, salvo vulneración de una regla legal de prueba (S de 15-6-1998, FJ 2º).

[...] En realidad el precepto lo que viene a poner de manifiesto es la importancia de la costumbre en el ordenamiento jurídico civil de Galicia, pues ya el artículo 1º de su Ley 4/1995 la equipara a sus propias normas. Pero como ya ha reiterado este Tribunal en numerosas sentencias (Vid. STSJ números 4, 9 y 21/2002, de 26-1, 12-2 y 30-5), cuando la propia Ley gallega regula una situación o institución de origen consuetudinario, no es del caso apelar ya a la costumbre salvo que se trate de extremos que aquella no regule, casos en los que el recurso debería encauzarse por la vía del artículo 477.1 de la LECiv por infracción de Ley, sin apelación a los hechos notorios que menciona el artículo 2.2 de la Ley , de 15 de julio, no declarado inconstitucional por la STC 47/2004, de 25-3, específicamente reservado para aquellos supuestos donde la costumbre que los integra no ha sido elevada al rango legal o norma de semejante carácter” (STSJ de Galicia 46/2005, de 22 de diciembre, FJ 1º).

4) Además, respecto a la denuncia del desconocimiento de la costumbre, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, con ocasión de la invocación de la costumbre denominada «cara boa»<sup>30</sup> señaló que: “el citado error en la apreciación de la prueba es el que hace patente que el juzgador por desconocer hechos notorios infringe un uso o costumbre; esto es, se desconoce un hecho notorio que está revelando un uso o costumbre”<sup>31</sup>. En un sentido parecido afirmó en otra ocasión que “dicha jurisprudencia del Tribunal Supremo pone incontrovertiblemente de manifiesto la vigencia de una institución no compilada como la serventía, norma consuetudinaria integrante del ordenamiento jurídico civil de Galicia y que el juzgador de apelación inaplicó obviando su señalada especificidad y desconociendo su notoriedad en los términos que establece el artículo 2.2 párrafo segundo de la Ley gallega 11/1993 («... para los efectos de este recurso son notorios, además de los usos y costumbre compilados, los aplicados por el Tribunal Supremo...»)<sup>32</sup>.

## VI.- LOS USOS Y COSTUMBRES NOTORIOS NO REQUERIRÁN PRUEBA

Dedicamos este epígrafe a una cuestión que llama poderosamente la atención, la no inclusión en la nueva Ley reguladora del recurso de casación civil de Galicia, del inciso dedicado a la carga de la prueba de los usos y costumbres notorios.

En primer lugar, debemos colacionar, de una parte, lo establecido en la derogada Ley , de 15 de julio, reguladora del recurso de casación civil de Galicia al disponer en el párrafo segundo del art. 2.2º que “*Los usos y costumbres notorios no requerirán prueba. A los efectos de este recurso son notorios, además de los usos y costumbres compilados, los aplicados por el Tribunal Supremo, por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia o por la antigua Audiencia Territorial de Galicia*”<sup>33</sup> y, de otra, la valoración que este párrafo recibió del Tribunal Constitucional cuando fue objeto de examen de

30 Esta costumbre supone que en las paredes divisorias, la propiedad del muro se presume que corresponde al predio que tiene hacia sí la cara peor o más irregular de las piedras, mientras que la «cara boa» viente al exterior o predio contiguo.

31 STSJ de Galicia de 4-6-1999, FJ 2º.

32 STSJ de Galicia de 22-7-94, FJ 3º.

33 Véase el trabajo de PENA LOPEZ, J.Mª., “La prueba de la costumbre en nuestro ordenamiento jurídico” en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Madrid, 2003, Tomo I, págs. 739-754.

constitucionalidad: “se acomoda al orden constitucional de distribución de competencias y ha de declararse, por ello, constitucional”<sup>34</sup>.

El Tribunal Constitucional fundamentó dicho pronunciamiento con la siguiente argumentación: “esta determinación normativa, con independencia de haber sido recogida con posterioridad en la Ley 4/1995 de Derecho civil de Galicia (art. 2, apartado 1), presenta en este ámbito procesal una directa vinculación con el anterior enunciado del precepto, de tal suerte que esta fuente del Derecho civil gallego sea reconocida y aplicada allí donde tenga efectiva implantación a través de hechos notorios que así la reconozcan o pongan de manifiesto. Se trata pues, de una concreción procesal que cumple su función respecto de la carga de la prueba de tales hechos notorios constitutivos de uso o costumbre, dispensando de su acreditación en el proceso”<sup>35</sup>.

En segundo lugar, debe recordarse que, si bien en cuanto a los hechos notorios, tal y como establece la LECiv, “no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general” (art. 281.4 LEC) no ocurre lo mismo con la prueba de la costumbre, que según lo dispuesto en el art. 281.2 LECiv, deberá ser objeto de prueba, no siendo necesaria la misma “si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público”.

La conclusión es evidente, no existe coincidencia entre lo dispuesto sobre la carga de la prueba de la costumbre, con carácter general, en la LECiv y lo previsto en la Ley de Derecho civil de Galicia y en el párrafo 2º del art. 2 de la Ley 11/1993, de 15 de julio, declarado constitucional, este último, por el Alto Tribunal.

Precisamente, el propio Tribunal Constitucional puso de manifiesto esta divergencia y se decantó por el mantenimiento de la especialidad procesal sobre la carga de la prueba fundamentando con las palabras siguientes: “En efecto, dado que la costumbre como fuente del Derecho ha de resultar probada, tal como exigen el art. 1.3 del Código Civil y el art. 281.2 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, la notoriedad del Derecho consuetudinario gallego dispensa de su prueba cuando tal fuente del Derecho foral sea invocada como fundamento o motivo del recurso de casación. En consecuencia, la especificación o concreción contenida en este segundo párrafo se inscribe en el ordenamiento procesal de la casación foral de Galicia y, en cuanto trae causa de la particularidad de su Derecho sustantivo civil de basarse en un sustrato de carácter consuetudinario, informador de muchas de sus instituciones jurídico-privadas, según antes dijimos, nos hallamos ante una especialidad o singularidad procesal, en el ámbito de la actividad probatoria, que entronca de manera directa con el derecho sustantivo que se trata de proteger a través del instrumento procesal del recurso de casación”<sup>36</sup>.

En tercer lugar, y a modo de conclusión, puede afirmarse que no tiene mucho sentido la omisión del párrafo dedicado a la carga de la prueba de los usos y costumbres notorios en la Ley 5/2005 reguladora del recurso de casación civil de Galicia a la vista de las razones que el propio Tribunal Constitucional proporciona. Imaginamos que el Legislador de Galicia incorporará dicho precepto cuanto antes en la Ley reguladora de la casación civil de Galicia, no sólo para evitar problemas que puedan derivarse de la interpretación y aplicación de las normas sobre la carga de la prueba de los usos y costumbres sino principalmente por tratarse de una especialidad procesal reconocida y justificada por el propio Tribunal Constitucional. De este modo, podrán repetirse con

---

34 STC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 14º.

35 STC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 14º.

36 STC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 14º.

total propiedad las manifestaciones del Tribunal Superior de Justicia de Galicia cuando afirmó en una ocasión que, “en nuestro derecho civil no es de aplicación el artículo 3 del Código Civil en el punto de la exigencia de la prueba de la costumbre, cuando ésta tiene el carácter de notoria (además del precepto citado de la Ley Procesal, así lo establece el artículo 2.º de la Ley de Derecho Civil de Galicia de 24 mayo 1995), y por lo tanto puede ser apreciada por sí misma por los Tribunales sin necesidad de alegación previa de parte”.<sup>37</sup>

Finalmente, apuntamos una consideración práctica relativa a los usos y costumbres notorios por el interés que puede suponer para las partes litigantes en orden a su invocación.

Cabe recordar que si bien el uso o costumbre infringidos no necesitan ser probados, no obstante, el recurrente tiene la carga de probar las circunstancias y elementos integrantes del mismo. Al respecto, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha señalado, por ejemplo, que “la cuestión estriba en determinar cuándo un uso o costumbre como norma tiene la consideración de notorio, y en ese punto discrepamos de la tesis del recurrente que considera sólo notorios los compilados o los recogidos por la jurisprudencia o por la extinta Audiencia Territorial de A Coruña. La notoriedad es un predicamento de lo que es público y sabido de todos, y ello es así si existe constancia de ese conocimiento general con independencia de que esté o no recogido por la jurisprudencia o compilado. Lo que establece la norma es que si el uso o costumbre está compilada o recogida en las sentencias de los citados Tribunales, adquiere la condición de notorio y no precisa prueba de su existencia, pero no quita que existan otros usos o costumbres notorios si existe constancia objetiva de su conocimiento generalizado. En tales casos tampoco se precisa la prueba del uso o costumbre, llegando a poner de manifiesto datos objetivos suficientes de aquel conocimiento general, bien por quien lo alega, bien por el Tribunal que lo aplica, sobre la base del principio «iura novit curia», con independencia de la prueba, que si es exigible, de la realidad del supuesto fáctico sobre el que incide la norma consuetudinaria<sup>37,38</sup> (el subrayado es nuestro).

En la misma línea, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia manifestó lo siguiente: “La costumbre, en que la parte recurrente pretende sustentar su pretensión, radica en la figura denominada «resíos» que la sentencia recurrida desestima por entender que la parte actora no probó los hechos que deberían determinar la aplicación de tal institución.[...] Pero como bien apunta la sentencia de la Audiencia recurrida, una cosa es de que exista esa costumbre y otra muy distinta que en el caso debatido se den los supuestos de hecho que justifican su existencia con la aplicación de sus consecuencias jurídicas que, efectivamente, serían declarar la pertenencia del resío al propietario de la casa del que es anejo”<sup>39</sup>.

## VII.- APLICACIÓN DIRECTA DE LA LECIV

En la disposición adicional de la derogada Ley 11/1993, de 15 de julio, reguladora del recurso de casación civil de Galicia se establecía que “en todo lo no previsto en la presente ley, y mientras no se opongan a la misma, regirán como supletorias las

---

37 STSJ de Galicia de 26-6-1998, FJ 2º.

38 STSJ de Galicia 14/2000, de 12 mayo, FJ 2º.

39 STSJ de Galicia 5/2003, de 17 febrero, FJ 1º.

normas sobre el recurso de casación previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Disposición que consagraba como principio o regla la supletoriedad de la LECiv respecto de la Ley reguladora de la casación civil de Galicia. Dicho precepto también fue sometido a examen por el Tribunal constitucional que lo declaró inconstitucional por “menoscabar o invadir el título competencial reservado al Estado en materia de legislación procesal”<sup>40</sup>, pronunciamiento que justificó con los siguientes argumentos: “esta determinación normativa del legislador autonómico, atribuyendo carácter de derecho supletorio a la Ley de Enjuiciamiento Civil, con independencia de no constituir en sí misma una singularidad o especialidad procesal del recurso de casación foral, excede el ámbito competencial que a dicho legislador atribuye el art. 149.1.6 CE, para introducir las necesarias especialidades procesales derivadas de las particularidades de su Derecho sustantivo, ámbito acotado por la mencionada previsión constitucional.[...] En efecto, mediante esta disposición adicional el legislador gallego se sitúa en el ámbito propio del legislador procesal estatal, como muestra el que no establezca como directamente aplicable la Ley de Enjuiciamiento Civil en tanto que ordenamiento procesal general, relegando dicha Ley a una función meramente supletoria. No se trata, pues, de la introducción de una necesaria especialidad o singularidad procesal que tenga apoyo o derive de las particularidades de su derecho civil o sustantivo, pues es claro que extravasa este estricto ámbito, al que viene referido la cláusula competencial contenida en el art. 149.1.6 CE”<sup>41</sup>.

La conclusión es evidente, así como su consecuencia. De tal modo que, prohibida la aplicación supletoria de la LECiv respecto de la regulación de la casación civil de Galicia consecuentemente la LECiv como norma estatal debe ser aplicada directamente y no de modo supletorio<sup>42</sup>.

Una consecuencia, derivada de esta regla de aplicación normativa, es su incidencia en la técnica legislativa a utilizar por los Legisladores autonómicos en el momento de elaborar las leyes reguladoras de la casación autonómica. Su traducción respecto de estas leyes autonómicas se materializa en la circunstancia de que sólo deben regular las especialidades procesales derivadas de las particularidades de su Derecho civil, precisamente porque el resto de la regulación del recurso de casación es de competencia estatal y de aplicación directa. *A fortiori*, tampoco procede reproducir la Ley estatal (*leges repetitae*) técnica declarada inconstitucional por el Alto Tribunal específicamente en dicha sentencia, pues ni tan siquiera la admite con la “sola finalidad de dotar de sentido o inteligibilidad al texto normativo aprobado por el Parlamento autonómico”<sup>43</sup>.

---

40 STC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 17º.

41 STC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 17º.

42 Así viene aplicándose por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia. *Vide* STSJ de Galicia 6/2006, de 10 de febrero, FJ 2º.

43 STC 47/2004, de 25 de marzo, FJ 8º.