

¿Falta de interés casacional en la aplicación judicial del Derecho extranjero? La doctrina jurisprudencial dominante y el problema del interés casacional

*(Lack of «reversal interest» in the judicial application
of foreign law? The dominant jurisprudential doctrine
and the problem of the «reversal interest»)*

Piedad González Granda
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de León

RESUMEN: En el presente trabajo se analiza la problemática específica de la fundamentación del interés casacional en la prueba del Derecho extranjero, que es advertible en un doble frente: por un lado, con base en la profunda contradicción latente en la doctrina jurisprudencial dominante del Tribunal Supremo en la materia; por otro, con base en el creciente reforzamiento del interés casacional, que se traduce en un esfuerzo de justificación y acreditación del mismo que resulta de difícil cumplimiento para el litigante, especialmente en ámbitos controvertidos y en los que concurren dificultades específicas, como sucede con la aplicación judicial del Derecho extranjero. El análisis se realiza desde un punto de vista crítico, ofreciendo asimismo diversas sugerencias en aras a la mejora del sistema, tanto de *lege data* como de *lege ferenda*.

PALABRAS CLAVE: Derecho extranjero, Prueba, recurso de casación, interés casacional.

ABSTRACT: This paper analyses the specific problem of the foundation of the «reversal interest» in the evidence of foreign law which can be seen on a double front: on the one hand, based on the deep contradiction latent in the dominant jurisprudential doctrine of

the Supreme Court in the matter; on the other, based on the growing reinforcement of the «reversal interest», which translates into an effort to justify and accredit the same that is difficult for the litigant to comply with, especially in controversial areas and in which there are specific difficulties, such as the judicial application of foreign Law. The analysis is carried out from a critical point of view, also offering various suggestions in order to improve the system, both de «lege data» and de «lege ferenda».

KEYWORDS: Foreign law, Evidence, appeal, reversal interest.

Fecha de recepción: 5 de abril de 2021

Fecha de aceptación: 14 de mayo de 2021

¿Falta de interés casacional en la aplicación judicial del Derecho extranjero? La doctrina jurisprudencial dominante y el problema del interés casacional

(Lack of «reversal interest» in the judicial application of foreign law? The dominant jurisprudential doctrine and the problem of the «reversal interest»)

Piedad González Granda
Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de León

SUMARIO

1. La censurable doctrina jurisprudencial del Derecho extranjero como *hecho matizado*. **1.1.** Introducción. **1.2.** La falta de claridad normativa en la base del problema del tratamiento procesal de la prueba del Derecho extranjero. **1.3.** Síntesis de la doctrina jurisprudencial dominante. **1.3.1.** Los antecedentes históricos de la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo. **1.3.2.** La doctrina dominante reflejada en cuatro puntos en la STS 198/2015, de 17 de abril de 2015. **1.3.3.** Plasmación de la doctrina jurisprudencial dominante y de algunas significativas divergencias. **1.4.** Valoración crítica. **1.4.1.** La profunda contradicción existente y la necesidad de modificar la doctrina dominante en algunos puntos. **1.4.2.** En particular sobre la viabilidad del recurso de casación ante el Tribunal Supremo por infracción del Derecho extranjero. **2.** La problemática específica de la fundamentación del interés casacional en la prueba del Derecho extranjero. **2.1.** El laconismo de las exigencias del interés casacional en la LEC y su desarrollo por obra del TS y de la FGE. **2.2.** Problemática específica de la fundamentación del interés casacional *por infracción del Derecho extranjero aplicable*. **2.3.** Problemática específica de la fundamentación del interés casacional *por infracción de la norma de conflicto española*. **2.4.** Problemática específica del interés casacional en el recurso extraordinario por infracción procesal. **3.** La reforma del interés casacional con ocasión del Anteproyecto de Ley de Medidas

de Eficiencia procesal del servicio público de Justicia. **3.1.** La reforma de los recursos extraordinarios civiles en la iniciativa proyectada. **3.2.** La proyectada reforma del interés casacional civil en un contexto legislativo más amplio. **3.2.1.** El anunciado fortalecimiento del interés casacional civil. **3.2.2.** Su coincidencia temporal con el fortalecimiento del interés casacional en otras iniciativas legislativas. **3.3.** Breve valoración crítica y algunas conclusiones. **3.3.1.** Un apunte de carácter general. **3.3.2.** En particular su previsible incidencia en la aplicación judicial del Derecho extranjero. **3.3.3.** Algunas conclusiones.

1. La censurable doctrina jurisprudencial del Derecho extranjero como *hecho matizado*

1.1. Introducción

La prueba del Derecho extranjero en el proceso civil constituye una temática compleja, cuyo tratamiento procesal plantea una multiplicidad de cuestiones que no están resueltas del todo –o que no están bien resueltas sería más apropiado decir– en el ordenamiento jurídico español.

De modo que ahí está el problema sin duda alguna, en la base normativa. Y de ahí se deriva una jurisprudencia –censurada por amplísimos sectores de la doctrina científica, tanto del Derecho Procesal como del Derecho Internacional Privado– en la que se refleja una profunda contradicción, aparte de una innegable desvinculación de lo que constituyen los postulados presentes en las tendencias más actuales del Proceso civil.

La contradicción se sintetiza en el siguiente hecho: se parte de la imperatividad de las normas de conflicto (el art. 12.6 del C.c. es muy claro), pero de ahí no se deriva –como parecería lo lógico– la misma necesidad de la aplicación de oficio del Derecho material extranjero. Por

el contrario, si bien el art. 12.6 del C.c. dice: *Los Tribunales (...). aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español*, al mismo tiempo la aplicación del Derecho material extranjero se hace depender de su alegación y prueba por las partes procesales en las normas procesales que rigen en este punto y que enseguida comentaré. De modo que esa contradicción ínsita en nuestro sistema normativo está en la base de una jurisprudencia –y aún más, de una doctrina del TS, la doctrina dominante– censurable, en la que el problema estriba en que el Derecho extranjero –aún con algunos matices– recibe un tratamiento de *hecho*, que tiene su plasmación tanto respecto de la carga de alegación, como del poder de iniciativa probatoria, de las reglas legales de distribución de la carga de la prueba, y –al fin– respecto de los recursos, y muy en particular del recurso de casación.

Son muchas las variables que intervienen en la complejidad de la materia, y desde diversas perspectivas es posible la realización de interesantes aproximaciones a la problemática concerniente a esta temática. Pero lo cierto es que dicha complejidad puede condensarse en una cuestión específica: qué ocurre si el Derecho extranjero aplicable en virtud de la norma imperativa de conflicto no se prueba en el proceso que se sigue en España. Porque es precisamente es este punto –en cuáles hayan de ser las consecuencias procesales derivadas de la falta de prueba del Derecho extranjero en el proceso que se sigue en España– donde el alejamiento de las tendencias modernas del Proceso Civil está más presente. Y ello porque el enunciado de cuáles hayan de ser dichas consecuencias sin duda obliga a dilucidar nítidamente el papel del Juez y de las partes, que es precisamente aquello que no está bien resuelto en la regulación del sistema español, en una realidad del Proceso civil en la que viene demandándose de forma constante un mayor reforzamiento del papel del Juez en materia probatoria.

Verdad que en los últimos años comienza a abrirse alguna fisura en la doctrina jurisprudencial dominante, que sutilmente viene a reformular el papel del Juez y de las partes en este punto. En esta línea se ofrece el presente trabajo. Como consecuencia de la lectura amplísima de fuentes –doctrinales y especialmente jurisprudenciales en la materia–

y como continuación de otros recientes trabajos,¹ realizo aquí una aproximación a la problemática específica de la fundamentación del interés casacional en la prueba del Derecho extranjero, muy en particular en este momento en el que podemos estar a las puertas de una próxima reforma de los recursos extraordinarios en el orden civil y muy en particular de una reforma del interés casacional con ocasión del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia procesal del servicio público de Justicia.

1.2. La falta de claridad normativa en la base del problema del tratamiento procesal de la prueba del Derecho extranjero

Hemos dicho que la jurisprudencia es censurable y contradictoria, y el principal problema viene dado por la falta de claridad normativa, ya **desde la formulación originaria del art. 12.6 del C.c. del año 1974**, pues la norma era en si misma sumamente contradictoria entre: el principio que sentaba de oficialidad (al decir en primer lugar que *Los Tribunales y las autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español*) y el resto del precepto: *La persona que invoque el Derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la Ley española. Sin embargo, para su aplicación el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias necesarias*. Y ello porque si lo que se quería era que el Juez fallase el pleito conforme a esa norma

1 El papel del Juez y de las partes –y también en consecuencia del MF como parte cuando así lo sea– es algo que debiera estar perfectamente clarificado desde el punto de vista normativo y no lo está. Sobre este particular, vid. GONZÁLEZ GRANDA, P., «El papel del Ministerio Fiscal en la doctrina de la prueba del Derecho extranjero (a propósito de la circular 1/2020 FGE sobre los recursos extraordinarios en el orden civil)», en *Revisión del sistema de fuentes y su repercusión en el Derecho Procesal*, op.col., dir. ARIZA COLMENAREJO, M.J., ed. Dykinson, 2021. Asimismo, GONZÁLEZ GRANDA, P., «Algunas divergencias recientes frente a la doctrina jurisprudencial dominante en materia de aplicación del Derecho extranjero (en particular en procesos de familia)», en *Revista Especial La Ley Probática*, nº 2, dic. 2020.

extranjera, lo que tendría sentido sería que el Juez tuviera el deber de procurarse el conocimiento de ese Derecho extranjero, puesto que –aún sin su ayuda– habría de aplicarlo, por mor de su obligación a aplicar de oficio la norma de conflicto. De modo que no tenía mucho sentido que fuera la parte que invoca el Derecho extranjero quien tuviera que acreditarlo, ni tampoco que el deber de investigar de oficio se convirtiera en una facultad de investigar complementaria de la actividad de las partes, condicionada a una incierta carga de acreditar que el Derecho extranjero existe y que tiene el contenido y vigencia afirmado en el proceso, y que ello sería lo que le permitiría al Juez realizar cuanta actividad probatoria considere necesaria para alcanzar su convicción al respecto. Contradicción en la que –y es interesante destacarlo– en realidad cabía advertir que ni se trataba de un hecho ni la regulación tenía nada que qué ver con la carga de la prueba². Aparte de la contradicción señalada, la regulación no resolvía nada respecto a las consecuencias jurídicas derivadas en caso de falta de prueba del Derecho extranjero.

El art. 12.6 del C.c. fue modificado por obra de la Disposición Derogatoria Única 2.1. de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, derogándose su párrafo II y quedando reducido a su primer párrafo: el que hacía –y sigue haciendo– mención a la aplicación de oficio de las normas de conflicto del Derecho español. Y los párrafos derogados –los que señalaban el rol de Juez y partes– fueron sustituidos por el **art. 281.2.II LEC**, que dispone lo siguiente: *El Derecho extranjero*

2 Sagazmente decía al respecto CORTÉS DOMINGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil Internacional (Ordenamiento español)*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, pp. 68-69, que por el contrario, lo que se regulaba podía interpretarse como una regla de juicio que tiene el Juez para solucionar el problema planteado por dos concepciones legales de dos problemas jurídicos (el Juez no tiene obligación de conocer ni investigar el Derecho extranjero y las partes no tienen la facultad de renunciar a la norma de conflicto), que solucionará el problema del Derecho incierto en el caso de que la aplicación de la norma de conflicto lleve a un ordenamiento extranjero, debiendo aplicar en tal caso la norma material española.

deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación. Es perceptible la producción de algunos cambios respecto a la regulación anterior, siendo sus premisas las siguientes.

Primera: falta la mención de que sea la persona que alega el Derecho extranjero quien deba acreditar y probar su contenido y vigencia (solo dice impersonalmente: *deberá ser probado...*). No obstante, queda claro en el contexto que no rige el principio «Iura novit curia», sino que el Derecho extranjero ha de probarse en lo que respecta a su contenido y vigencia. Hay que observar que se modifica además el verbo *acreditar* (que correspondía a la parte que invoque el Derecho extranjero) por el de probar (*ha de probarse*) dispuesto en la LEC.

Segunda: no rige el principio de Justicia rogada, porque el Tribunal no está sujeto a las pruebas propuestas por las partes, *pudiendo valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.* Pero tampoco rige el principio de investigación de oficio, puesto que la averiguación del Derecho extranjero no es una obligación del Tribunal sino una facultad, de modo que la Ley no establece el deber del Juez de investigar el Derecho extranjero ni el correlativo deber de las partes de asistir al Juez en su investigación.

Y tercera: por último, esta disposición tampoco resuelve nada respecto a las consecuencias jurídicas en caso de falta de prueba del Derecho extranjero, pues no toma partido por un sistema definido de prueba del Derecho extranjero.

A estas disposiciones (art. 12.6 del C.c. y 281.2.II LEC) hay que sumar desde 2015 los arts. 33³ y ss. de la **Ley de Cooperación Jurídica**

3 Textualmente:

1. *La prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas de la LEC y demás disposiciones aplicables en la materia.*

Internacional en materia Civil (en adelante LCJIMC), últimas disposiciones en juego en la materia, bajo el enunciado de «De la prueba del Derecho extranjero», cuyas principales novedades son las siguientes:

- 1^a La inclusión de una referencia expresa al uso del criterio de valoración de las reglas de la sana crítica de la prueba practicada para determinar su valor a los fines de acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero, que da buena muestra de lo confuso del sistema, si se tiene en cuenta que la sana crítica es un criterio de valoración de hechos.
- 2^a La solución consagrada ante la falta de acreditación del contenido y vigencia del Derecho extranjero, sentando como regla general – si bien se entiende que ha de ser utilizada *con carácter excepcional* y solo en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del derecho extranjero– la facultad de nuestra autoridad de aplicar en tales casos el Derecho español (*podrá aplicarse el Derecho español*). Volveremos sobre este punto, que es uno de los ejes principales del sistema, avanzando ya que ha de entenderse que ello requiere del Juez la ponderación de las circunstancias objetivas y subjetivas –en particular la actitud de las partes– del asunto para ejercer o no tal facultad.
- Y 3^a) Su incidencia en el régimen jurídico de la llamada «información del Derecho extranjero», esto es, en la regulación de las solicitudes que las autoridades españolas realizan a las autoridades extranjeras en relación con el contenido y vigencia de un con-

-
2. Los órganos jurisdiccionales españoles determinarán el valor positivo de la prueba practicada para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero, de acuerdo con las reglas de a sana crítica.
 3. Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español
 4. Ningún informe o dictamen, nacional o extranjero, tendrá carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales españoles

creto Derecho extranjero y de las solicitudes que las autoridades extranjeras dirigen a las españolas para obtener datos sobre el Derecho español.⁴

Pero la aportación de esta regulación es muy limitada, dada su remisión a lo dispuesto en el art. 281.2 LEC, razón por la cual la opinión mayoritaria de la doctrina científica conviene en que esta regulación no hace sino confirmar lo que la jurisprudencia tradicional y mayoritaria ha venido defendiendo.⁵ Realizaremos en su momento alguna objeción a esta afirmación, si bien es innegable que esta regulación arroja poca luz en cuanto al papel del Juez y de las partes.

-
- 4 Al efecto se adopta un sistema subsidiario (respecto de la normativa nacional e internacional) contenido en el Título III de la LCJIMC «De la información del Derecho extranjero», que está integrado por tres artículos: el art. 34 «De la información jurídica», el art. 35 «De las solicitudes de información del Derecho extranjero» y el art. 36 «De las solicitudes de información del Derecho español, que adolecen de algunas deficiencias desde el punto de vista sistemático. El primero de los preceptos relaciona el alcance de la información revelando la falta de precisión del legislador entre la información y la prueba del ordenamiento extranjero, pues buena parte de las menciones hacen referencia a la prueba y debieran estar ubicadas en el art. 33. Los mecanismos dispuestos en los arts. 35 (De las solicitudes de información de Derecho extranjero por las autoridades españolas: órganos judiciales y notarios y registradores) y 36 (De las solicitudes de información del Derecho español por las autoridades extranjeras) resultan doblemente subsidiarios respecto de otros: la regulación de fuente supraestatal o interna de naturaleza especial por un lado, y el uso de la técnica de la comunicación judicial directa por otro.
- 5 ORTEGA GIMÉNEZ, A., «Régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero y *lex loci delicti commissi*. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 13 de diciembre de 2018, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2019), vol. 11, nº 2, pp. 705-717 (en particular en este punto p. 717).

1.3. Síntesis de la doctrina jurisprudencial dominante

1.3.1. Los antecedentes históricos de la doctrina de la Sala 1ª del Tribunal Supremo

En el s. XIX y ante la ausencia de regulación tanto en la redacción originaria del C.c. de 1889 como de la LEC/1881 (textos ambos que guardaron total mutismo sobre el tratamiento procesal del Derecho extranjero), fue tarea de la jurisprudencia –y en particular la de la Sala Primera del TS– la construcción de la doctrina en la materia. Y en una exposición sintética, cabe afirmar que lo hizo en torno a las siguientes tres reglas:

1. El Derecho extranjero se comporta procesalmente como un «hecho» procesal y no como Derecho, pues ello supondría un atentado contra la soberanía española, por aceptar mandatos de soberanos extranjeros». ⁶
2. A pesar de su comportamiento procesal como un «hecho», el Juez tiene la «facultad» –nunca la obligación– de intervenir en la prueba del Derecho extranjero, ello de modo discrecional, dado que nunca se concretó cuándo o en qué circunstancia podía intervenir el Juez. ⁷
3. En caso de falta de prueba del Derecho extranjero por la parte interesada, el Tribunal español debe fallar con arreglo al Derecho material español, sin entrar en juego la regla de juicio ante el hecho incierto. ⁸

6 Entre otras, STS de 21 de junio de 1864, STS de 20 de marzo de 1877, STS de 7 de noviembre de 1896.

7 En Sentencias más antiguas: STS de 26 de mayo de 1887. En doctrina ya del s. XX: STS de 30 de enero de 1930 y STS de 14 de diciembre de 1940, entre otras.

8 Sentencias ya del s. XX: STS de 16 de diciembre de 1966, STS de 10 de diciembre de 1966 y STS de 9 de mayo de 1988, entre otras.

Y lo cierto es que dichas tres reglas siguieron aplicándose casi unánimemente a lo largo del siglo XX⁹, a pesar de los diversos cambios legislativos posteriores –que acabamos de sintetizar en el apartado precedente– y que podrían haber propiciado en buena lógica una reflexión serena al respecto y un posible cambio de rumbo, a la búsqueda de la posible salida a falta de una decisión clara por parte del legislador. Es seguro que la inercia advertida trae causa principalmente del hecho de que la regulación del C.c. –del año 1974– era confusa e imprecisa, y venía a consagrar la profunda contradicción mencionada líneas arriba. En cuanto a la posible incidencia de la regulación contenida en el art. 281.2 y 282¹⁰ LEC –en la que destaca que no se menciona ya que sea la persona que alega el Derecho extranjero quien debe acreditar su contenido y vigencia, sino que dice simplemente que «El Derecho extranjero *deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia...*»– la diferencia entre hechos y Derecho extranjero que se extrae de ello podría haber aconsejado rechazar la posición tradicional del TS sobre esta cuestión, mas no fue así. La respuesta fue mínima, si bien cabe citar alguna excepción en los años inmediatamente posteriores a la promulgación de la

9 En doctrina recogida por otras Sentencia ya del s.XX: STS de 1 de febrero de 1934 y STS de 5 de noviembre de 1971 entre otras. Más recientemente: STS de 12 de enero de 1989, STS de 11 de mayo de 1989, STS de 7 de septiembre de 1990, STS De 10 de diciembre de 1990, STS de 16 de julio de 1991, STS de 17 de diciembre de 1991, STS de 23 de octubre de 1992, STS de 31 de diciembre de 1994, STS de 15 de noviembre de 1996, STS de 25 de enero de 1999, STS de 9 de febrero de 1999, STS de 5 de junio de 2000, STS de 13 de diciembre de 2000, STS de 17 de julio de 2001, etc... En jurisprudencia menor: SAP Castellón 25 abril 2000, SAP Madrid 23 noviembre 2000, etc... Aún con algunas excepciones, así por ejemplo, SAP Oviedo, Sec. 4ª, 13 de marzo de 1990. SAP Granada, Sec. 3ª, 12 de febrero de 1992, entre otras.

10 El art. 282 LEC, bajo el enunciado de «Iniciativa de la actividad probatoria» también es de interés al determinar que: *Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el Tribunal podrá acordar de oficio que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la Ley.*

vigente LEC, como la representada por la **STS de 10 de junio de 2005**¹¹, donde abandona la línea anterior y dice lo siguiente:

(...) En efecto, los hechos están regidos por la regla de aportación de parte («quod non est in actis non est in mundo»), mientras que en nuestro ordenamiento el Tribunal está facultado para valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para la aplicación del Derecho extranjero, lo que significa tanto como que debe aplicarlo si es que lo conoce y, al fin, que de hecho la aportación de parte solo sea necesaria para suplir aquella información. Por otro lado, la norma jurídica extranjera vine designada por la norma de conflicto del foro, que pertenece al ordenamiento que el Tribunal debe aplicar de oficio (art. 12.6 C.c.). Como consecuencia, el Derecho extranjero no tiene que ser alegado en el proceso por las partes para que el Juez deba tener en cuenta la designación que de ella efectúa la norma de conflicto, por más que ello sea para darle el tratamiento procesal que corresponda. Lo que han de alegar las partes son hechos que, por la concurrencia de elementos extranjeros, se subsuman bajo la previsión de la norma de conflicto. Basta con la alegación para que, como efecto de dicha norma, se considere que el litigio debe resolverse según el Derecho extranjero en ella designado.

Por lo que se refiere al posible impacto de la regulación contenida en **el art. 33 de la LCJMC** –última disposición normativa que ha entrado en juego en la materia– obliga ello a analizar detenidamente la jurisprudencia de los últimos años, tarea reflejada en el presente trabajo. La doctrina dominante de los últimos años viene reflejada en el apartado siguiente, si bien existen algunas destacables divergencias en la jurisprudencia más reciente en particular en lo referente a la aplicación subsidiaria del Derecho patrio ante la falta de prueba del Derecho extranjero aplicable.

11 Que marca un giro copernicano respecto a obsoletas posiciones anteriores, en opinión de CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Aplicación del Derecho extranjero en España y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 17, 1999, p. 14.

1.3.2. La doctrina dominante reflejada en cuatro puntos en la STS 198/2015, de 17 de abril

La STS 198/2015, de 17 de abril es sin duda la más citada de entre las sentencias del TS en la materia en los últimos años, seguramente porque tiene la característica de resumir ordenadamente la doctrina jurisprudencial en la materia.

Los antecedentes del caso que aquí interesan son los siguientes: el actor interpone demanda en la instancia contra una pluralidad de sujetos como demandados, en virtud de dos contratos de préstamo celebrados en Holanda en los años 2002 y 2003, cuya finalidad era la financiación de un proyecto inmobiliario en una localidad de Girona, siendo así que varios de los demandados tenían nacionalidad holandesa. El proyecto inmobiliario no llegó a desarrollarse y los demandados vendieron las fincas en 2005 y en su demanda el actor planteó su reclamación de cantidad considerando aplicable el Derecho holandés y aportando al efecto un documento notarial que recogía la regulación prevista en el Derecho holandés para las cuestiones suscitadas en la demanda. En la contestación a la demanda se suscitaron excepciones diversas, y entre otras se alegó que el Derecho aplicable para resolver las cuestiones litigiosas no era el holandés –como pretendía el actor– sino el Derecho español.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda por falta de legitimación pasiva de los demandados y –como argumento de refuerzo– refiere la competencia territorial de los Juzgados a cuyo favor figuraba en el documento de cesión del crédito una cláusula de sumisión expresa a los Juzgados de s-Hertogenbosch en los Países Bajos. El demandante apela la sentencia y la AP estima el recurso de apelación, revocando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y estimando plenamente la demanda. Por lo que se refiere al Derecho aplicable, considero que era el holandés, por determinarlo así el art. 10.5 del C.c. y el art. 4 del Convenio de Roma de 1980 aplicable a las obligaciones contractuales.

Contra la sentencia de apelación se interpone recurso extraordinario por infracción procesal (basado en cinco motivos que a su vez

se subdividen en varios apartados) y recurso de casación (basado en tres motivos que también se subdividen en varios apartados). Por lo que aquí interesa, el motivo cuarto del recurso de infracción procesal se encabeza así: «*Defectuosa aplicación de las reglas de la carga de la prueba*», alegando que se han infringido las reglas de la carga de la prueba en dos extremos: uno que no viene al caso aquí (respecto de la notificación de la cesión del crédito); y otro, respecto del Derecho holandés, por tres razones:

1. *La AP ha omitido la regla de la carga de la prueba del Derecho holandés, ya que a falta de prueba sobre la regulación de la cesión de crédito, la AP debió desestimar la demanda.*
2. *En defecto de prueba, el Juzgado de Primera Instancia o la AP podría haber averiguado el contenido y la vigencia del Derecho extranjero, si bien la parte demandante sí aportó prueba de la exigencia del Derecho holandés en cuanto a que la notificación de la cesión es condición constitutiva de la cesión, si bien no se aplicó (...).*
- Y 3. *En la valoración de la prueba del Derecho extranjero se ha realizado un trato desigual de las partes.*

Es en el FJ Séptimo de la sentencia donde la Sala I del TS precisa cuál es el régimen de prueba y de carga de la prueba del Derecho extranjero, para lo cual *hay que aplicar la doctrina jurisprudencial que resulta de sentencias de este Tribunal (...)*¹² en una síntesis de la doctrina del TS que se proyecta en los puntos que se exponen a continuación.

- 1º) **Aplicación de oficio de las normas de conflicto:** *El Tribunal español debe aplicar de oficio las normas de conflicto del Derecho español (art. 12.6 del C.c.), que pueden ser de origen interno, comunitario o convencional internacional. La calificación para determinar la nor-*

12 *Tales como las nº 436/2005, de 10 de junio; de 4 de julio de 2006, recurso núm. 2421/1999; nº. 797/2007, de 4 de julio; nº. 338/2008, de 30 de abril; nº 390/2010, de 24 de junio y nº 528/2014, de 14 de octubre.*

ma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la Ley española (art.12.1. del C.c.).

- 2º) **El Derecho extranjero recibe un tratamiento de hecho pero matizado:** *Como consecuencia lógica de que los Jueces españoles no tienen obligación de conocer el Derecho extranjero, se ha exigido históricamente la prueba del mismo, de forma que en este extremo el Derecho recibe un tratamiento similar al que reciben los hechos, pues debe ser objeto de alegación y prueba, siendo necesario acreditar no solo la exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación. Por ello, el segundo párrafo del art. 281.2 de la LEC exige la prueba de su contenido y vigencia, si bien, de acuerdo con el principio de adquisición, la LEC no pone la prueba a cargo de a persona que invoque el Derecho extranjero. Si bien se trata de un hecho matizado, por cuanto añade a continuación que la exigencia de prueba del Derecho extranjero –cuando este resulta aplicable en virtud de la norma de conflicto española– no transforma el Derecho extranjero, en cuanto conjunto de reglas para la solución de conflictos, en un simple hecho. Destacando las consecuencias que se derivan de ello: la primera, que la infracción del Derecho extranjero aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso es apta para fundar un recurso de casación; y la segunda, que el tribunal no queda constreñido –a diferencia de lo que sucede en la prueba de hechos en los litigios sobre derechos disponibles– a estar al resultado de las pruebas propuestas por las partes, sino que puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.¹³*

13 *Así lo permite el último inciso final del art. 281.2 de la LEC, que supone una flexibilización de las limitaciones derivadas del principio de aportación de parte que rige en los litigios sobre derechos disponibles, que para el tribunal supondría que el Derecho extranjero fuera tratado a todos los efectos como un hecho. Por ejemplo, le permite admitir prueba sobre el Derecho extranjero propuesta en segunda instancia o incluso en el recurso de casación (así Sentencia nº 528/2014, de 14 de octubre). Ahora bien, esta posibilidad no supone que el recurso pueda convertirse en un nuevo juicio, en el que se modifique el objeto del proceso. La prueba del Derecho extranjero, incluso en apelación y casación, es*

3º) **El empleo de los medios de averiguación del Derecho extranjero por el tribunal es una facultad pero no una obligación:** De modo que *no puede alegarse como infringido el art. 281.2 de la LEC por que el Tribunal no haya hecho averiguaciones sobre el Derecho extranjero.*

Y 4º) **La consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero es la aplicación del Derecho español** y no la desestimación de la demanda, *o la desestimación de la pretensión de la parte que lo invoca*, porque así lo ha declarado reiteradamente dicha Sala y así lo ha declarado también el TC en su STC 155/2001, de 2 de julio, como exigencia derivada del *derecho a la tutela judicial efectiva que establece el art. 24 de la CE.*

1.3.3. Plasmación de la doctrina jurisprudencial dominante y de algunas significativas divergencias

A) Plasmación de la doctrina jurisprudencial dominante

Cabe advertir la plasmación de la mencionada doctrina –punto por punto– en la fundamentación de muy recientes Sentencias de las AAPP, entre las que se encuentran las siguientes.

a) SAP Toledo 248/2020, de 4 de marzo de 2020

A modo de breve síntesis de los hechos y del razonamiento jurídico de la Ley aplicable, la reciente Sentencia de la AP de Toledo/Sección Primera), nº 248/2020, de 4 de marzo, estima un recurso de apelación,

posible cuando ha sido alegado en el momento procesal oportuno, que de ordinario es la demanda o la contestación a la demanda, y cuando sirve para fundar las consecuencias jurídicas que la parte intenta anudar a hechos y pretensiones oportunamente introducidas en el proceso, posibilitando que el tribunal aplique con más seguridad el Derecho extranjero que fue oportunamente alegado. No es admisible que mediante la aportación de prueba sobre el Derecho extranjero en los recursos, se alteren los términos en que el debate ha sido fijado en la demanda, contestación y Audiencia Previa.

revocando parcialmente la Sentencia dictada con fecha de 16 de julio de 2019 por el Juzgado de 1ª Instancia correspondiente, que había estimado parcialmente una demanda de divorcio contencioso de un matrimonio formado por dos nacionales rumanos que, tras contraer matrimonio en Rumanía, se desplazaron a España en el año 2010, donde nacieron sus dos hijos, ambos de corta edad.

Tras la ruptura de la pareja, la esposa demandada regresó a Rumanía el 23 de mayo de 2018 en compañía de su hija, donde permanece desde entonces, habiendo comenzado allí a trabajar y residiendo con su familia de origen, acudiendo la menor a una guardería; el marido por su parte, se quedó en España con el hijo mayor, escolarizado en una localidad de Toledo y es él quien interpone la demanda de divorcio en la localidad de última residencia común en España. La Sentencia declara la disolución por divorcio del matrimonio y otorga la titularidad compartida de la patria potestad sobre los menores, correspondiendo al padre –residente en España– el ejercicio ordinario de su guarda y custodia, y a la madre –residente en Rumanía al tiempo de la demanda– le atribuye un régimen de visitas, todo ello de conformidad con el Derecho español, siendo así que el ordenamiento aplicable en principio sería el ordenamiento rumano según el análisis de la Ley aplicable que realiza.

Se recurre en apelación por la esposa la Sentencia del Juzgado, reclamando la guarda y custodia de los dos hijos con una pensión de alimentos a cargo del padre y un régimen de visitas y subsidiariamente atribución de la guarda y custodia del hijo mayor al padre y de la hija menor a la madre con un régimen de visitas respectivo. Tras analizar en el Fundamento de Derecho Segundo la cuestión afectante a *la competencia de los tribunales civiles españoles para conocer de la presente demanda*, dedica el Fundamento Tercero al planteamiento de la cuestión afectante al Derecho aplicable para resolver la cuestión, que exponemos a continuación. En el razonamiento de la aplicación de la *Ley española como norma subsidiariamente competente*, destaca en primer lugar el hecho de que se remita a lo dispuesto en el art. 107 del C.c. –en vez de al Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010,

por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial— de modo que *conforme con lo dispuesto en dicho precepto* (como digo el art. 107.2º C.c. —por error dice art.107.1—, *correspondería aplicar al caso que nos ocupa la Ley nacional común de ambos contrayentes, es decir, la de Rumanía.*¹⁴

Sin entrar en si el Reglamento (UE) nº 1258/2010 conduciría o no a la legislación española, nos interesa poner nuestra atención **en la solución que da a la falta de alegación del Derecho extranjero.** Textualmente: (...) *Sin embargo, ni la parte demandante alega dicha aplicación ni mucho menos aporta prueba del Derecho Rumano aplicable al caso, conforme al art. 281.21 LEC, que establece con rotundidad que el Derecho extranjero debe ser objeto de prueba, ni la demandada opone nada en ese sentido, ni tampoco el Ministerio Fiscal alega la procedencia de dicha aplicación, ni la sentencia se plantea siquiera la aplicación de dicho ordenamiento jurídico conforme dispone el art. 107 C.c. ya mencionado.* De manera que, con mención de la *STS de 10 de junio de 2005* —Sala de lo Social—, de la *STC 155/2001, de 2 de julio*, y de la *propia Sala de la AP de Toledo de 1 de septiembre de 2006*, concluye afirmando que:

(...) en definitiva, los Tribunales españoles resultan competentes para conocer de la presente demanda, y a falta de toda alegación y prueba del Derecho Rumano, resulta también aplicable el Derecho español, si bien echamos de menos una alegación expresa de tales cuestiones por ambas partes y por el MF y su análisis por la sentencia. lo referido se deriva la aplicación sustantiva del Derecho material español por ser la 'Lex fori' aplicable por los Tribunales españoles, porque así lo exige la necesidad de dar una respuesta a la cuestión planteada, con-

14 No reparó el Tribunal en que el Reglamento mencionado es de aplicación por los Tribunales españoles desde el 21 de junio de 2012, ni en que el art. 107 del C.c. fue modificado en su apartado 2 por la Disposición Final 1.28 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, de modo que ahora lo que establece es lo siguiente: 2. *La separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho Internacional Privado.*

sustancial con el principio de tutela judicial efectiva consagrada en la CE art. 24.¹⁵

b) SAP Málaga 628/2016, de 19 de diciembre de 2016

Se trata de una sentencia desestimatoria del recurso de apelación formulado frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Marbella, de fecha 28 de octubre de 2014, en los autos de Juicio de Divorcio nº 248/2010. Combate el demandado la sentencia dictada en primera instancia en lo relativo a la pensión de alimentos, invocando en el recurso *error en la valoración de la prueba que llevan al juzgador de instancia a atribuir la paternidad del menor al apelante, alegando que no queda acreditada la paternidad, que solo se aportan de contrario actas notariales de parentesco y la certificación del nacimiento (...), correspondiendo a la actora acreditar que dichos documentos tienen eficacia jurídica de acuerdo con la Ley china, de la cual son nacionales ambas partes, y no habiéndose acreditado dicho extremo, deben entrar en juego las reglas del art. 281.2 de la Ley española, correspondiendo exclusivamente a la demandante acreditar que el certificado equivale a la inscripción de nacimiento en el Registro Civil español, lo que no ha hecho, no resultando aplicable la presunción de paternidad matrimonial del art. 113 C.c. (...).*

En su FJ3, y tras declarar que resulta incuestionable la Jurisdicción española para conocer de la demanda, dispone la SAP que El Derecho extranjero cuya aplicación se pretenda ha de acreditarse por la

15 Y continúa: *doctrina coincidente con la tradicionalmente seguida por el TS, ejemplo de cuyas resoluciones cabe señalar en SS de 13 diciembre de 2000, de 17 de julio de 2001, de 5 de marzo de 2002, de 2 de diciembre de 2003, entre otras muchas. Debemos agregar que la Ley 8/00 de 22 de diciembre sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España dispone que les son aplicables los derechos del Título 1 de la CE en los términos establecidos en los Tratados Internacionales, en la propia Ley y en las que regulan el ejercicio de cada uno de ellos, ejercitando los derechos que se reconocen en la Ley en condiciones de igualdad con los españoles, y siendo que el art. 32 CE establece que la Ley regulará las causas de separación y disolución y sus efectos, tales derechos son ejercitables por los extranjeros en España en igualdad con los españoles.*

parte actora que lo invoca (art. 281.2 LEC) y siendo ambos cónyuges de nacionalidad china, la parte recurrente que pretende se aplique la Ley China debió acreditar el Derecho aplicable, habiéndose limitado a negar valor a la certificación de nacimiento del menor aportada por la parte actora. De modo que con cita de la STS de 5 de marzo de 2002, las de 9 de noviembre de 1984 y 10 de marzo de 1993, y finalmente la STS de 31 de diciembre de 1994, que establece la necesaria distinción entre: las normas de conflicto, que se limitan a indicar cuál es el Derecho aplicable a una relación jurídica controvertida, que deben ser observadas de oficio ex art. 12 C.c. y el propio Derecho material, al que no se refiere dicho precepto y que en ningún caso puede ser determinado por el Tribunal, concluye que:

(...) ante la falta de acreditación del contenido y vigencia de las normas sustantivas del Derecho extranjero, la cuestión debe resolverse conforme a las normas de nuestro propio ordenamiento jurídico.¹⁶

c) SAP Santa Cruz de Tenerife 55/2018, de 19 de enero

Se desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 17 de febrero de 2017, desestimatoria de la demanda interpuesta por un ciudadano español contra la demandada de nacionalidad checa y residente en Chequia, en la que reclamaba la declaración de paternidad con respecto a un menor nacido en la República Checa donde también reside. El fallo desestimatorio en la instancia se funda en la falta de prueba del Derecho checo que, según el criterio de la Juez a quo, sería el aplicable de conformidad con lo dispuesto en el art. 9.4 C.c.

El recurso se funda en la infracción del art. 33.3 de la LCJIMC, así como de la jurisprudencia sobre las consecuencias de la falta de prue-

16 Con cita de las SSTS 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990, 16 de julio de 1991 y 23 de marzo de 1994, 13 de diciembre de 2000 y 17 de julio de 2001, y en el mismo sentido la STC de 2 de julio de 2001.

ba del Derecho extranjero. En su FJ3, relativo al Derecho aplicable, la sentencia de apelación argumenta partiendo de que el art. 281.2 LEC impone a la parte que invoque el Derecho extranjero la carga de probar su contenido y vigencia, al tiempo que faculta al Tribunal para practicar de oficio diligencias de investigación, pero sin obligación de llevarlas a cabo. Y concluye así: *De modo que, como quiera que el Tribunal no tiene obligación de practicar diligencias de averiguación ‘ex officio’ y que no existe prueba acerca del Derecho extranjero, la consecuencia no es, como resuelve la sentencia de instancia la desestimación de la demanda, sino la aplicación del Derecho español, según ha resuelto reiteradamente la jurisprudencia (...).*

d) SAP Zaragoza 2499/2018, de 21 de noviembre

En la resolución de un recurso que trae causa de la disolución del régimen económico matrimonial de un matrimonio celebrado en Colombia, determina la SAP en su FJ7 que *La aplicación del Derecho extranjero ha sido matizado por la jurisprudencia, atendiendo a razones de justicia material y al respeto del principio de contradicción, de manera que la ausencia de alegación de la aplicación del Derecho extranjero, que ha de ser objeto de prueba (art. 281 LEC) no puede bloquear e impedir una decisión de fondo. Pues no se puede exigir al Tribunal una averiguación de oficio del contenido auténtico de dicha normativa extranjera.* Y con cita de, entre otras, la relevante STS de 17 de abril de 2015, señala que *la consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero no es la desestimación de la demanda, o la desestimación de la pretensión de la parte que lo invoca, sino la aplicación del Derecho español*¹⁷.

B) Plasmación jurisprudencial de algunas significativas divergencias

Pero también son destacables algunas significativas divergencias jurisprudenciales en los últimos años, a través de las cuales va

17 Porque así lo ha declarado reiteradamente esta Sala, en las sentencias citadas, y así lo ha declarado el TC en su sentencia 155/2001, de 2 de julio, como exigencia derivada del derecho a la tutela judicial efectiva que establece el art. 24 de la CE.

atemperándose la doctrina dominante y dándose paso sutilmente a una necesaria reformulación del papel del Juez y de las partes en este punto.¹⁸

a) STS 1228/2018, de 3 de abril: la aplicación del Derecho español debe hacerse solo de forma excepcional

Se interponen recursos de casación e infracción procesal por la parte demandada en la instancia –y apelante en segunda– contra la sentencia dictada en un juicio ordinario sobre reclamación de cantidad por premio de lotería. Uno de los motivos del recurso de casación es la «infracción de la norma de conflicto del art. 9.2 del C.c., que somete la regulación de los efectos económicos del matrimonio a la Ley personal común de los cónyuges, en el caso, la Ley colombiana; y consiguiente infracción de las normas del Derecho Civil colombiano y de la doctrina jurisprudencial que las interpreta y aplica, normas y doctrina en la que con toda claridad se establece que *la separación de cuerpos disuelve la sociedad conyugal* (art. 167 del C.c. de la República de Colombia), sin que pueda entenderse por tanto que la adquisiciones hechas por los cónyuges después del cese de su convivencia tengan la condición de adquisición ganancial. Para el caso de que se considere que el Derecho aplicable al caso es el español, se denuncia en el motivo segundo infracción del art. 1393.3 C.c., en relación con el art. 7.2 C.c. y jurisprudencia que los interpreta (...) de acuerdo con la cual la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, perdiendo a partir de ese momento los cónyuges sus derechos a reclamarse como gananciales bienes adquiridos después del cese de la convivencia.

El demandante ahora recurrido se opone porque considera que la norma de conflicto es una cuestión de hecho y que los Tribunales

18 Vid. más ampliamente GONZÁLEZ GRANDA, P., «Algunas divergencias recientes frente a la doctrina jurisprudencial dominante en materia de aplicación del Derecho extranjero...», cit.

españoles deben resolver con arreglo al Derecho español cuando quien invoca el Derecho extranjero que cree que le favorece no lo prueba, añadiendo que no ha quedado acreditado que el boleto lo pagara la ahora recurrente, tampoco la separación de hecho de los cónyuges ni que, en su caso, con arreglo al Derecho colombiano, aunque no exista una regla específica para las ganancias del juego, la presunción de ganancialidad determina que el premio lo sea.

El recurso de casación se estima, destacando en el FJ4.1 textualmente que la aplicación al caso del Derecho español, que según el art. 33.3 de la citada Ley 29/2015 debe hacerse solo con carácter «excepcional», cuando no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, resulta incorrecta. En atención a dicha fundamentación¹⁹, determina que procede por ello estimar el primer

19 (...) *El art. 12.6 C.c. sienta el principio de la imperatividad de las normas de conflicto al declarar que «los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español». Y en particular la Ley aplicable a los efectos del matrimonio es la que resulte de lo dispuesto en el art. 9,2 C.c. En el caso no ha sido discutido que ambos cónyuges, de nacionalidad colombiana, vivían en Colombia cuando contrajeron matrimonio. Resulta indudable que la Ley aplicable a los efectos patrimoniales de los cónyuges, que es lo que aquí se discute, es la colombiana. Sin embargo, la sentencia recurrida aplicó el Derecho español porque consideró que, al no haber quedado acreditado el pago por tercero del precio de la lotería, no procedía la aplicación del art. 1782 C.c. colombiano y entendió que procedía aplicar el Derecho español (...). Las partes han discutido acerca del contenido o de la vigencia de las normas del Derecho colombiano que cada una de ellas ha alegado e invocado a su favor; bien de manera principal, bien de manera acumulada, bien de manera subsidiaria respecto de la cita de normas del Derecho español. A ello hay que añadir que, como ambas partes apuntan en sus escritos, la «aplicación» que del Derecho extranjero debe hacer el Tribunal español viene facilitada por la sencilla comprobación que de la existencia y contenido de las normas colombianas invocadas por las partes puede llevarse a cabo mediante la consulta de la página web oficial del gobierno colombiano o de la página web del CGPJ, sin perjuicio del principio de alegación y prueba del Derecho extranjero por las partes que establece nuestro sistema jurídico (arts. 281.2, 282 LEC y 33 de la Ley 29/2015, de 30 de julio. No se plantea por tanto en el presente caso un problema de prueba del Derecho extranjero ni la oportunidad de que el Tribunal supla la prueba del mismo. Además, dadas las alegaciones y argumentaciones de las partes, la resolución del re-*

motivo del recurso de casación, anular la sentencia recurrida y asumir la instancia, desestimando el recurso de apelación del demandante y confirmando el fallo de la sentencia de primera, aunque por razones diferentes a las esgrimidas por el Juzgado, y por lo dicho, el asunto debe ser resuelto por el Derecho colombiano.

- b) **ATS 9460/2018, de 12 de septiembre de 2018: el tribunal está obligado a la correcta aplicación del derecho extranjero**

La parte recurrente formaliza recurso extraordinario por infracción procesal –que no nos interesa aquí– y de casación al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 de la LEC, alegando la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial de esta Sala.

El recurso de casación se funda en un único motivo: por infracción de los arts. 10.5, 12.1 y 6 del C.c., 281.2 LEC y 418.u del Código de Obligaciones Suizas, este último por aplicación indebida. Y la infracción de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de la Sala Civil del TS de fecha 4 de julio de 2006, 14 de octubre de 2014 y 17 de abril de 2015, siendo necesario que se declare infringida la misma conforme a la cual es de aplicación el art. 418u del Código Suizo. Afirma el Auto (FJ2) que sostiene el recurrente que ambas partes estaban de acuerdo en que el Derecho aplicable era el Derecho suizo, que fue aportado a la demanda por la parte ahora recurrida, y que en el momento en que consta que debe aplicarse el Derecho extranjero, así como su contenido y vigencia, el Tribunal está obligado a su correcta aplicación y para ello debe servirse de los medios necesarios sin que pueda resolver la controversia únicamente con un conocimiento parcial del Derecho extranjero. Y en consecuencia se dicta Auto de inad-

curso con arreglo al Derecho extranjero no da lugar a incongruencia (art. 218 LEC) y por el contrario la aplicación al caso del Derecho español, que según el art. 33.3 de la citada Ley 29/2015 debe hacerse solo con carácter «excepcional», cuando no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, resulta incorrecta.

misión por la causa prevista en el art. 483.2.3º LEC de inexistencia de interés casacional por falta de oposición a la doctrina jurisprudencial, afirmando que la sentencia recurrida en ningún momento se aparta de la doctrina expuesta, ya que aplica el art. 418u del Code des Obligations Suisse, en su redacción dada por la Ley Federal que completa el Código Civil Suizo-Libro V: Derecho de Obligaciones– de 30 de marzo de 1911, relativo a la indemnización por clientela en el marco del contrato de agencia (...).

- c) SAP Girona 255/2020, de 11 de febrero: la aplicación del derecho extranjero depende de que su vigencia y contenido queden probados por la parte o por el juez

En un recurso que trae causa de un procedimiento de modificación de medidas con sentencia que estima parcialmente la demanda en solicitud de modificación de las medidas establecidas en sentencia previa. En lo que atañe a la extinción de la pensión compensatoria, el apelante afirma que la ausencia de prueba del Derecho extranjero lleva consigo la aplicación de la legislación española, por lo que invoca el art. 101 del C.c. Se opone la parte contraria al recurso y recuerda que ambos litigantes tienen la nacionalidad Suiza y que fue en ese país en el contrajeron matrimonio, habiendo establecido en él su residencia habitual familiar hasta la ruptura, cuando ella trasladó a Mallorca su residencia junto con sus dos hijas, donde permanecen desde 2015, de manera que las partes presentan mayor vinculación con Suiza que con España, destacando el hecho de que en el convenio se pactó expresamente observar la legislación suiza.

Interesa destacar que en el FJ3 de la sentencia de apelación –con cita de STS 436/2005, de 10 de junio y STS de 27 de diciembre de 2006, entre otras– determina que *la aplicación del Derecho extranjero al proceso depende de que su vigencia y contenido queden probados, cosa que no ha sido realizada en este litigio*, ni por las partes litigantes ni por el propio Juzgado, *de acuerdo con lo dispuesto en el art. 281.2 LEC.*

1.4. Valoración crítica

1.4.1. La profunda contradicción existente y la necesidad de modificar la doctrina dominante en algunos puntos

Tres son los puntos problemáticos en la doctrina expuesta. A saber: en primer lugar, y «sin matices», valga aquí el juego de palabras— el relativo a la afirmación de que el Derecho extranjero recibe un tratamiento de hecho *pero matizado*. En segundo lugar, la afirmación de que el empleo de los medios de averiguación del Derecho extranjero por el Tribunal es solo una facultad. Y en tercer lugar, la afirmación relativa a la consecuencia de la aplicación del Derecho español ante la falta de prueba del Derecho extranjero, pues dada la generalización de la misma en el planteamiento formulado —como única alternativa a la desestimación de la demanda— limita la solución de un modo inadmisibles, obviando que a partir de lo dispuesto en el art. 33 LCJMC debe afirmarse la excepcionalidad de tal solución más que contraponerla a otras soluciones.

En lo que sigue se realiza una breve crítica ordenada punto por punto, por razón de ordenación sistemática.

A) Sobre la aplicación de oficio de las normas de conflicto

Sobre la aplicación de oficio de las normas de conflicto poco hay que añadir al respecto, pues es una afirmación indiscutible en el sistema jurídico español. Debe tenerse en cuenta que las normas de conflicto aparecen en el C.c. en su redacción originaria de 1888 y posterior de 1889 en los arts. 9-11, sin establecer expresamente la obligatoriedad de su aplicación, aunque se admitía como implícita en su formulación. Es ya en la redacción del art. 12 C.c. (Decreto nº 1836, de 31 de mayo de 1974 cuando se establece la redacción del art. 12 C.c. en el nuevo Título Preliminar del C.c., cuando aparece el carácter imperativo o de *ius cogens* de la norma de conflicto del art. 12.6.I, sobre el que volveremos más adelante, para destacar los problemas planteados por la oscuridad de la norma, nunca del todo corregida. Estableció entonces el art. 12.6 C.c. en su párrafo I que *Los Tribunales y las autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español*, añadiendo unas especificaciones

en su pfo. II que fueron derogados por obra de la Disposición derogatoria Única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, quedando reducida su redacción al texto contenido antes en su pfo.1

El problema ha estribado siempre en que una interpretación orientada a la imperatividad en la aplicación de la norma de conflicto habría debido obligar a entender que el Juez deba controlar de oficio la aplicación del Derecho extranjero determinada por la norma de conflicto. Y ello porque debería quedar claro que desde el momento en que el Juez aplica de oficio su propia norma de conflicto, la carga de acreditar el contenido del Derecho vigente en el extranjero es independiente de la propia alegación del Derecho extranjero, puesto que surge del hecho de que la relación material deducida en el proceso deba ser regulada por el Derecho extranjero, ateniéndonos a lo dispuesto en la norma de conflicto española. Pero nunca ha sido esta la interpretación jurisprudencial.

Como ha sido acertadamente sintetizado más recientemente y resulta fácil de entender, ante la imperatividad de las normas de conflicto –que comporta la necesidad de que el Juez deba proceder a la aplicación del Derecho extranjero al margen de su alegación y/o prueba por las partes– solo cabe o incentivar la actuación judicial que haga respetar el carácter de *ius cogens*, o bien se sustituye la imperatividad de las normas de conflicto por un sistema facultativo.²⁰

B) Sobre la afirmación de que el derecho extranjero recibe un tratamiento de hecho pero matizado

Hemos dicho que la STS 198/2015, de 17 de abril, matiza la condición de *hecho* del Derecho extranjero, de tal manera que, par-

20 Con similares palabras, PICÓ I JUNOY, J., «La prueba del Derecho extranjero: ¿dónde está el problema», en *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, contencioso-administrativa y laboral*, op.col., dirs. ABEL LLUCH, X. y otros, ed. La Ley, 2011, p.475, concluyendo en los siguientes términos: *Pero lo que no tiene justificación alguna es mantener la actual práctica judicial que conduce a una solución antijurídica, injusta e imperialista.*

tiendo de que la exigencia de prueba del Derecho extranjero –cuando este resulta aplicable en virtud de la norma de conflicto española– *no transforma el Derecho extranjero, en cuanto conjunto de reglas para la solución de conflictos, en un simple hecho*, enunciando las consecuencias que se derivan de ello y que marcan la diferencia: la primera, que la infracción del Derecho extranjero aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso es apta para fundar un recurso de casación; y la segunda, que el Tribunal no queda constreñido –a diferencia de lo que sucede en la prueba de hechos en los litigios sobre derechos disponibles– a estar al resultado de las pruebas propuestas por las partes, sino que *puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación*.

Debe aplaudirse la contundencia con que se afirma que la infracción del Derecho extranjero aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso pueda fundar un recurso de casación, puesto que la doctrina acerca de ese punto ha sido marcadamente contradictoria. Volveremos sobre este particular en extenso en los apartados 2 y 3 líneas abajo. Mas –en cuanto a la segunda conclusión– ha de decirse que poco añade, puesto que efectivamente el hecho de que el Tribunal no quede constreñido al resultado de las pruebas propuestas por las partes es algo común a lo que sucede con los hechos en los Procesos civiles sobre derechos no disponibles. Conviene por ello un apunte a modo de reflexión.

Cuestionándose la doctrina si existía o no una verdadera carga de la prueba del Derecho extranjero con arreglo a lo dispuesto en el art. 12.6 C.c. antes de su modificación en el año 2000, con claridad expuso entonces CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.²¹ que la respuesta exige tener en cuenta que hay que partir de la idea de que el principio de la carga de la prueba es incompatible con los poderes probatorios del órgano judicial, *por muy facultativos que estos sean y por muy complementarios que desee*

21 CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Civil Internacional* ..., cit., pp. 68-69,

la Ley que sean. Porque, o el poder probatorio pertenece en exclusiva a las partes, en cuyo caso hay verdadera carga de la prueba, o no pertenece en exclusiva, en cuyo caso no se puede hablar de carga de la prueba desde un punto de vista técnico jurídico.

Es obvio que la norma era sumamente contradictoria, entre el principio que sentaba al decir en primer lugar que *los Jueces aplicarán de oficio la norma de conflicto española* y el resto del precepto. Ya lo hemos dicho, de ahí partimos. Pero dentro de esa contradicción cabía –cabe, pues no ha sido corregida– advertir que ni se trataba de un hecho ni la regulación tenía nada que qué ver con la carga de la prueba. El simple cuestionamiento pone de relieve la falta de claridad no solo respecto a qué sea el Derecho extranjero sino también respecto a lo que sea propiamente la carga de la prueba.

Ya hemos mencionado igualmente líneas arriba que la modificación del art. 12.6 del C.c. y la sustitución de los párrafos derogados por lo dispuesto en el art. art. 281.2.II LEC, heredero de la disposición derogada, no resolvió nada respecto a las consecuencias jurídicas en caso de falta de prueba del Derecho extranjero, pues no tomó partido por un sistema definido de prueba del Derecho extranjero. Y en cuanto a la regulación contenida en la LCJIMC también hay que decir que en relación con el tema que nos ocupa en este punto poco aporta, dado que en el apartado 1 del art. 33 se remite a lo dispuesto en el art. 281.2 LEC, disponiendo textualmente que *La prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero se someterá a las normas y demás disposiciones aplicables en la materia*, de modo que cabe compartir la opinión de la mayoría de la doctrina cuando afirma que esta regulación no hace sino confirmar lo que la jurisprudencia tradicional y mayoritaria ha venido defendiendo, sin aportar luz en este punto.

Por eso son tan destacables las manifestaciones contenidas en algunas resoluciones que muestran una contrastada divergencia con la doctrina dominante. Y así, resulta muy acertada la reflexión contenida en el FJ2 del **ATS 9460/2018, de 12 de septiembre de 2018**, cuando afirma que *en el momento en que consta que debe aplicarse el Derecho*

extranjero, así como su contenido y vigencia, el Tribunal está obligado a su correcta aplicación y para ello debe servirse de los medios necesarios sin que pueda resolver la controversia únicamente con un conocimiento parcial del Derecho extranjero. También la **SAP de Girona 255/2020, de 11 de febrero, en el FJ3** de la sentencia de apelación, con cita de STS 436/2005, de 10 de junio y STS de 27 de diciembre de 2006, entre otras, determina que *la aplicación del Derecho extranjero al proceso depende de que su vigencia y contenido queden probados, cosa que no ha sido realizada en este litigio, ni por las partes litigantes ni por el propio Juzgado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 281.2 LEC.*

- C) Sobre la afirmación de que el empleo de los medios de averiguación del derecho extranjero por el tribunal es una facultad pero no una obligación

La contradicción planteada entre la imperatividad de la norma de conflicto y el hecho de que el deber de investigación se convierta en una facultad de investigar complementaria de la actividad de las partes sigue estando presente, desde la formulación inicial contenida en el art. 12.6 C.c. hasta el presente. En aquella –tras imponer a la persona que invoque el Derecho extranjero el deber de acreditar su contenido y vigencia– añadía la norma: *sin embargo, para su aplicación el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias necesarias.* Ahora en el art. 281.2.III LEC cuando –tras determinar que el Derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia– añade a continuación: *pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.*

Por eso son tan destacables en este punto asimismo las dos resoluciones mencionadas en el apartado anterior. En particular en los procesos de Familia y demás con objeto indisponible, ha de destacarse la incidencia que haya de tener el refuerzo del papel del Juez en materia probatoria, de modo que deje de ser verdad la afirmación de que el empleo de los medios de averiguación del Derecho extranjero por el Tribunal sea una facultad pero no una obligación.

Asimismo ha de ponerse en valor el papel del M.F. en la prueba del Derecho extranjero, especialmente en los procesos civiles en los que sea parte. Al respecto, son muy pocas las sentencias que recuerden mencionarlo cuando hacen referencia a la actitud de las partes,

destacando a este respecto la SAP de Toledo 545/2020, de 4 de marzo de 2020, recordó mencionar al M.F. cuando tras afirmar que *en definitiva, los Tribunales españoles resultan competentes para conocer de la presente demanda, y a falta de toda alegación y prueba del Derecho Rumano, resulta también aplicable el Derecho español*, añade que *si bien echamos de menos una alegación expresa de tales cuestiones por ambas partes y por el MF y su análisis por la sentencia...*²²

D) Sobre la afirmación de que la consecuencia de la falta de prueba del derecho extranjero es la aplicación del derecho español y no la desestimación de la demanda

Ante la falta de respuesta por parte de la LEC/2000 –y ello en cualquiera de las hipótesis posibles– respecto a la cuestión que se plantea por la falta de alegación y/o prueba del Derecho extranjero que rige un litigio por mandato de las normas de conflicto españolas que ha de aplicar de oficio el Tribunal español,²³ ha ofrecido la doctrina científica diversas soluciones alternativas a la aplicación sustitutiva del Derecho

22 Vid. GONZÁLEZ GRANDA, P., «El papel del Ministerio Fiscal en la doctrina de la prueba del Derecho extranjero (a propósito de la circular 1/2020 FGE *sobre los recursos extraordinarios en el orden civil*)», op.col. dir. ARIZA COLMENAREJO, M.J. *Revisión del sistema de fuentes y su repercusión en el Derecho Procesal*, ed. Ed. Dykinson, 2021.

23 Como ya hemos dicho, la LEC/2000 no ofrece respuestas respecto a la cuestión que se plantea por la falta de alegación y/o prueba del Derecho extranjero que rige un litigio por mandato de las normas de conflicto españolas que ha de aplicar de oficio el Tribunal español en ninguna de las diversas hipótesis: ya sea porque las partes argumentan sus posiciones sobre el Derecho español y no invocan y/o no prueban el derecho extranjero, ya porque el demandante presenta su demanda fundada en el Derecho español y el demandado se limita a contestar

español, destacando la tesis de la desestimación de la demanda. Esa es la razón por la cual la STS 198/2015, de 17 de abril contrapone una y otra solución (literalmente: *la consecuencia de la falta de prueba del Derecho extranjero es la aplicación del Derecho español y no la desestimación de la demanda*).

Cierto que ha ofrecido la doctrina científica otras soluciones diferentes a una y otra, en las que no podemos entrar aquí –entre ellas la tesis de la inadmisión de la demanda, la de la «retroacción de las actuaciones procesales» o la tesis de la aplicación de oficio del Derecho extranjero–, pero la tesis mayoritariamente seguida por el TS y por la jurisprudencia de las AAPP es –como recoge en su síntesis la STS 198/2015/, de 17 de abril– la aplicación subsidiaria o sustitutiva del Derecho español, contrastando por cierto ello vivamente con la consideración del Derecho extranjero como una cuestión de hecho.²⁴ Y la tesis alternativa, preponderante en la doctrina española del Derecho Internacional Privado, –y solo en muy escasas ocasiones seguida por la práctica judicial-²⁵ es la tesis de la desestimación de la demanda, que adolece de consecuencias indeseables desde el punto de vista procesal, pues si bien respeta la remisión conflictual, aplica la regla de juicio de la carga de la prueba como si de un hecho se tratara el Derecho extranjero).

Pero antes de la LCJI se había llegado a una especie de consenso de fuente jurisprudencial, según el cual sería aplicable el Derecho material español cuando la Ley aplicable según la norma de conflicto

que el Derecho español no es aplicable sino que lo es el Derecho extranjero, que no prueba al entender que la carga es del actor y no lo hizo.

24 Agudamente al respecto, cfr. PICÓ I JUNY, J., *Curiosamente, a pesar de que la jurisprudencia sostiene mayoritariamente que estamos ante una cuestión de hecho, en un alarde de pragmatismo entiende que su falta de prueba no comporta la aplicación de las reglas del 'onus probandi' sino la aplicación supletoria del Derecho español*, en «La prueba del Derecho extranjero: ¿dónde está el problema», cit., p. 465.

25 Tesis seguida en alguna ocasión por la Sala de lo Social del TS en alguna ocasión (así SSTs de 22 y 25 de mayo –respectivamente– de 2001).

no fuera alegada o no fuera probada con éxito, en una doctrina avalada por el TC, especialmente en la medida en que vino a considerar –en su STC 172/2004, de 18 de octubre– que se trata de una materia de estricta legalidad ordinaria²⁶

Cabe cuestionarse si es compatible la aplicación subsidiaria del Derecho español cuando no se ha aplicado el Derecho extranjero con la aplicación de oficio de las normas de conflicto, en los términos ya expuestos líneas arriba. Y la respuesta es clara y en sentido negativo en tales términos.

Primero: Porque es lógico entender que resulta fundamental determinar cuáles hayan de ser las condiciones de habilitación para que entre en juego la aplicación subsidiaria en este contexto. Y dichas condiciones faltan en el desarrollo jurisprudencial, y faltaban hasta hace poco tiempo en la regulación normativa. Mas existe ahora una norma –la contenida en el art. 33.3 de la LCJIMC– que determina lo siguiente: *Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español.* Y con esa determinación del carácter *excepcional* como requisito habilitante para la aplicación subsidiaria del Derecho español, en realidad se propicia un cambio significativo, puesto que en adelante debiera entenderse que la aplicación del Derecho español solo podrá aplicarse cuando *no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero.*

Claro está que no se defiende en este trabajo –ya ha sido dicho– que el peso de la acreditación bascule totalmente hacia las partes en

26 De modo que su interpretación corresponde en exclusiva al orden jurisdiccional correspondiente y no al TC, –y consecuentemente el legislador puede optar por la solución legítima que más le convenza y mejor se adapte a las circunstancias económicas, sociales y jurídicas– pudiendo valer, sin reproche constitucional, desde la desestimación de la demanda cuando la Ley extranjera aplicable no fuera probada, la aplicación del Derecho del foro (español), la investigación de oficio o la inadmisión de la demanda.

ese reparto de fuerzas entre estas y el Juez²⁷, pero resulta innegable asimismo que el legislador está tratando de limitar con esta norma la aplicación sustitutiva del Derecho español, restringiendo esta posibilidad al supuesto *excepcional* de que efectivamente no haya quedado acreditado el contenido y vigencia del mismo. Razón por la cual no es posible compartir la opinión de que esta *regulación no hace sino confirmar lo que la jurisprudencia tradicional y mayoritaria ha defendido*,²⁸ porque resulta que ese carácter excepcional permite defender una lectura interpretativa muy diferente de la tradicional. Por eso son tan destacables en este punto asimismo las resoluciones divergentes. En este punto la aportación más interesante suministrada por la STS 1228/2018, de 3 de abril, es que subraya el carácter excepcional de la aplicación del Derecho español, con base en la disposición contenida en el art. 33.3 de la LCJIC.

Segundo, porque, si se elige la fórmula de la iniciativa probatoria de las partes con colaboración judicial, el corolario es que el Juez tiene la obligación de cooperar con los particulares siempre que éstos sean mínimamente diligentes, tal y como dispuso ya el TC en su Sentencia

27 La contradicción planteada entre la imperatividad de la norma de conflicto y el hecho de que el deber de investigación se convierta en una facultad de investigar complementaria de la actividad de las partes sigue estando presente, desde la formulación inicial contenida en el art. 12.6 C.c. hasta el presente. En aquella –tras imponer a la persona que invoque el Derecho extranjero el deber de acreditar su contenido y vigencia– añadía la norma: *sin embargo, para su aplicación el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias necesarias*. Ahora en el art. 281.2.III LEC cuando –tras determinar que el Derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia– añade a continuación: *pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación*.

28 ORTEGA GIMÉNEZ, A., «Régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero y *lex loci delicti commissi*. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 13 de diciembre de 2018, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2019), vol. 11, n° 2, pp. 705-717 (en particular en este punto p. 717).

10/2000, de 17 de enero,²⁹ tomando como base la debida diligencia de las partes, diferenciando entre: el supuesto en que ninguna de las partes invoca el Derecho extranjero, o bien alegándolo no aporta prueba sobre el mismo, en cuyo caso debe resolver el Juez conforme a Derecho español, puesto que no ha habido una mínima diligencia probatoria por las partes; y el supuesto en que sí ha existido una diligencia probatoria por parte de la litigante interesada, de modo que el órgano jurisdiccional ha de prestar a la parte la debida colaboración a través de los instrumentos de Cooperación Judicial Internacional.

De modo que cabe concluir en el siguiente sentido: si la norma extranjera no ha resultado suficientemente probada, ocasionando dudas conceptuales al Juez, debiera este utilizar los propios medios a su alcance –ahora mucho más fáciles al amparo de la LCJIMC–, sin desaprovechar la posibilidad de ayudar a las partes en la investigación del Derecho, a los efectos de no vulnerar en caso contrario el carácter imperativo de las normas de conflicto del art. 12.6 C.c., siempre que no encuentre justificación su excepcionalidad.

De acuerdo con ello y con la interpretación de colaboración entre Juez y partes, cabe defender que la aplicación subsidiaria con carácter excepcional del Derecho española debiera quedar reducida a los dos siguientes supuestos:

- 1º) El supuesto de que la Ley extranjera aplicable no pueda ser probada de manera satisfactoria, ya porque no contemple una respuesta a la pregunta específica del pleito, ya porque de manera general su contenido no pueda establecerse con suficiente certeza por motivos que estén fuera del control de las partes y del Juez. La consecuencia en tal caso ha de ser inequívoca: la *Lex fori* se aplicará subsidiariamente, pero los tribunales debieran justificar y detallar especialmente los pasos que siguieron y las razones por

29 Cfr. ADÁN DOMENECH, F., «Soluciones a la falta de prueba del Derecho extranjero», en *Justicia*, 2011, pp. 89 y ss.

las cuales no fueron exitosos, tal que se entienda que dicha solución ha de ser utilizada ponderando las circunstancias que concurren en el caso concreto, para ejercer o no tal facultad (*podrá aplicarse el Derecho español*). Interpretación que permitiría valorar la actitud de las partes, o mejor dicho, la *conducta procesal de las partes* con todo el provecho que podría extraerse de ello.

- 2º) Y el supuesto de que, una vez verificada la Ley extranjera aplicable, las autoridades judiciales españolas verifiquen la falta de conformidad de dicha Ley con el orden público que predomine en el momento en que decide el caso concreto.

1.4.2. En particular sobre la viabilidad del recurso de casación ante el Tribunal Supremo por infracción del Derecho extranjero

Hemos dicho que uno de los puntos más destacables de la doctrina recogida en la STS 198/2015, de 17 de abril es la referida a la consideración del Derecho extranjero como un hecho, y ha sido expuesta –líneas arriba– la pertinente crítica al respecto.

Pero, tratándose de un hecho *matizado*, conviene ahora detenerse en el primero de los matices que desarrolla la Sentencia cuando – tras afirmar su tratamiento de hecho– lo califica como hecho *matizado*, por cuanto la infracción del Derecho extranjero aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso es apta para fundar un recurso de casación.

Afirmación esta que sin duda resulta interesante, dado que la viabilidad del recurso de casación por infracción del Derecho extranjero ha sido siempre una cuestión dificultosa y polémica, en la que doctrina y jurisprudencia han estado divididas, si bien generalmente ha sido negada. Y la razón de tales dificultades deriva de que la respuesta que se dé a la cuestión depende en definitiva de dos factores esenciales: en primer lugar, cuál sea el concepto que se tenga de la legislación extranjera aplicable y particularmente la naturaleza jurídica que se le reconozca; y en segundo lugar, depende de cuáles sean los objetivos que se atribuyan al recurso de casación, porque ha de tenerse en cuenta que la respuesta afirmativa implica decidir que el TS pueda tener, entre sus funciones, la

de interpretar leyes o preceptos extranjeros. Y esto es lo que de forma clara afirma la mencionada STS de 17 de abril de 2015, si bien y a pesar de dicha claridad en los términos, tal afirmación no puede plasmarse en una realidad práctica, encontrando tantas dificultades que bien pareciera una verdadera carrera de obstáculos.

Es importante destacar que la consideración del Derecho extranjero como un hecho es la razón de que el recurso de casación haya tenido tantas dificultades en relación con la Infracción del Derecho extranjero, puesto que los hechos están excluidos del control casacional. Esto explica por qué la línea tradicional de la jurisprudencia del TS ha negado la posibilidad de casación por incorrecta aplicación del Derecho extranjero. Si bien también se han alegado otras dos razones: una, que el objeto del recurso de casación es mantener la *uniformidad de la jurisprudencia del TS sobre el Derecho español*, de modo que la interpretación del Derecho extranjero escapa de dicho objetivo; y dos, que de aceptarse el recurso de casación por infracción del Derecho extranjero, podrían producirse contradicciones entre la interpretación dada por el TS español y la sostenida por los jueces extranjeros sobre el Derecho extranjero.³⁰

No obstante ello, existen toda una serie de razones que amparan y justifican la solución que ha venido a sancionar de modo expreso la STS 198/2015, de 17 de abril, si bien todas ellas exigen una toma de posición respecto a la naturaleza jurídica del Derecho extranjero incompatible con su consideración como un hecho, siendo esta circunstancia la que plantea una contradicción dentro del punto expuesto en la mencionada STS. Porque si el Derecho extranjero es un hecho un *matiz* no puede llevar consigo la conclusión expuesta. Por el contrario, si el Derecho extranjero es Derecho, la no indicación expresa en el art. 477.1 LEC –que permite recurrir en casación por «la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso» puede llevar-

30 CALVO-CARAVACA, A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Aplicación del Derecho extranjero en España y la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil», cit., p. 302.

nos a defender que sea admisible, al no distinguirse ahí entre normas españolas o extranjeras aplicables a un caso concreto. Pero ello a condición –obviamente– de que el Derecho extranjero tenga la consideración de Derecho y no de hecho. Desde esa premisa –que no es la premisa de que parte la mencionada STS– no hay problema en afirmar que el Derecho extranjero desarrolla la misma función que el Derecho español cuando es aplicable: resolver la controversia, de modo que la infracción de un Derecho extranjero aplicable según la norma de conflicto española supone un error jurídico y puede desembocar en una solución antijurídica, correspondiendo al TS el deber de restablecer la correcta aplicación del Derecho aplicable, sea español o extranjero, siempre que, en este segundo caso, los derechos subjetivos e intereses legítimos de los litigantes queden regulados –por voluntad del legislador– por un Derecho extranjero y no por el Derecho español.

Aparte de la contradicción antedicha, el problema está en que, pese a la claridad de los términos de la mencionada STS de 17 de abril de 2015, la afirmación de la viabilidad del recurso de casación por infracción del Derecho extranjero encuentra tantas dificultades que bien pareciera una verdadera carrera de obstáculos. La razón fundamental radica en la problemática específica de la fundamentación del interés casacional en la prueba del Derecho extranjero, punto al que dedicamos nuestra atención en el apartado siguiente.

2. La problemática específica de la fundamentación del interés casacional en la prueba del Derecho extranjero

2.1. El laconismo de las exigencias del interés casacional en la LEC y su desarrollo por obra del TS y de la FGE

La Exposición de Motivos de la LEC define el interés casacional en su apartado XIV como *el interés trascendente a las partes procesales que*

puede presentar la resolución de un recurso de casación». Y delimita el art. 477.3 de la LEC en tres las motivaciones que conllevan la apreciación de interés casacional: (1) oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del TS; (2) resolución en la sentencia recurrida de puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las AAPP; y (3) cuando aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este caso, no exista doctrina jurisprudencial del TS relativa a normas anteriores de igual o similar contenido. Siendo en todos los casos la misma su finalidad: la fijación de la doctrina que se estima correcta en contra del criterio que la sentencia recurrida haya seguido, bien frente a la doctrina jurisprudencial del TS, o bien frente a otras sentencias de AAPP.

No buscó la LEC un concepto jurídico indeterminado sino un presupuesto de objetivación, defendiéndose precisamente este propósito en el apartado XIV del Preámbulo, entre otras razones por cuanto *aporta más seguridad jurídica a los justiciables y a sus abogados* y en cuanto *elimina los riesgos de desconfianza y desacuerdo con las decisiones del Tribunal*, siendo por ello *preferible al método consistente en atribuir al propio tribunal casacional la elección de los asuntos merecedores de su atención, como desde algunas instancias se ha propugnado*.

Pero son tantas las dudas que la regulación legal suscitó en su plasmación práctica –sin olvidar las diversas reformas habidas en la materia– que muy pronto consideró el TS la necesidad de pronunciarse al respecto a través de la potestad que el art. 264.1 de la LOPJ (LOPJ) otorga a las Salas de Justicia en Pleno, es decir mediante Acuerdos Plenarios no jurisdiccionales de su Sala Primera, que si bien no tienen carácter vinculante ni constituyen jurisprudencia, sirven de guía de las futuras decisiones del TS, en este caso en materia de admisión de los recursos extraordinarios. Volveremos sobre este punto en el último apartado del presente trabajo

El primer instrumento al efecto – considerablemente más breve y menos elaborado que los siguientes– fue el **Acuerdo de 12 de diciembre de 2000** sobre *Criterios de recurribilidad, admisión y régimen transi-*

torio en relación con los recursos de casación y extraordinario por Infracción procesal, regulados en la nueva LEC, que vino a desarrollar el concepto de interés casacional a través de la articulación de todo un conjunto de requisitos de admisibilidad de los recursos de casación y extraordinario por Infracción procesal tendentes a la objetivación perseguida, tanto respecto a la articulación de la fundamentación del interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial del TS³¹, como respecto a la articulación de la fundamentación del interés casacional por jurisprudencia contradictoria de las AAPP³².

31 *Dispone que hace ello necesario citar dos o más sentencias de la Sala Primera, razonándose cómo, cuándo y en qué sentido ha sido vulnerada la doctrina de cada una de ellas. Mencionado asimismo que –por lo que respecta al interés casacional– cuando se alegue oposición a jurisprudencia del TS, la preparación defectuosa será apreciable al omitirse la expresión de las sentencias de la Sala Primera, y también cuando se mencionen éstas y su contenido, pero no se razone la vulneración de su doctrina por la resolución recurrida, lo que resulta imprescindible para que la AP pueda examinar el supuesto de recurribilidad invocado y decidir sobre la preparación del recurso de casación.*

32 *En cuanto a la jurisprudencia contradictoria de las AAPP, aclara que por tal debe entenderse la relativa a un punto o cuestión jurídica sobre el que exista un criterio dispar entre AAPP o Secciones orgánicas de la misma o diferentes AAPP, exigiéndose dos sentencias firmes de uno de esos órganos jurisdiccionales decidiendo en sentido contrario al contenido en el fallo de otras dos sentencias también firmes de diferente Tribunal de apelación, por lo cual la diversidad de respuestas judiciales, en razón a fundamentos de derecho contrapuestos, debe producirse en controversias sustancialmente iguales, lo que requiere expresar la materia en que existe la contradicción y de qué modo se produce ésta, así como exponer la identidad entre cada punto resuelto en la sentencia que se pretende recurrir y aquel sobre el que existe la jurisprudencia contradictoria que se invoca.*

Mencionando asimismo que si se funda el interés casacional en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las AAPP, sobre puntos y cuestiones jurídicas resueltas por la sentencia que se pretende recurrir en casación, *la preparación defectuosa concurrirá cuando se prescinda de mencionar las sentencias firmes de AAPP, que deberán ser dos de un mismo órgano jurisdiccional y otras dos de otro órgano diferente, siendo rechazable la enumeración masiva de resoluciones, que habrán de limitarse a cuatro por cada punto de cuestión o contradicción (dos en cada sentido) y, en el caso de citarse más, se estará a las de fecha más reciente; asimismo será necesario recoger el contenido de las*

Posteriormente, y con ocasión de la reforma de la regulación de los recursos de casación y extraordinario por Infracción procesal mediante la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal³³– que modificó de manera sustancial la regulación de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal– la Sala Primera del TS publicó un nuevo **Acuerdo de fecha 30 de diciembre de 2011 sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por Infracción procesal**, que vino a sustituir al anterior, en un documento mucho más extenso y prolijo en determinaciones positivas y excepciones.

Recordamos que radicó el eje de la reforma procesal penal en la universalización del recurso de casación por razón de interés casacional, que es la modalidad que mejor permite al TS cumplir de forma más eficaz los fines legalmente establecidos –en palabras del Preámbulo de la Ley– al establecerse con carácter general la existencia de un interés casacional consistente en síntesis en la necesidad de unificación o fijación de la interpretación de la Ley como presupuesto que da lugar a la admisibilidad del recurso, cualquiera que sea la forma de tramitación y la cuantía del asunto.

sentencias, su «ratio decidendi» con expresión de la específica materia en que se suscita la contraposición jurisprudencial y de qué modo se produce, siendo preciso razonar sobre la identidad de supuestos entre la sentencia recurrida y las que se invoquen como contradictorias entre sí, lo que igualmente resulta imprescindible para que la AP efectúe el control de recurribilidad que le corresponde en la fase preparatoria (art. 479.4 LEC).

33 Hemos de recordar que el Art. Cuarto de la Ley 37/2011 modifica los arts. 470 (Interposición del recurso extraordinario por Infracción procesal), 471 (Contenido del escrito de interposición del recurso extraordinario por Infracción procesal), 473 (Admisión del recurso extraordinario por Infracción procesal), 478 (Competencia. Simultaneidad de recursos de casación y extraordinario por Infracción procesal), 479 (Interposición del recurso de casación), 480 (queda sin contenido), 481 (Contenido del escrito de interposición del recurso de casación) y 483 (Decisión sobre la admisión del recurso de casación). Y modifica la Disposición Final Decimosexta, reguladora del Régimen Transitorio en materia de recursos extraordinarios

El problema estriba en que –como bien explicita el Acuerdo del TS de 2011 en su Punto 2–, frente al carácter más objetivo que revestía el criterio de la cuantía como modalidad de acceso al recurso, la nueva regulación exige desarrollar una labor procesal más compleja para dirimir la admisibilidad de los recursos, discerniendo la existencia del interés casacional. Circunstancia ésta principal que llevó a la Sala primera a la elaboración de un nuevo Acuerdo para la aplicación de la reforma, que –con base en el concepto de interés casacional desarrollado en el Acuerdo previo, pormenoriza los elementos cuya concurrencia debe indicar claramente la parte recurrente, para que –por razones de congruencia y contradicción procesal– sea admisible el recurso interpuesto. Y es claramente perceptible que se van introduciendo elementos que tienden a «flexibilizar» el concepto, perdiendo en parte su naturaleza pretendidamente el interés casacional, al mismo tiempo que se incrementan los requisitos formales.

Así, y por lo que se refiere a la oposición o desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del TS, establece el Acuerdo una serie detallada de precisiones,³⁴ interesando destacar las ex-

34 Entre las que destacan las siguientes:

- El concepto de jurisprudencia comporta, en principio, reiteración en la doctrina de la Sala Primera del TS, siendo necesario que en el escrito de interposición se citen dos o más sentencias de la Sala Primera del TS, y que se razone cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia que se establece en ellas.
- No es admisible esta modalidad de recurso cuando: (a) la alegación de oposición a la jurisprudencia de la Sala Primera del TS carezca de consecuencias para la decisión del conflicto, atendida la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida; (b) el criterio aplicable para la resolución del problema jurídico planteado dependa de las circunstancias fácticas de cada caso, salvo que estas sean idénticas o existan solo diferencias irrelevantes; y ello teniendo en cuenta que no es necesario que las sentencias invocadas se refieran a un supuesto fáctico idéntico al resuelto en la sentencia recurrida, pero en todo caso, la parte recurrente debe justificar que la resolución del problema jurídico planteado en el recurso se opone al criterio seguido por la jurisprudencia; (c) la aplicación de la juris-

cepciones flexibilizadoras a tales reglas, Son las dos siguientes, la primera objetiva y la segunda dejada al criterio de la Sala Primera: :

- (1) Cuando se trate de sentencias del Pleno de la Sala Primera del TS o de sentencias dictadas fijando doctrina por razón de interés casacional, basta la cita de una sola sentencia invocando su jurisprudencia, siempre que no exista ninguna sentencia posterior que haya modificado el criterio seguido.
- (2) Cuando, *a criterio de la Sala Primera del TS*, la parte recurrente justifique debidamente la necesidad de modificar la jurisprudencia en relación con el problema jurídico planteado, porque haya evolucionado la realidad social o la común opinión de la comunidad jurídica sobre una determinada materia. Si bien esta última excepción tiene el carácter extraordinario que se desprende de su naturaleza y por ello el recurso no es admisible cuando la Sala Primera del TS no aprecie la posibilidad razonable de que deba ser modificada la jurisprudencia.

En cuanto a la existencia de jurisprudencia contradictoria de las AAPP sobre alguno de los puntos o cuestiones resueltos por la sentencia recurrida, efectúa igualmente el Acuerdo toda una suerte pormenorizada de reglas y requisitos,³⁵ con la mención de una excepción a las mis-

prudencia de la Sala Primera del TS invocada solo pueda llevar a una modificación del fallo recurrido mediante la omisión total o parcial de los hechos que la AP considere probados; y (d) concurra cualquier otra circunstancia análoga que implique la inexistencia de interés casacional

35 Destacan al efecto las siguientes precisiones:

El concepto de jurisprudencia contradictoria de las AAPP comporta la existencia de criterios dispares entre Secciones de AAPP mantenidos cada uno con la suficiente extensión e igual nivel de trascendencia, de modo que puedan calificarse como jurisprudencia operativa en el grado jurisdiccional correspondiente a estos tribunales. En consecuencia, este elemento exige que sobre un problema jurídico relevante para el fallo de la sentencia recurrida se invoquen dos sentencias firmes de una misma Sección de una AP que decidan en sentido contrario al seguido en

mas –nuevamente dejada a la interpretación de la Sala Primera, de modo que *es admisible el recurso de casación cuando, a criterio de la Sala Primera del TS, conste de manera notoria la existencia de jurisprudencia contradictoria de las AAPP sobre el problema jurídico planteado*. Para ello es necesario que el problema jurídico haya sido debidamente puntualizado por la parte recurrente y se haya justificado la existencia de un criterio dispar entre AAPP mediante la cita de sentencias contrapuestas.

Por último, y debido especialmente a la modificación de las causas de inadmisión del recurso de casación mediante la nueva redacción

otras dos sentencias, también firmes, de una misma Sección. Esta última ha de ser distinta, pertenezca o no a la misma AP y una de las sentencias invocadas ha de ser la recurrida

- El problema jurídico resuelto debe ser el mismo. En consecuencia, la parte recurrente debe expresar el problema jurídico sobre el que existe la contradicción que alega, indicar de qué modo se produce esta y exponer la identidad de razón entre cada punto del problema jurídico resuelto en la sentencia recurrida y aquel sobre el que versa la jurisprudencia contradictoria invocada.
- No es admisible el recurso en el que se invoque este elemento cuando: (a) exista jurisprudencia de la Sala Primera del TS sobre el problema jurídico planteado; (b) se invoquen menos de dos sentencias firmes dictadas por una misma sección de una AP en las que se decida colegiadamente en un sentido; (c) se invoquen menos de dos sentencias firmes dictadas por una misma sección de una AP, diferente de la primera, en las que se decida colegiadamente en sentido contrario; (d) en el primer grupo o en el segundo no figure la sentencia recurrida; (e) la contradicción entre las sentencias invocadas carezca de consecuencias para la decisión del conflicto, atendida la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida; (f) el criterio aplicable para la resolución del problema jurídico planteado dependa de las circunstancias fácticas de cada caso, salvo que estas sean idénticas o existan solo diferencias irrelevantes; (g) la aplicación de la jurisprudencia invocada como contradictoria solo pueda llevar a una modificación del fallo recurrido mediante la omisión total o parcial de los hechos que la AP considere probados en la sentencia recurrida; y (h) concurra cualquier otra circunstancia análoga que implique la inexistencia de interés casacional.

del art. 483.2 LEC efectuada por la LO 7/2015, de 21 de julio, un nuevo Acuerdo de la Sala Primera del TS sino a sustituir al anterior: el **Acuerdo de 27 de enero de 2017** sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por Infracción procesal del Pleno no jurisdiccional de la Sala Primera. Subraya en su Preámbulo que ha de tenerse en cuenta que los criterios de admisión –modificados legalmente– forman parte del sistema de recursos, según reiterada jurisprudencia del TC³⁶. Y conviene observar que –so pretexto de que *sean claros, comprensibles y razonablemente concisos en aras de su mejor utilización por sus destinatarios principales*– detalla mucho más pormenorizadamente los aspectos formales con carácter general³⁷ y los requisitos específicos del recurso de casación por interés casacional en cada una de sus modalidades, advirtiéndose asimismo que al mismo tiempo se advierte un creciente espacio para el arbitrio judicial en la admisión o inadmisión de los recursos.

Entre los requisitos de la fundamentación del interés casacional en las dos modalidades que aquí interesan (por oposición a la jurisprudencia del TS o bien por contradicción entre AAPP) hemos de poner

36 Con cita de las STC 150/2004, 114/2009 y 10//2012, entre otras.

37 Determinando entre otros extremos detalles tales como que un recurso extraordinario no puede estructurarse como un escrito de alegaciones, sino que el cuerpo del escrito debe estructurarse en dos partes perfectamente diferenciadas. En la primera, la parte recurrente debe precisar la norma que le habilita para interponer el respectivo recurso, de modo que: –si se trata de un recurso de casación, se identificará de forma precisa el supuesto de los tres previstos en el art. 477.2 LEC que permita el acceso a dicho recurso (art. 481.1 LEC). Si se trata de un recurso extraordinario por Infracción procesal autónomo –sin recurso de casación conjunto–, se expresará la modalidad que lo permita. Y si se trata de un recurso por Infracción procesal interpuesto conjuntamente con recurso de casación por interés casacional y subordinada su admisión a la de este último (DF 16^a) se ha de indicar así de forma expresa. Y en la segunda parte, han de exponerse los motivos del recurso, debiendo constar cada uno de ellos de un encabezamiento y de un desarrollo, que deben cumplir con los requisitos que se enuncian en el Acuerdo, distinguiendo entre Requisitos de encabezamiento de cada motivo del recurso y Requisitos del desarrollo de cada motivo del recurso

atención en lo siguiente: *Debe tenerse en cuenta que el recurso no puede ser admitido, entre otros supuestos* –lo cual indica que no es un listado cerrado sino al arbitrio del TS– *si la oposición a la jurisprudencia invocada o pretendida carece de consecuencias para la decisión del litigio, atendida la ratio decidendi de la sentencia recurrida; si el criterio aplicable para resolver el problema planteado depende única o sustancialmente de las circunstancias fácticas de cada caso; o si la aplicación de la jurisprudencia invocada o pretendida solo puede llevar a una modificación del fallo mediante la omisión total o parcial o de los hechos que la Audiencia Provincial considere probados.*

Como requisitos específicos del recurso de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, hay que tener en cuenta principalmente los siguientes:

1. El concepto de jurisprudencia comporta, en principio, reiteración en la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, siendo necesario en consecuencia, que en el escrito de interposición se citen dos o más sentencias de la Sala Primera y que se razone cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia que se establece en ellas, debiendo existir identidad de razón entre las cuestiones resueltas por las sentencias citadas y el caso objeto del recurso.
2. Como excepciones, las dos siguientes:
 - 1ª) Cuando se trate de sentencias del Pleno o de sentencias dictadas fijando doctrina por razón de interés casacional, bastará la cita de una sola sentencia, pero siempre que no exista ninguna sentencia posterior que haya modificado su criterio de decisión.
 - 2ª) Asimismo como excepción no será imprescindible la cita de sentencias cuando, *a criterio de la Sala Primera del TS*, la parte recurrente justifique debidamente la necesidad de establecer jurisprudencia o modificar la ya establecida en relación con el problema jurídico planteado porque haya evolucionado la realidad social o la común opinión de la

comunidad jurídica sobre una determinada materia. Esta excepción tiene el carácter extraordinario que se desprende de su naturaleza, y por ello el recurso no será admisible cuando la Sala Primera del Tribunal Supremo no considere que su jurisprudencia deba ser modificada.

En cuanto a los requisitos específicos del recurso de casación por interés casacional por contradicción entre AAPP, los más relevantes a los efectos expositivos de este trabajo son los siguientes:

1. El concepto de jurisprudencia contradictoria de las AAPP comporta la acreditación de que existen soluciones diferentes para el mismo problema por parte de distintas AAPP y que no existe jurisprudencia del TS sobre dicho problema. La parte recurrente debe expresar el problema jurídico sobre el que existe la contradicción que alega, indicar de qué modo se produce esta y exponer la identidad de razón entre cada punto del problema jurídico resuelto en la sentencia recurrida y aquel sobre el que versa la jurisprudencia contradictoria invocada. Y Debe invocar al menos dos sentencias dictadas por una misma Sección de una AP en las que se decida colegiadamente en un sentido y al menos otras dos, procedentes también de una misma Sección de una AP, diferente de la primera, en las que se decida colegiadamente en sentido contrario. En uno de estos dos grupos debe figurar la sentencia recurrida. Requisito que solo podrá flexibilizarse cuando el elevado número de Secciones de una Audiencia Provincial dificulte objetivamente su cumplimiento.
2. Como excepción, *no será imprescindible la cita de sentencias con los requisitos indicados cuando, a criterio de la Sala Primera –obsérvese de nuevo el espacio para la interpretación– conste de manera notoria la existencia de jurisprudencia contradictoria de las AAPP sobre el problema jurídico planteado, siendo para ello necesario que el problema haya sido debidamente puntualizado por la parte recurrente y se haya justificado la existencia de un criterio dispar entre AAPP mediante la cita de sentencias contrapuestas.*

A los Acuerdos plenarios del TS como instrumentos conformadores de los requisitos de admisibilidad de los recursos extraordinarios hay que añadir la **Circular 1/2020, sobre los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal en el orden jurisdiccional civil**, cuyo objetivo es facilitar la labor de los Fiscales (adscritos a las Secciones Civiles, de Menores, de Violencia de Género y de Extranjería)³⁸, dándoles pautas orientativas para valorar la procedencia y viabilidad de su interposición y en su caso a la hora de redactar el escrito del recurso de casación, de infracción procesal y de queja, *con la finalidad de promover la utilización de estas vías procesales imprescindibles para generar criterios jurisprudenciales sólidos en el ámbito de intervención del Ministerio Fiscal*, poniendo asimismo de relieve que la función nomofiláctica de la casación en relación con los procesos en los que se atribuye al MF legitimación, que adquiere una especial importancia por afectar a ámbitos especialmente sensibles de los derechos de los ciudadanos.³⁹

Con una especial atención al Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Civil del TS de 27 de enero de 2017 *sobre Criterios de*

38 Vid. Instrucción 4/2009, de 29 de diciembre, *sobre la organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas*; Instrucción 1/2009, de 27 de marzo, *sobre la Organización de los servicios de protección de las Secciones de Menores*; Instrucción 7/2005, de 23 de junio, *sobre el Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer y las Secciones contra la Violencia sobre la Mujer de las Fiscalías*; e Instrucción 5/2007, de 18 de julio, *sobre los Fiscales de sala coordinadores de siniestralidad laboral, seguridad vial y extranjería y sobre las respectivas secciones de las Fiscalías territoriales*.

39 Con cita de instrumentos anteriores (la Circular 3/1986, de 15 de diciembre, *sobre la intervención del M.F en los procesos de separación y divorcio* y en particular de la Circular 1/2001, de 5 de abril, *sobre la incidencia de la nueva LEC en la intervención del Fiscal en los procesos civiles*, en la que abordó en su epígrafe IX el recurso de casación), menciona que las ulteriores modificaciones hacen necesario un nuevo pronunciamiento, actualizando la doctrina de la FGE y ampliando las pautas, a la luz de la experiencia práctica acumulada desde la entrada en vigor de la LEC de 2000.

admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, ahonda en determinados aspectos relevantes.

En cuanto al fundamento del recurso de casación, destaca que el recurso de casación solo puede fundarse en un único motivo: la infracción de las normas sustantivas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477.1 LEC) realizando una serie de precisiones en torno a la naturaleza de tales normas. Aclara la Circular que debe tratarse de normas de Derecho privado, civiles, o mercantiles, con categoría de Ley o asimiladas a las leyes (en el mismo sentido ATS de 13 de febrero de 2019),⁴⁰ y es justo en este punto cuando la Circular menciona –con cita de la STS de 4 de julio de 2006– que *se admite que el recurso se articule por infracción de una norma extranjera, aclarando al respecto que la Ley aplicable puede ser infringida, inaplicada, etc. Y no debe hacerse diferencia entre Derecho extranjero y Derecho nacional una vez que se ha demostrado que el primero es aplicable al caso sometido al juzgador, porque otra consecuencia sería tanto como impedir el acceso a los recursos establecidos*

40 Y esa posibilidad de alegar infracción de otras normas sustantivas con rango distinto al de la Ley es lo que permite:

- Alegar infracción de preceptos constitucionales, no solo en el caso de procesos para la tutela de derechos fundamentales sino en cualquier proceso, y no solo en relación con los artículos que regulan los derechos fundamentales sino respecto de cualquier otra norma siempre que pueda considerarse sustantiva, excluyéndose expresamente el art. 24 CE.
- Alegar normas contenidas en Decretos Leyes y Decretos Legislativos, si bien no las normas de rango reglamentario, sino en dicho ámbito la regla general de que no son aptas para fundamentar la casación (ATS de 23 de enero de 2019).
- Articular un motivo de casación en la infracción de un principio general del Derecho, *pero para ello debe fundamentarse la norma que lo ampara o la jurisprudencia que lo acoge* (STS 891/2001, de 8 de octubre).
- Y hay también consenso en la posibilidad de invocar una norma sustantiva contenida en un Tratado internacional ratificado por España. Igualmente es pacífica la posibilidad de invocar normas sustantivas de Derecho de la Unión Europea, tanto originario como derivado.

por la Ley (...) además de infringir la norma conflictual española. Y añade a continuación: *Sin embargo la doctrina formulada en un recurso de casación por infracción del Derecho extranjero no debe ser tenida como doctrina legal a los efectos del art. 6.1 del C.c., sin perjuicio de que pueda servir de pauta en posteriores conflictos ante los Tribunales españoles producidos en problemas semejantes en los que deban aplicarse las mismas normas jurídicas.*

Destaca asimismo el enunciado de requisitos comunes cuando se invoca interés casacional,⁴¹ mencionando determinadas **pautas flexibilizadoras** extraídas a través de la jurisprudencia del TS, que por ejemplo

41 Y en particular los siguientes:

- Lo que constituye interés casacional no es la mera diferencia entre la sentencia impugnada y otras resoluciones, sino la existencia de un previo y reiterado antagonismo entre órganos judiciales, que haya determinado la existencia de «jurisprudencia contradictoria» que el legislador trata de evitar, permitiendo al TS sentar una doctrina con finalidad unificadora (ATS de 10 de junio de 2014).
- El art. 477. 3 LEC solo contempla como supuestos en los que puede concurrir el interés casacional que la sentencia recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial del TS, que exista jurisprudencia contradictoria de las AAPP, o que se apliquen normas que no lleven más de cinco años en vigor.
- No cabiendo invocar la vulneración de la doctrina de los TSJ, ni de la doctrina constitucional, ni de órganos no judiciales como puede ser la DGRN. Respecto a la posibilidad de fundar el interés casacional en resoluciones del TJUE, el TS negó en un principio dicha posibilidad (ATS de 20 enero de 2009), si bien posteriormente ha rectificado su criterio, hasta el punto de declarar que *es suficiente la cita como infringida de una sola sentencia del TJUE para que deba entenderse cubierta la justificación formal de interés casacional.*
- Dado que el recurso de casación por interés casacional va encaminado a la fijación de doctrina jurisprudencial, a los requisitos comunes a todo recurso de casación hay que añadir los siguientes:
 - a) La justificación, con la necesaria claridad, de la concurrencia del interés casacional, incurriéndose en inadmisión si no se establece con precisión «cuál es la jurisprudencia que se solicita sea fijada, declarada infringida o desconocida (...)» (ATS de 5 de octubre de 2015)

en la STS 339/2016, de 24 de mayo ha declarado que *aun no quedando rigurosamente justificado el interés casacional, el recurso puede ser admisible si sobre el problema jurídico planteado (...) existe jurisprudencia de esta Sala y la sentencia recurrida ha resuelto de forma contraria a ella.*

Interesa aquí el enunciado de requisitos específicos cuando se invoca interés casacional, ya sea por oposición a la doctrina jurisprudencial del TS⁴² o bien jurisprudencia contradictoria de las AAPP⁴³,

b) Debe tenerse en cuenta que el recurso no puede ser admitido, entre otros supuestos (...) *si el criterio aplicable para resolver el problema planteado depende única o sustancialmente de las circunstancias fácticas de cada caso; o si la aplicación de la jurisprudencia invocada o pretendida solo puede llevar a una modificación del fallo mediante la omisión legal o parcial o de los hechos que la AP considere probados.*

- Tampoco basta con enumerar sentencias de la Sala con un criterio jurídico que se dice coincidente, sino que la parte recurrente debe razonar *cómo, cuándo y en qué sentido ha sido vulnerada por la sentencia recurrida la doctrina del TS denunciada, lo que resulta imprescindible para que la AP pueda examinar el supuesto de recurribilidad invocado y decidir sobre la preparación del recurso de casación* (AATS de 12 de mayo de 2009, de 28 de abril de 2009 y de 21 de abril de 2009).

42 Cuando se invoca interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del TS, deben tenerse en cuenta los siguientes puntos:

- Si existe jurisprudencia del TS, concurre interés casacional si la AP la contradice, pero no si la respeta.
- No concurre interés casacional cuando la sentencia invocada examina «un supuesto con evidentes peculiaridades» derivadas de las circunstancias concretas concurrentes (ATS de 31 de marzo de 2009, rec. 2417/2005).
- Una única sentencia del TS no crea jurisprudencia y no es, por tanto, apta para fundamentar el recurso por interés casacional (en este sentido ATS de 5 de octubre de 2016, rec. 474/2016). El concepto de jurisprudencia comporta, en principio, reiteración en la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, siendo necesario, en consecuencia, que en el escrito de interposición se citen dos o más sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, y que se razone cómo, cuándo y en qué sen-

en un análisis aún más promenorizado que el del Acuerdo de 2017.

tido la sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia que se establece en ellas (ATS de 11 de septiembre 2019, rec. 31/2019).

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

43 Cuando se invoca interés casacional por jurisprudencia contradictoria de las AAPP, interesan las siguientes precisiones:

- La jurisprudencia contradictoria de AAPP comporta la existencia de criterios dispares entre Secciones de AAPP mantenidos cada uno con la suficiente extensión e igual nivel de trascendencia, de modo que puedan calificarse como jurisprudencia operativa en el grado jurisdiccional correspondiente a estos tribunales, habiendo de acreditarse – en consecuencia– que existen soluciones diferentes para el mismo problema por parte de distintas AAPP y que no existe jurisprudencia del TS sobre dicho problema.
- Para justificar dicha contradicción, esta modalidad del recurso por interés casacional exige citar al menos dos sentencias dictadas por una misma Sección de una AP en las que se decida en un sentido y al menos otras dos, procedentes también de una misma Sección de una AP diferente de la primera, en las que se decida en sentido contrario, y en uno de estos dos grupos debe figurar la sentencia recurrida. Requisito que – según el Acuerdo de 2017– se podrá flexibilizar cuando el elevado número de secciones de una AP dificulte objetivamente su cumplimiento.

Entre otros muchos otros pormenores respecto al concepto de jurisprudencia contradictoria, menciona los siguientes:

- Si existe jurisprudencia contradictoria de las AAPP pero existe jurisprudencia del TS y la sentencia recurrida es conforme a la jurisprudencia del TS no concurrirá interés casacional (en este sentido se pronuncia el ATS de 5 de octubre de 2015).

Como excepciones, las tres siguientes:

1. No será imprescindible la cita de sentencias con los requisitos indicados cuando, a criterio de la Sala Primera, *conste de manera notoria* – obsérvese otra vez– la existencia de jurisprudencia contradictoria de las AAPP sobre el problema jurídico planteado. Para lo cual es necesario que el problema haya sido debidamente puntualizado por la parte recurrente y se haya justificado la existencia de un criterio dispar entre AAPP mediante la cita de sentencias contrapuesta *y así sea aceptado por el TS* (esta última mención no la recoge la Instrucción pero así es).
2. Además, menciona la Circular que en determinados supuestos de jurisprudencia contradictoria de las AAPP el TS modera las exigencias generales para acreditar el interés casacional, lo que sucede en determinados procedimientos de consumidores⁴⁴ y de

-
- Si existe jurisprudencia contradictoria de las AAPP y también existe jurisprudencia del TS y la sentencia recurrida contraría la jurisprudencia del TS, el interés casacional será de apreciar por la contradicción de la sentencia de la Audiencia Provincial con la jurisprudencia del TS, no por la concurrencia de jurisprudencia contradictoria entre AAPP, si bien esa contradicción entre AAPP puede articularse como motivo subsidiario al principal.
 - La contradicción ha de producirse entre diferentes órganos de apelación sobre un punto o cuestión jurídica, pues el supuesto de «interés casacional» radica, no en la mera diferencia entre la sentencia impugnada y otras resoluciones, sino en la existencia de un antagonismo reiterado entre órganos jurisdiccionales de segunda instancia, permitiendo al TS sentar una doctrina con finalidad unificadora, por lo que se precisa que la discrepancia sea repetida (AATS de 17 de mayo de 2005 y de 19 de abril de 2005, entre otros muchos).
 - No existe jurisprudencia contradictoria de las AAPP cuando las sentencias de referencia resuelven cuestiones de hecho (SSTS n.º 659/2011, de 3 octubre y 578/2011, de 21 julio).

44 Con cita de la STS n.º 401/2010, de 1 de julio, declara que «no todas las formalidades son exigibles con idéntica intensidad en todos los supuestos, ya que [...]

cláusulas abusivas bancarias.⁴⁵

3. Y por último, se pronuncia expresamente la Circular respecto al supuesto de que no exista jurisprudencia o haya de modificarse la existente, determinando que *constituye junto con la modificación normativa, uno de los instrumentos para la adaptación del Derecho a la realidad cambiante*. Y subraya que se trata de un supuesto –admitido por el Acuerdo de 2017– en el que no es imprescindible la cita de sentencias *cuando, a criterio de la Sala Primera del TS – otra vez– la parte recurrente justifique debidamente la necesidad de establecer jurisprudencia o modificar la ya establecida en relación con el problema jurídico planteado, porque haya evolucionado la realidad social o la común opinión de la comunidad jurídica sobre una determinada materia*. Excepción que tiene el carácter extraordinario que se desprende de su naturaleza, de tal modo que *no será admisible cuando la Sala Primera del TS no considere que su jurisprudencia deba ser modificada*.⁴⁶

en materias como la presente, la doctrina jurisprudencial genérica precisa de una respuesta específica a las singulares cuestiones planteadas, dado que la potencial fuerza expansiva de las sentencias puede trascender a terceros al amparo del artículo 221 regla 2.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que podría provocar que en el caso de declaración de nulidad de una cláusula deviniese inviable una sola segunda sentencia contradictoria».

- 45 En este mismo sentido, la STS n.º 792/2009, de 16 de diciembre, en un procedimiento de impugnación de cláusulas abusivas bancarias.
- 46 Punto del Acuerdo que ha sido aplicado con diversas variantes, que relaciona la Circular:
- Así, el TS declara que la falta de total coincidencia entre las sentencias citadas en el recurso y la materia litigiosa no siempre excluye el interés casacional «pues cuando precisamente por la propia novedad de la materia que plantee el recurso por interés casacional resulte prácticamente imposible la invocación de sentencias que específicamente traten de la misma, será admisible aquel recurso que [...] someta a la decisión de esta Sala una cuestión jurídica relevante y de interés general citando como exponentes de su doctrina jurisprudencial las sentencias que,

Con estas bases, corresponde a continuación exponer brevemente la problemática específica de la fundamentación del interés casacional en las dos modalidades que aquí interesan.

2.2. Problemática específica de la fundamentación del interés casacional *por infracción del Derecho extranjero aplicable*

Como destaca la STS 198/2015, de 17 de abril de 2015, en su FJ7º el Derecho extranjero recibe un tratamiento de hecho (pues debe ser objeto de alegación y prueba), pero matizado, por cuanto *si de acuerdo con la norma de conflicto española es aplicable el Derecho extranjero, la exi-*

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

- También ha declarado el TS que «el interés casacional del recurso se justifica porque, tanto en la fecha en que se dictó la sentencia recurrida como al tiempo de interponerse el recurso de casación y de dictarse el auto de admisión, no existía doctrina jurisprudencial específica que resolviera la contradicción de criterios hasta entonces existente en torno a la interpretación [...]» (STS n.º 133/2015, de 23 de marzo).
- Igualmente se ha establecido que en el recurso de casación por interés casacional en su modalidad de oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del TS «[...] lo decisivo es que la aplicación del derecho por la sentencia impugnada para resolver el caso litigioso se contraste con los criterios de decisión de esta Sala, mantenidos en dos o más sentencias [...], sobre casos, si no idénticos, sí al menos similares en cuanto a sus circunstancias de hecho, salvo que por tratarse de un caso singular, nunca antes tratado por el Tribunal Supremo o bien tratado por una sola sentencia, el interés general en la formación de doctrina jurisprudencial, de evidente relación con el principio de seguridad jurídica [...], pueda identificarse con el interés casacional del art. 477.2-3.º LEC» (STS n.º 857/2010, de 3 de enero de 2011)

gencia de prueba no transforma el Derecho extranjero, en cuanto conjunto de reglas para la solución de conflictos, en un simple hecho. Y ello trae consigo consecuencias varias, destacando en primer lugar que la infracción del Derecho extranjero aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso es apta para fundar un recurso de casación

Ya hemos dicho *supra* que esta afirmación viene a despejar una reiterada duda al respecto y que ha de entenderse en el contexto del art. 477.3.I LEC, de tal manera que esta será la norma habilitante del interés casacional que permita recurrir en casación, tanto por oposición a la doctrina jurisprudencial del TS como por jurisprudencia contradictoria de las AAPP.

Ninguno de los Instrumentos mencionados en el apartado anterior —que han venido a desarrollar los requisitos para la admisibilidad de los recursos extraordinarios— incluye disposición alguna específica al respecto.

De hecho solo la Circular 1/2020 de la FGE menciona la posibilidad de que pueda articularse el recurso de casación por *infracción de una norma extranjera*, ya por infracción o inaplicación, aclarando al respecto que *no debe hacerse diferencia entre Derecho extranjero y Derecho nacional a estos efectos, una vez que se ha demostrado que el primero es aplicable al caso sometido al juzgador, porque otra consecuencia sería tanto como impedir el acceso a los recursos establecidos por la Ley (...) además de infringir la norma conflictual española*. Añadiendo a continuación: *Sin embargo la doctrina formulada en un recurso de casación por infracción del Derecho extranjero no debe ser tenida como doctrina legal a los efectos del art. 6.1 del C.c., sin perjuicio de que pueda servir de pauta en posteriores conflictos ante los Tribunales españoles producidos en problemas semejantes en los que deban aplicarse las mismas normas jurídicas*. Y por cierto que habría sido muy oportuno que la Circular dispusiera algunas pautas concretas en cuanto a la fundamentación del recurso en sus diversas modalidades en materia de prueba de Derecho extranjero. Y ello porque, dado que en el recurso de casación por razón de interés casacional es causa de inadmisión la falta de acreditación del interés casacional (art. 483.2.3º LEC), es obvio

que el problema con la alegación de la vulneración del Derecho extranjero estriba en la fundamentación de su interés casacional.

Dos son los puntos que llaman la atención en la mención al interés casacional por infracción de una norma extranjera efectuada en la Circular 1/2020 FGE:

1. Por un lado, que la doctrina formulada en un recurso de casación por infracción del Derecho extranjero no servirá como doctrina legal a los efectos del art. 1.6 del C.c., no debiendo ser tenida como doctrina legal a tales efectos. Ello no obstante haber dicho inmediatamente antes que ha de ser posible articular un recurso sin hacer diferencia entre Derecho extranjero y Derecho nacional una vez que se ha demostrado que el primero es aplicable al caso sometido al juzgador, porque otra consecuencia sería tanto como impedir el acceso a los recursos establecidos por la Ley (...) además de infringir la norma conflictual española.
2. En segundo lugar, los términos de la precisión siguiente: Si bien ello sin perjuicio de que pueda servir de pauta en posteriores conflictos ante los Tribunales españoles producidos en problemas semejantes en los que deban aplicarse las mismas normas jurídicas.

El problema estriba en que si lo que se quiere decir es que la fundamentación de la resolución judicial de un recurso de casación por infracción del Derecho extranjero no debe ser tenida como doctrina legal a los efectos de complementar el ordenamiento jurídico español (a diferencia de lo que sucede con la doctrina formulada en un recurso de casación por infracción del Derecho español), debiera explicarse cómo casa esto con la premisa de que *no debe hacerse diferencia entre Derecho extranjero y Derecho nacional* a estos efectos, *una vez que se ha demostrado que el primero es aplicable al caso sometido al juzgador, porque otra consecuencia sería tanto como impedir el acceso*. Pero además sucede que, si no despliega los efectos de servir como doctrina legal, no se alcanza a entender qué otros efectos puede desplegar. Siendo en este sentido claramente insuficiente la afirmación de que *ello sin perjuicio de que pueda*

servir de pauta en posteriores conflictos ante los Tribunales españoles producidos en problemas semejantes en los que deban aplicarse las mismas normas jurídicas, porque es lo cierto que cabe cuestionarse casi todo en este punto: desde qué significa «servir de pauta en posteriores conflictos ante los Tribunales españoles», hasta cómo haya de interpretarse el requisito de los «problemas semejantes en los que deban aplicarse las mismas normas jurídicas».

De modo que por lo expuesto, es obvio que la acreditación del interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del TS cuando se alega infracción del Derecho extranjero resulta poco menos que un imposible. Podemos sintetizar en tres las razones:

- 1^a) En primer lugar, y por lo que se refiere a la oposición a la doctrina jurisprudencial del TS, porque una única sentencia del TS formulada por infracción del Derecho extranjero no crea jurisprudencia y no es por tanto apta para fundamentar el recurso por interés casacional (así ATS de 5 de octubre de 2016, rec 474/2016), pues el concepto de jurisprudencia comporta en principio reiteración en la doctrina de la Sala Primera del TS, debiendo citarse dos más sentencias y razonando cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia que se establece en ellas (ATS de 11 de septiembre de 2019, rec. 31/2019). Y si bien en *determinados supuestos es perfectamente posible que baste una sola sentencia para justificar la oposición a la doctrina jurisprudencial del TS, como en el caso de una sentencia de la Sala Primera en Pleno que, de un modo expreso y razonado, cambia el criterio hasta ese momento seguido*, no es este el caso, pues habría de decirse de forma expresa.

Y no menos dificultades se plantean cuando se trata de fundamentar el recurso de casación en materia de prueba de Derecho extranjero **con** base en la jurisprudencia contradictoria de las AAPP y trata de acreditarse el interés casacional por infracción del Derecho extranjero. Ha de tenerse en cuenta que la jurisprudencia contradictoria de las AAPP como modalidad del interés

casacional prevista en el art. 477.3 LEC comporta la existencia de criterios dispares entre Secciones de AAPP mantenidos cada uno con la suficiente extensión e igual nivel de trascendencia, de modo que puedan calificarse como jurisprudencia operativa en el grado jurisdiccional correspondiente a estos Tribunales. En consecuencia, tiene que acreditarse que existen soluciones diferentes para el mismo problema por parte de distintas AAPP y que no existe jurisprudencia del TS sobre dicho problema (ATS de 7 de marzo de 2018, rec. 4308/2017). Y para justificar esta contradicción, esta modalidad del recurso por interés casacional exige un despliegue ingente de energía al efecto, pues: el recurrente ha de citar al menos dos sentencias dictadas por una misma Sección de una AP en las que se decida en un sentido y al menos otras dos, procedentes también de una misma Sección de una AP diferente de la primera, en las que se decida en sentido contrario, debiendo figurar la sentencia recurrida en uno de estos dos grupos.⁴⁷ Teniendo en cuenta que incurre en defecto de planteamiento el recurso que *acogiéndose a la diferencia de tratamiento en las distintas AAPP sobre una misma cuestión jurídica, se limita a aportar varias sentencias que proceden de distintas AAPP y Secciones de las mismas, sin cumplir el requisito de que al menos sean dos coincidente de la misma AP y Sección* (STS 92/2016, de 19 de febrero). Y que, conforme al Acuerdo de 2017 *la parte recurrente debe expresar el problema jurídico sobre el que existe la*

47 Si existe jurisprudencia contradictoria de las AAPP pero existe jurisprudencia del TS y la sentencia recurrida es conforme a la jurisprudencia del TS no concurrirá interés casacional (ATS de 5 de octubre de 2015, rec. 435/2015). Si existe jurisprudencia contradictoria de las AAPP y también existe jurisprudencia del TS y la sentencia recurrida contraría la jurisprudencia del TS, el interés casacional será de apreciar por la contradicción de la sentencia de la AP con la jurisprudencia del TS y no por la concurrencia de jurisprudencia contradictoria entre AAPP, si bien esa contradicción entre AAPP puede articularse como motivo subsidiario al principal.

contradicción que alega, indicar de qué modo se produce esta y exponer la identidad de razón entre cada punto del problema jurídico resuelto en la sentencia recurrida y aquello sobre el que versa la jurisprudencia contradictoria invocada. Siendo ello así, habría sido muy oportuno que la Circular dispusiera algunas pautas concretas en cuanto a la fundamentación del recurso en sus diversas modalidades en la materia que nos ocupa y en particular en relación con el posible interés casacional, tanto por oposición a la doctrina jurisprudencial del TS como por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Ello teniendo en cuenta que en el recurso de casación por razón de interés casacional será causa de inadmisión la falta de acreditación del interés casacional (art. 483.2.3º LEC).

- 2^a) En segundo lugar –segunda razón que incrementa el nivel de dificultad en la acreditación del interés casacional por alegación de infracción del Derecho extranjero–, porque el impreciso papel de «servir de pauta en posteriores conflictos ante los Tribunales españoles» queda limitado al caso de que los posteriores conflictos hayan sido producidos en *problemas semejantes en los que deban aplicarse las mismas normas jurídicas*. Dificultad que se acrecienta cuando se está alegando infracción de determinadas normas de un ordenamiento extranjero, puesto que la supeditación de que deban aplicarse *las mismas normas jurídicas* limita mucho las posibilidades de alegar el interés casacional en cualquier otro litigio en que las normas extranjeras no sean las mismas sino las correspondientes a otros ordenamientos jurídicos.
- 3^a) Y en tercer lugar –tercera razón que acrecienta la dificultad de acreditar el interés casacional cuando se alega infracción del Derecho extranjero– – porque el control de la aplicación de la Ley extranjera suscita en sí mismo muchas dificultades, pues ha de pensarse que los motivos no tienen restricción, pudiendo ser la aplicación de la Ley extranjera impugnada sobre cualquier base, incluyendo la insuficiente o incorrecta aplicación.

2.3. Problemática específica de la fundamentación del interés casacional en la prueba del Derecho extranjero *por infracción de la norma de conflicto española*

Hemos mencionado *supra* que, como es lógico, la aplicación incorrecta del Derecho extranjero supone asimismo la aplicación incorrecta de la norma de conflicto española, lo que justificaría el recurso de casación basado en la infracción de una norma material del Derecho español. Desde otra perspectiva de la cuestión –igualmente lógica– llegamos al mismo resultado: la infracción de una norma de conflicto supone la infracción de una norma material del Derecho español, lo que ha de entenderse que abre la vía a un eventual recurso de casación articulable a través del art. 477.1 LEC, en cuyo supuesto el TS debe aplicar la norma de conflicto y dejar a las partes la posibilidad de probar el Derecho extranjero, actuando en consecuencia.

De modo que en cualquier caso la falta de aplicación de la Ley competente daría lugar a un recurso de casación por infracción de la norma de conflicto española. Pero ha de observarse que dicha hipótesis no es siquiera mencionada en la STS de 2015 que hemos dicho recoge la síntesis de la doctrina actual en la materia.

Ha de observarse que la cuestión fundamental para dar respuesta en este punto es la que sigue: ¿Está obligado el Juez a aplicar *ex officio* la regla de conflicto? Si la respuesta es sí, como sucede en nuestro ordenamiento jurídico, y si esta regla designa una Ley extranjera, la respuesta a la siguiente cuestión «¿Quién debe determinar el contenido de la Ley extranjera?» ha de venir condicionada por la primera.

Mas ya hemos dicho que en el sistema español existe una profunda contradicción en este punto. Dada la situación actual de las normas que rigen esta materia, lo que está claro es que pueden suceder dos hipótesis diferentes cuando la norma de conflicto española designa una legislación material extranjera para la resolución de un conflicto: si la Ley extranjera es alegada por las partes, la autoridad judicial española habrá de verificar que dicha Ley ha sido en efecto designada por la regla

de conflicto española. Lo lógico sería pensar además que si la parte que invoca la Ley extranjera yerra en su designación, el Juez deba corregir esta elección y precisar cuál haya de ser la Ley aplicable. Pero si la Ley extranjera no es invocada por las partes, la cuestión es: ¿debe el Juez español aplicar la regla de conflicto *ex officio*? Obsérvese que no sucede así en otros ordenamientos jurídicos, tal como el francés, conforme al cual la Corte de Casación ha dicho que la regla de conflicto debe ser aplicada de oficio por el Juez solo cuando los derechos en litigio son indisponibles⁴⁸, y por el contrario, la aplicación de la regla de conflicto es opcional si los derechos en litigio son disponibles⁴⁹, en una elección de restringir el carácter obligatorio de la regla de conflicto que –por cierto– ha sido criticada por menospreciar la naturaleza jurídica de la regla de conflicto por razones prácticas, a saber, aliviar las cargas de los Jueces⁵⁰.

48 Sobre derechos indisponibles (Corte de Casación, Primera Sala Civil, 26 de mayo de 1999, Belaid, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5ª ed., Paris, Dalloz, 2006, nº 78, RCDIP, 1999, p. 707, Gazette du Palais 2000, nº 61 y 62).

49 Entre otros casos: uno que involucraba derechos disponibles (Corte de Casación, Primera Sala Civil, 26 de mayo de 1999, *Mutuelle du Mans*, RCDIP, 1999, p. 707, *Juris-classeur périodique édition générale*, 1999, II, 10192, *Répertoire du notarial Dfrénois*, 1999, p. 1261). Cfr. BERTRAND ANCEL / YVES LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5ª ed., Paris, Dalloz, 2006, nº 77.

En tales casos, como mínimo, la solicitud debe ser explícita, debiendo solicitarse específicamente al Juez la aplicación de la Ley extranjera. El aspecto más peculiar del régimen, en el caso de derechos disponible, es el acuerdo procesal por medio del cual las partes pueden acordar la Ley aplicable para su proceso. Dejando de lado dicho acuerdo, si las partes se abstienen de invocar la Ley extranjera y el Juez advierte que la disputa tienen una dimensión internacional, puede aplicar la regla de conflicto, sometiendo las pretensiones de las partes a la Ley extranjera, siempre tras permitir a las partes pronunciarse sobre la aplicación de la regla de conflicto (en virtud del respeto al principio de contradicción ex art. 116 CPC francés).

50 Entre otros, por BÉNÉDICTE FAUVARQUE-COSSON, «Le juge français et le droit étranger», D. 2000, pp. 125 y ss.

Como un ejercicio de reflexión, podríamos detenernos en las consecuencias derivadas en el sistema francés en el primer caso –derechos indisponibles– y preguntarnos por qué no se entiende así en nuestro sistema, y sin reservas: la invocación de la Ley extranjera puede ocurrir en cualquier etapa del proceso, incluso ante la Corte de Casación, sin que sea necesario haberlo hecho ante los Jueces de Instancia; además en tal caso los términos «alegar» o «invocar» no son apropiados, ya que el Juez debe aplicar la regla de conflicto tan pronto haya advertido que el pleito comprende un conflicto de leyes (cualquier referencia a la Ley extranjera, o la simple existencia de un conflicto de leyes, es suficiente para que aquél examine la dimensión internacional del caso); y asimismo, si las partes se abstienen de invocar la Ley extranjera, se espera que el Juez aplique de oficio la regla de conflicto correspondiente si advierte que el pleito comprende un conflicto de leyes. En tal caso, si el Juez piensa que una Ley extranjera podría ser aplicable al litigio, puede exigir a las partes proporcionarle la información necesaria a este respecto, de acuerdo con el art. 8º del Código de Procedimiento francés.

Con claridad sobre la posibilidad de fundamentar un recurso de casación por infracción de la norma de conflicto se manifiesta una STS reciente: la **STS 1228/2018, de 3 de abril**, ante la alegación de la infracción de la norma de conflicto del art. 9.2 del C.c., que somete la regulación de los efectos económicos del matrimonio a la Ley personal común de los cónyuges, en el caso, la Ley colombiana, y consiguiente infracción de las normas del Derecho Civil colombiano y de la doctrina jurisprudencial que las interpreta y aplica, normas y doctrina en la que con toda claridad se establece que *la separación de cuerpos disuelve la sociedad conyugal* (art. 167 del C.c. de la República de Colombia), sin que pueda entenderse por tanto que las adquisiciones hechas por los cónyuges después del cese de su convivencia tengan la condición de adquisición ganancial. El demandante ahora recurrido se opone, porque considera que la norma de conflicto es una cuestión de hecho y que los Tribunales españoles deben resolver con arreglo al Derecho español cuando quien invoca el Derecho extranjero que cree que le favorece no lo prueba, añadiendo que no ha quedado acreditado que el boleto lo

pagara la ahora recurrente, tampoco la separación de hecho de los cónyuges ni que, en su caso, con arreglo al Derecho colombiano, aunque no exista una regla específica para las ganancias del juego, la presunción de ganancialidad determina que el premio lo sea. El recurso de casación se estima, destacando en el FJ4.1 textualmente: *El art. 12.6 C.c. sienta el principio de la imperatividad de las normas de conflicto al declarar que «los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español».*⁵¹ En atención a dicha fundamentación, determina que procede por ello estimar el primer motivo del recurso de casación, anular la sentencia recurrida y asumir la instancia, desestimando el recurso de apelación del demandante y confirmando el fallo de la sentencia de primera, aunque por razones diferentes a las esgrimidas por el Juzgado, y *por lo dicho, el asunto debe ser resuelto por el Derecho colombiano.*

Sin embargo, son muchas más las resoluciones del TS que entienden que no puede prosperar el recurso de casación articulado en la infracción de las normas de conflicto, por estimar que no concurre el necesario interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales en los términos requeridos por razón de existir jurisprudencia de la Sala Primera del TS sobre el problema jurídico planteado⁵².

51 *Y en particular la Ley aplicable a los efectos del matrimonio es la que resulte de lo dispuesto en el art. 9,2 C.c. En el caso no ha sido discutido que ambos cónyuges, de nacionalidad colombiana, vivían en Colombia cuando contrajeron matrimonio, resultando indudable que la Ley aplicable a los efectos patrimoniales de los cónyuges, que es lo que aquí se discute, es la colombiana. Sin embargo, la sentencia recurrida aplicó el Derecho español porque consideró que, al no haber quedado acreditado el pago por tercero del precio de la lotería, no procedía la aplicación del art. 1782 C.c. colombiano y entendió que procedía aplicar el Derecho español (...). Además, dadas las alegaciones y argumentaciones de las partes, la resolución del recurso con arreglo al Derecho extranjero no da lugar a incongruencia (art. 218 LEC) y por el contrario la aplicación al caso del Derecho español, que según el art. 33.3 de la citada Ley 29/2015 debe hacerse solo con carácter «excepcional», cuando no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, resulta incorrecta.*

52 Es el caso del ATS de fecha 22 de marzo de 2017 (nº de rec. 1399/2016), así como del ATS de fecha 12 de septiembre de 2018 (nº de rec. 1197/2016) y del

2.4. Problemática específica del interés casacional en el recurso extraordinario por infracción procesal

Varios son los problemas en este caso. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que solo podrá formularse recurso extraordinario por infracción procesal autónomamente –es decir, sin formular recurso de casación– frente a las resoluciones a que se refieren los números 1º y 2º del apartado segundo del art. 477 LEC, de modo que se excluye el supuesto del interés casacional.

En segundo lugar, cuando se tramiten conjuntamente recursos por infracción procesal y de casación, ha de examinarse con carácter previo la recurribilidad en casación de la resolución impugnada, y si esta no fuese recurrible se iandmitirán ambos recursos (Disposición Final 16.1, regla 5ª, pfo. primero LEC). Si la resolución sí es recurrible en casación y tratándose de resoluciones recurribles por la vía del interés casacional (art. 477.2.3º LEC) se examinará con carácter previo la admisibilidad del recurso de casación, que determina la ulterior admisión del recurso por Infracción procesal (art. 473.2 LEC), según establece la Disposición Final 16ª.1, regla 5ª, pfo segundo LEC. Ello significa que **en este caso se suman los problemas** del tratamiento del interés casacional del recurso de casación a los problemas específicos de la propia admisibilidad del recurso extraordinario por Infracción procesal. Y la supeditación del recurso por Infracción procesal a la previa acreditación del interés casacional por vulneración de una norma sustantiva constituye una dificultad considerable para los litigantes que, además, limita injustificadamente la función nomofiláctica del TS en la interpretación de normas procesales que pueden ser trascendentes en la calidad de la tutela judicial que se presta desde la jurisdicción civil.⁵³

ATS de fecha 3 de julio de 2019 (nº rec. 271/2017), por poner algunos ejemplos recientes

53 Por cierto que respecto al resurgir de la distinción mencionada siguen siendo inspiradoras las palabras de CALDERÓN CUADRADO, P. en «El acceso a la

Por último, porque los motivos de infracción de las normas procesales están tasados y enunciados en el art. 469.1 LEC, y la vulneración ha de haber sido denunciada en los términos expuestos en el apartado 2 del mismo artículo. Sería muy oportuna la pertinente clarificación en orden a la posibilidad de alegación concreta al efecto, porque ya hemos dicho que la doctrina dominante niega que pueda alegarse como infringido el art. 281.2 LEC con base en que el Tribunal no haya hecho averiguaciones sobre el Derecho extranjero.

Sirva al efecto de la confusión reinante la STS 177/2018, de 3 de abril de 2018, que interpone recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, articulándose el primero en los motivos que, en relación con la infracción de disposiciones afectantes a la prueba del Derecho extranjero, se mencionan: Primero: con fundamento en el art. 469.1.2º LEC, se denuncia la infracción del art. 218.1.II y 2, en relación con el art. 281.2 LEC, *puesto que la sentencia impugnada expresa una motivación manifiestamente irrazonable en la que se incluyen proposiciones abiertamente contradictorias entre sí e incompatibles con la doctrina reiteradamente establecida por el TS al interpretar y aplicar los mencionados preceptos*. Y Tercero: con fundamento en el art. 469.1.2º LEC, en relación con el art. 218.1.II y 2 de la misma Ley procesal, *se denuncia la manifiesta irrazonabilidad de la motivación jurídica de la sentencia impugnada al resolver el litigio conforme al Derecho español (...)*.

Casación penal: una primera aproximación al hilo de la pérdida de su misión prioritaria y del resurgir de la distinción *ius consuetudinis / ius litigatoris*», en *Anuario de la Facultad de derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 22, 2018, pp. 317 y ss.

3. La reforma del interés casacional con ocasión del anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia

3.1. La reforma de los recursos extraordinarios civiles en la iniciativa proyectada

La reforma del régimen de los recursos extraordinarios civiles prevista en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del servicio público de la Justicia (ALMEPSJ) constituye sin duda el cambio más relevante en el orden jurisdiccional civil. Señala el Preámbulo como causa el hecho de que la pervivencia del régimen transitorio durante ya más de veinte años desde la promulgación de la vigente LEC⁵⁴, ha generado un *complejo sistema* al que califica como *insostenible por las importantes disfunciones que presenta*, que suponen en fin la constatación del fracaso del modelo que hace ya urgente su reforma, especialmente en un contexto de crecimiento incensante de la litigiosidad.

Entre los problemas que justifican la reforma de los recursos extraordinarios, forzoso es coincidir en el enunciado de los que se sintetizan a continuación.

54 Es oportuno recordar que el sistema intentado por el legislador del año 2000 separó la denuncia de las infracciones procesales (materia del recurso extraordinario por infracción procesal), reservando éstas a la competencia de los TTSSJJ, de las sustantivas (objeto del recurso de casación), reservando este último al TS o a los TTSSJJ, en el caso de normas de derecho civil foral o especial propias de las CCAA con competencia para ello. Fue la imposibilidad de modificar simultáneamente la LOPJ para regular esta competencia funcional la que motivó un régimen transitorio, que aún perdura, en el que es el TS el que sigue resolviendo los recursos por Infracción procesal, si bien, en el cauce principal de acceso a la casación (el interés casacional) se condiciona el examen de su admisibilidad a la previa admisión del recurso de casación.

- En primer lugar, la previsión de dos recursos diferentes en función de la naturaleza procesal o sustantiva de la infracción evidencia que las partes y los Tribunales tienen cada vez más difícil deslindar las implicaciones procesales derivadas de las normas sustantivas a los efectos de la fundamentación de los recursos extraordinarios⁵⁵.
- En segundo lugar, la previsión de tres cauces distintos de acceso a los recursos extraordinarios (procesos sobre tutela civil de derechos fundamentales, cuantía superior a 600.000 euros e interés casacional) ha perdido operatividad ante la evolución del Derecho Privado y Procesal— minimizándose la razón de ser del criterio por razón de la cuantía.
- Y en tercer lugar —y ampliamente constatado por la experiencia— la supeditación del recurso por Infracción procesal a la previa acreditación del interés casacional por vulneración de una norma sustantiva constituye una dificultad injustificable que limita además la función nomofiláctica del TS en la interpretación de normas procesales.

Pero la coincidencia en el enunciado de los problemas puede tornarse en una más o menos amplia discrepancia si del plano de los problemas y disfunciones nos acercamos al de las soluciones que se proponen, que son en síntesis los siguientes.

- 1º) Se trata, por un lado, de simplificar la concepción del recurso, mediante la previsión de un único recurso —de casación— que permita la interpretación de las normas por infracción de Ley, ya sea

55 Circunstancia ésta en la que juega un papel destacable la propia evolución de la litigiosidad hacia materias que afectan a amplios sectores de la sociedad, con un peso cada vez más importante del Derecho y de la jurisprudencia de la UE y del TJUE respectivamente.

esta sustantiva o procesal (art. 477.2 LEC)⁵⁶, lo que supone la desaparición de los recursos extraordinarios por Infracción procesal y en interés de la Ley (quedando sin contenido los Capítulos IV y VI del Título IV del Libro II de la LEC).

- 2º) Por otro lado, el cauce del acceso a este único recurso extraordinario no depende del tipo o cuantía del proceso sino que se basa en el interés casacional de la interpretación de las normas –sustantivas o procesales–, desapareciendo el criterio de la cuantía y permaneciendo solo el cauce del interés casacional y el de la pretensión vinculada a un derecho fundamental no procesal (art. 477.2 LEC).
- 3º) En tercer lugar, se explicita en el Preámbulo que se pretende fortalecer el interés casacional, por ser el que mejor simboliza la función social del TS, como cauce único de acceso al recurso, pero simplificando su definición. Pero en realidad es advertible que el interés casacional mantiene el mismo contenido que en la regulación vigente: contradicción con la doctrina del TS, contradicción entre AAPP o inexistencia de doctrina jurisprudencial (art. 477.3 LEC). Pudiera suceder que el fortalecimiento se plasme en otro plano: como novedad el TS se arroga la facultad de resolver cualquier asunto concediéndole interés casacional si entiende que *la*

56 Art. 477.2 LEC: *El recurso de casación habrá de fundarse en infracción de norma procesal o sustantiva, siempre que concurra interés casacional. No obstante, podrá interponerse en todo caso recurso de casación contra sentencias dictadas para la tutela judicial civil de derechos fundamentales susceptibles de recurso de amparo, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución, aun cuando no concurra interés casacional. Si bien en el segundo caso el vicio ha de haber sido denunciado en instancias previas (art. 477.6 LEC Cuando el recurso se funde en infracción de normas procesales será imprescindible acreditar que previamente al recurso de casación la infracción se ha denunciado en la instancia y que, de haberse producido en la primera, la denuncia se ha reproducido en la segunda instancia. Si la infracción procesal hubiere producido falta o defecto subsanable, deberá haberse pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas.».*

cuestión litigiosa sea de interés general para la interpretación uniforme de la Ley estatal o autonómica (art. 477.4 LEC)⁵⁷.

Y 4º) Por último, aparece otro objetivo: el de *garantizar la celeridad en los tiempos de respuesta de la Sala Primera*, mediante la simplificación de la fase de admisión –que tantos esfuerzos consume en la actualidad, pone de relieve el Preámbulo– y la adaptación del sistema civil al modelo más moderno de los órdenes jurisdiccionales contencioso-administrativo y penal, que centra esos esfuerzos en la motivación de la concurrencia del interés casacional y de los autos de admisión a trámite del recurso.

Sobre este punto, que dota al sistema de un mayor poder del TS en aras de ese pretendido fortalecimiento del interés casacional –acompañado de un especial rigor de los requisitos de admisión del recurso de casación– forzoso es detenerse en el apartado siguiente, especialmente en la medida en que pueda tener repercusión en el tema que nos ocupa en el presente trabajo.

3.2. La proyectada reforma del interés casacional civil en un contexto legislativo más amplio

3.2.1. El anunciado fortalecimiento del interés casacional civil

Señala el Preámbulo de la Ley (VI) que *con la reforma se pretende fortalecer el interés casacional*, como cauce único de acceso al recurso, por ser este el que mejor simboliza la función social del TS.

Al margen de la simplificación de su definición, hemos mencionado que, como novedad, el TS se arroga la facultad de resolver cualquier asunto concediéndole interés casacional si entiende que *la cuestión*

57 4. *En todo caso, se considerará que el recurso presenta interés casacional cuando la resolución impugnada se haya dictado en un proceso en el que la cuestión litigiosa sea de interés general para la interpretación uniforme de la ley estatal o autonómica.*

litigiosa sea de interés general para la interpretación uniforme de la Ley estatal o autonómica (art. 477.4 LEC), lo que significa que cualquier litigio tiene acceso a casación si así lo considera conveniente la Sala Primera del TS. Ahí radica el verdadero fortalecimiento del interés casacional y en definitiva de la reforma de los recursos extraordinarios, pues no se trata tanto de que se amplía el ámbito de resoluciones susceptibles de este recurso, sino que se modifica sustancialmente el propio concepto de interés casacional.

A su vez, la reforma se traduce en un fuerte incremento del poder del TS, que no tiene qué ver con el anunciado fortalecimiento del interés casacional, sino más bien con el empeño del legislador de insistir en el especial rigor de los requisitos de admisión del recurso de casación, so pretexto de dotarle del tratamiento que reclama su naturaleza de recurso extraordinario.⁵⁸ Y muy en particular en los siguientes dos puntos: uno, en relación con la posibilidad de la inadmisión del recurso en el sistema proyectado a través de la creación de una *Sección de admisión* del recurso en el ámbito del TS, que puede inadmitir el recurso por medio de providencia sucintamente motivada, o admitirlo a través de un auto, no existiendo posibilidad de recurso en ninguno de los dos casos (art. 488.3 LEC). Y dos, en la circunstancia de que asimismo se posibilita que se dicte un auto en vez de sentencia cuando la sentencia impugnada se oponga a doctrina jurisprudencial ya sentada, y en él se devuelve el asunto al Tribunal de su procedencia y se le ordena que dicte nueva resolución de acuerdo con la doctrina jurisprudencial (art. 487.1 LEC). Posibilidades ambas que ensombrecen el panorama⁵⁹ y que están muy en la línea del fortalecimiento del interés casacional en otras iniciativas

58 Insiste el legislador en el Preámbulo del ALMEPSJ en este punto, señalando que es reiteradísima la jurisprudencia del TC, del TEDH y de la propia Sala Primera de lo Civil de nuestro TS insistiendo en el especial rigor de los requisitos de admisión del recurso de casación.

59 Como tan acertadamente pone de relieve BANACLOCHE PALAO, J., en «Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de ley de Medidas de

legislativas prácticamente coincidentes en el tiempo, a las que hago breve referencia en las siguientes líneas.

3.2.2. Su coincidencia temporal con el fortalecimiento del interés casacional en otras iniciativas legislativas

No es fruto del azar la coincidencia temporal entre la proyectada reforma del interés casacional en el ALEMPSJ y el contexto de otras iniciativas legislativas similares, a saber: la reforma del interés casacional en la LJCA en el año 2015 y en el ámbito del proceso penal, donde a la reforma del año 2015 en la materia hay que añadir la proyectada reforma de la casación penal en el Anteproyecto de la LECrim. preparado por el Ministerio de Justicia.

1. **Respecto a la reforma del interés casacional en el recurso contencioso-administrativo**, recordamos que fue hecha mediante la D.E.Tercera de la LO 7/2015, de 21 de julio, *por la que se modifica la LOPJ*,⁶⁰ y fue justamente calificada como «una verdadera revolución procesal»⁶¹, dado que no fue una simple reforma sino más

Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?», en *Diario La Ley, Sec. Plan de Choque de la Justicia/Tribunal*, 19 de marzo de 2021, p. 25.

60 A pesar del tiempo ya transcurrido, dicha reforma sigue suscitando el mayor interés entre la doctrina, pudiendo citar trabajos muy recientes al respecto. Entre ellos: SÁNCHEZ ÁLVAREZ, E., «A vueltas (críticas) con el «interés casacional» contencioso-administrativo», en *Revista de Derecho UNED*, n1 25, 2019. CANCIO FERNÁNDEZ, R., / CAZORLA PRIETO, L.M. (dirs.) op.col. *El interés casacional objetivo en su interpretación auténtica: pautas hermenéuticas y cuestiones procesales en la nueva casación contenciosa*, ed. Aranzadi, 'Thomson Reuters', 2018. GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R., (dir.) op.col. *La eficacia del recurso de Casación con técnica para la formación de jurisprudencia en el ámbito del Derecho Administrativo*, ed. Marcial Pons, 2021. O, entre otros, HINOJOSA MARTÍNEZ, E., *Los medios de impugnación en el proceso contencioso-administrativo*, ed. Bosch-Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

61 Así por VÁZQUEZ DEL REY VILLANUEVA, R., en «Las novedades introducidas en el recurso de casación contencioso-administrativo: análisis crítico», en *Diario La*

bien un cambio de modelo a través del protagonismo del interés casacional, que se insertó en una serie de ideas de conjunto, que tanto se parecen a las plasmadas en el ALMEPSJ: (1) la supresión de los recursos de casación en interés de ley y para unificación de doctrina (dado que el nuevo recurso integra los elementos fundamentales de uno y otro); (2) la desaparición de motivos tasados (cabe fundarlo en cualquier cuestión de Derecho, sea sustantiva o procesal); (3) la causa invocada que habilite su admisibilidad puede ser doble: bien la infracción del ordenamiento jurídico (sea la norma en liza sustantiva o procesal), bien de la jurisprudencia; la ampliación del ámbito objetivo de las sentencias casacionables (con la supresión del criterio de la cuantía); (4) la apreciación por parte del TS del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia; y (5) y la concreción de una tramitación procesal en la que se aumentan los poderes del TS.

Las razones justificativas de la opción de reforzar el interés casacional son expuestas en el apartado XII del Preámbulo de la citada LO 7/2015 a través de un discurso en el que destaca que persigue la finalidad de *intensificar las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos*, de modo que la *Ley opta por reforzar la casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del Derecho*⁶². Pero lo más destacable es que con la reforma se subjetiviza la admisión del recurso de casación, en cuanto que es el TS quien decide si un recurso tiene o no interés casacional objetivo para la formación de jurispuden-

Ley, nº 8800, de 11 de julio de 2016. Vid. también en este sentido MUÑOZ ARANGUREN, A., «La curiosidad del jurista persa y la reforma del recurso de casación contencioso-administrativo», en *Diario La Ley*, nº 8634, de 28 de octubre de 2015.

62 Destacando que a la busca de esa meta, *podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.*

cia, suprimiéndose los motivos tasados previamente existentes,⁶³ si bien en realidad la LJCA articuló una duplicidad dentro del concepto de interés casacional, dependiendo del mecanismo de admisión⁶⁴. Además, la resolución sobre admisión o inadmisión del recurso adopta distintas formas por imperativo del art. 90.3 LJCA, en unos casos a través de providencia sucintamente motivada y en otros a través de auto.⁶⁵

63 Vid. al respecto LOZANO CUTANDA, B., «La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo por la LO 7/2015: análisis de sus novedades», Diario La Ley, nº 8609, de 21 de septiembre de 2015.

64 Por un lado, el TS puede apreciar que existe interés casacional *objetivo*, motivándolo expresamente en el auto de admisión, cuando, entre otras circunstancias –lo cual indica que no se trata de un *numerus clausus*– concurren en la resolución que se impugna alguno de los rasgos que expresa el art. 88.2 LJCA. Tal interés puede ser apreciado por el TS en principio regladamente a partir de la habilitación legal y exigiéndose que se justifique y razone con el dictado de un auto de admisión. Por otro, el art. 88.3 LJCA fija un elenco de supuestos en los que la concurrencia del interés casacional se presume presente. Si bien y aún dentro de este inciso se puntualiza que, tratándose de las previsiones ancladas a las letras a), d) y e) del precepto en cuestión, el recurso podrá inadmitirse por auto motivado cuando el Tribunal aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. En palabras de SÁNCHEZ ÁLVAREZ, E., «A vueltas (críticas) con el «interés casacional» contencioso-administrativo», cit., p. 637, la presunción del art. 88.3 LJCA en orden a estimar interés casacional objetivo que habilite la admisibilidad del recurso cuando una resolución materialmente impugnada se aparte *deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea* sugiere un ánimo de vincular a los órganos inferiores por la doctrina pautada por el TS, y en caso contrario, la más que probable corrección de quien así descarriadamente obre en aras de aseverar una interpretación aplicativa uniforme, pétrea y rígida, del ordenamiento. Con cita de lo dispuesto en el ATS Sala Tercera, de 8 de marzo de 2017: *Se trata de un explícito rechazo, no de una 'mera inaplicación' por el órgano a quo, exigiéndose 'que haga mención expresa a la misma, señale que la conoce y valore jurídicamente y se aparte de ella por entender que no es correcta.*

65 De modo que en los supuestos del art. 88.2 LJCA –en los que ha de apreciarse la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en tanto real motivo de la casación– se bifurca a su vez en: providencia (si se

2. **Por lo que se refiere al orden jurisdiccional penal**, podemos recordar que, a pesar de que la LO 19/2003, de reforma de la LOPJ había generalizado la doble instancia en materia penal, en realidad no se había hecho efectiva, al no contar con una Ley procesal que implantara la misma, y como consecuencia de ello el recurso de casación se había convertido en la práctica en una especie de segunda instancia, con una motivación reiterada por vulneración constitucional (ex arts. 5.4 de la LOPJ y correlativo art.852 LECr). Fue la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim. *para la agilización de la Justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales* la que, junto a la generalización de la segunda instancia, vino a añadir un nuevo recurso de casación por interés casacional si bien acotado al motivo primero del art. 849 (para infracción de ley), cuyo objetivo fue expresado en el Preámbulo por el legislador destacando la necesidad de remodelar la casación para conseguir: por un lado que cumpla de forma eficaz su función unificadora de la doctrina penal, *ya que actualmente un porcentaje limitado de delitos tiene acceso al recurso de casación y, por consiguiente, su interpretación unificadora se lleva a cabo por las AAPP, lo que no garantiza un tratamiento homogéneo para toda España;* y por otro, que cumpla con los objetivos de unidad y seguridad jurídica, con jurisprudencia en todas las materias, sustantivas, procesales y constitucionales.

Ha de observarse que los criterios de interés casacional no se plasman normativamente en el texto articulado, limitándose a consignar en el art.899 LECr, que la inadmisión a trámite podrá producirse cuando

decide la inadmisión, sin motivación o con motivación sucinta, con la salvedad dispuesta en el art. 89.5 LJCA, en cuyo caso la inadmisión debe plasmarse en auto motivado); y auto si se acuerda la admisión a trámite. Y por su parte en los supuestos del art. 88.3 LJCA, la inadmisión ha de acordarse mediante auto y no a través de providencia, debiendo justificarse la concurrencia de las salvedades que en el precepto en cuestión se disponen.

la cuestión *carezca* de interés casacional, sin definir éste en el aludido texto normativo.

Pero sí son enunciados por el legislador en su Preámbulo –no podemos descender a la crítica por esta censurable técnica legislativa–, dejando la norma al intérprete para la solución de esta sustancial cuestión. Se exponen como sigue: a) Si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo; b) Si resuelve cuestiones sobre las que exista doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales; y c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido. No se menciona ahí el caso de que no exista jurisprudencia sobre una determinada cuestión jurídica ni doctrina contradictoria de las AAPP y sin duda es de interés casacional para conformar la correcta interpretación de un aspecto sustantivo o procesal que no tenga jurisprudencia⁶⁶.

Además –obsérvese también por su importancia en el sistema– y *para dar mayor agilidad al sistema*, se instituye la posibilidad de que el recurso pueda ser inadmitido a trámite mediante providencia «sucintamente motivada» cuando se trate de un recurso por interés casacional. Consecuentemente, el concepto del interés casacional adquiere importancia capital y es la clave del sistema definir cuándo estamos en su presencia.

Con fecha 9 de junio de 2016 fue adoptado el **Acuerdo Plenario no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS**, adoptado para delimitar los contornos jurídicos de este nuevo modo de impugnación de senten-

66 Sobre la reforma de 2015, esta materia sigue suscitando mucho interés, como se refleja en los siguientes recientes trabajos: NAVARRO MASSI, J., «El recurso de casación penal por infracción de ley contra sentencias dictadas en apelación», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 11, 2020. GONZÁLEZ GUTIÉRREZ, J., «El recurso de casación tras la reformas introducida por la Ley 4/2015», en *Diario La Ley*, nº 9805, 2021.

cias procedentes de las AAPP (y de la Sala de lo Penal de la AN), siendo sus determinaciones procesales más destacables en relación con el interés casacional⁶⁷ las siguientes. los recursos deben tener interés casacional, entendiéndose que el recurso tiene interés casacional en los casos que menciona la Exposición de Motivos Ley 41/2015, de 5 de octubre. Y la providencia de inadmisión es irrecurrible (art. 892 LECr), empleando

67 Respecto de la interpretación del art.847.1º, letra b), lecr –, se acuerda:

- A) El art.847.1º letra b) LECr – debe ser interpretado en sus propios términos, de modo que las sentencias dictadas en apelación por las AAPP y la Sala de lo Penal de la AN solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del art.849 LECr., debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los motivos de los art.849 2º, 850, 851 y 852.
- B) Los recursos articulados por el art.849 1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) determinantes de la subsunción, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva Esta norma limita la alegación de normas constitucionales en el recurso de casación. Ahora bien, como consecuencia del contenido del art.5.4 LOPJ–, hubo de agregarse la posibilidad de su invocación para reforzar los aspectos sustantivos de la queja casacional, como, por ejemplo, invocando la libertad de expresión en el curso del análisis de un delito de odio, pongamos por caso. Esta limitación, llegó inmediatamente al TC, el cual, mediante Auto de la Sección Primera (12), inadmite el recurso de amparo. Razona dicha resolución judicial que «en atención a esta causa de inadmisión y los supuestos que, recogidos en el reseñado acuerdo no jurisdiccional del Pleno de 9 de junio de 2016 –se expresan en el preámbulo de la Ley–, no cabe sino concluir que la decisión de inadmisión cuestionada es consecuencia razonable y razonada de la aplicación de la Ley de enjuiciamiento criminal, lo que permite apreciar la carencia manifiesta de fundamento de la presente pretensión de amparo».
- C) Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos, pretendiendo reproducir el debate probatorio (art.884 LECr).

la Sala Segunda del TS la forma de providencia sucintamente motivada, para inadmitir los recursos de casación por interés casacional.

El Acuerdo tiene asimismo una serie de menciones a aspectos que aquí no interesan ahora: respecto a la posibilidad de recurso de casación contra sentencias recaídas en procesos por delitos leves, con respecto a los Autos, precisiones en caso de revocación del sobreseimiento y con asuntos incoados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 2015. Pero sí interesa la mención que efectúa respecto a los Principios que orientan este nuevo formato de recurso, destacando que, pese a la excesiva simplificación que anida en la disyuntiva seguridad jurídica vs tutela judicial efectiva, *estamos ante una modalidad de recurso que enlaza más con el art.9.3 (seguridad jurídica) que con el art.24.1 (tutela judicial efectiva) ambos de la Constitución, dado que ello ayuda al diseño de este novedoso formato impugnativo*. De modo que esta casación no está reclamada por el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque también lo sirva; sino por las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley.

Por su parte, el **Anteproyecto de LECrim** regula en los arts. 744 y 745 respectivamente los motivos de casación y el interés casacional, pudiendo enunciarse los siguientes puntos como síntesis de la reforma:

1. Destaca el Preámbulo del Anteproyecto que la Ley 41/2015 decidió afrontar el problema del colapso del TS en su función unificadora de la jurisprudencia arbitrando un doble sistema de casación: manteniendo el modelo legal tradicional en relación con las apelaciones resueltas por los TTSSJJ y arbitrando una nueva casación para las procedentes de las AAPP, basada en el concepto de interés casacional y que ya es el momento de completar el tránsito hacia un modelo de casación eficiente y moderno, que permita al TS ejercer la función unificadora de doctrina.
3. El recurso de casación podrá basarse en la infracción de cualquier norma jurídica sustantiva que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal y en la infracción procesal por vulneración de un precepto constitucional, única y exclusivamente cuando la senten-

cia de primera instancia se hubiera dictado por un tribunal colegiado y en todo caso ha de concurrir siempre el interés casacional.

- Y 4. el recurso tendrá interés casacional cuando la resolución recurrida: a) Se oponga abiertamente a la doctrina jurisprudencial establecida por el TS b) Resuelva cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de los distintos TTSSJJ o de los TTSSJJ y la AN. c) Plantee una cuestión que permita al TS abordar un cambio de su propia doctrina jurisprudencial en virtud de un proceso de reflexión interna. d) En caso de infracción de norma jurídica sustantiva, cuando la sentencia recurrida aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor siempre que, en este último caso, no exista una doctrina jurisprudencial del TS ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido. Y e) En caso de infracción de precepto constitucional, cuando la sentencia recurrida plantee una cuestión nueva sobre las que no haya doctrina de la propia Sala de lo Penal del TS o del TC.

3.3. Breve valoración crítica y algunas conclusiones

Tras la exposición de la doctrina jurisprudencial del TS acerca de la prueba del Derecho extranjero –expuesta *supra* en el apartado primero– y tras el breve análisis de la proyectada reforma del interés casacional civil en un contexto más amplio de reforzamiento del interés casacional en los demás órdenes jurisdiccionales –en el apartado segundo–, resulta apropiada una valoración crítica y conclusiva desde una perspectiva dual: por un lado, desde un planteamiento amplio, lo que permite suscitar una serie de reflexiones y un análisis –por fuerza muy sucinto– en estas breves líneas; por otro, desde **una perspectiva** vinculada específicamente a la previsible incidencia de la reforma del interés casacional dispuesta por el ALMEPSJ sobre la aplicación judicial de la prueba del Derecho extranjero en la casación civil.

3.3.1. Un apunte de carácter general

Son diversas las reflexiones que sugiere la reforma del interés casacional desde una perspectiva general, pero en realidad todas ellas

pueden sintetizarse en una, seguramente la primera en un orden lógico de pensamiento: si tras ese pretendido fortalecimiento del interés casacional subyace realmente un reforzamiento de la seguridad jurídica. La enjundia de dicha reflexión merece un análisis de mucho mayor calado del que estas breves líneas permiten. No obstante, sirva su mención para situar la cuestión en la *deriva* de los recursos extraordinarios.

En este sentido, cabe advertir que las diversas reformas entre las que se encuentra la proyectada reforma de la casación civil tienden a un protagonismo prácticamente absoluto del interés casacional en su fundamentación. Pero asimismo es claramente advertible que el verdadero reforzamiento es el del papel del TS, pues es innegable que se le está dotando de una capacidad para corregir cualquier contravención de la doctrina jurisprudencial que haya prefijado, *bajo la justificación de la seguridad jurídica y su correlativa previsibilidad*.⁶⁸ De modo que seguramente es apropiado pensar que, bajo la hipervaloración del interés casacional en realidad se está potenciando un concepto jurídico indeterminado —a pesar de su pretendida objetivación— cuya acotación queda en manos del TS hasta un punto que resulta marcadamente subjetivo. Porque resulta que, frente a la ampliación del acceso a casación por la infracción del ordenamiento jurídico procesal y sustantivo, se encuentra la realidad de que esa infracción ha de pasar por el tamiz de la presencia del interés casacional requerido de cara a la formación de jurisprudencia. Y el problema radica en que la concurrencia del interés casacional queda en manos del TS, que es quien decide si lo expande o acota a través de su consideración sobre qué asuntos son interesantes para formar doc-

68 Para expresarlo con las palabras de SÁNCHEZ ÁLVAREZ, E., *op. cit.*, p. 654, que aplica a la reforma de la casación contencioso-administrativa, pero resultan perfectamente vigentes para las diversas reformas en su conjunto. Para profundizar en esta reflexión relativa a la relevancia de la jurisprudencia emanada de las sentencias del TS sirva al efecto, por ejemplo, PÉCES MORATE, J.E., «Valor de la jurisprudencia», en *op.co. CGPJ La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Madrid, 2020, pp. 17 y ss.

trina jurisprudencial y cuáles no. De manera que puede afirmarse que la reforma del interés casacional se orienta a la obtención de criterios pretendidamente objetivables en la interpretación del Derecho, acompañado ello de vías que dificulten el acceso a la casación a través del cumplimiento de toda una serie de reglas de acceso al recurso que queda en manos del TS y no de la Ley, ello a expensas de la predeterminación normativa, que es sin duda la mejor expresión del principio de legalidad y de la seguridad jurídica.

3.3.2. En particular su previsible incidencia en la aplicación judicial del Derecho extranjero

Si desde un plano general avanzamos hacia una perspectiva más concreta –vinculada específicamente a la previsible incidencia de la reforma del interés casacional en el ALMEPSJ sobre la aplicación judicial de la prueba del Derecho extranjero en la casación civil– hemos de partir del análisis efectuado en los dos apartados anteriores de este trabajo: de la realidad de la doctrina jurisprudencial de la prueba del Derecho extranjero (expuesta *supra* en el apartado primero de este trabajo) y de las dificultades específicas para la fundamentación de los recursos extraordinarios (expuestas en el apartado segundo). Porque es precisamente con dichas bases como adquiere interés comparar la realidad vigente con la previsión de futuro.

Y así situados –y en línea de principio– es posible realizar una doble y difícilmente contestable afirmación relativa a la deriva de la casación civil especialmente reflejada en el ALMEPSJ. La primera es que la pretendida reforma da sanción legal a una tesis sustentada por el TS, tanto en sus resoluciones judiciales como muy especialmente en sus Acuerdos no Jurisdiccionales, de modo que ahora la legislación normativa este enfoque y lo convierte, ampliando los márgenes de poder del TS, en norma jurídica. La segunda es que la tendencia a que responde la reforma pide al recurrente un arduo esfuerzo de justificación y de persuasión al órgano de casación, dado que ha de argumentar que su asunto, más allá de sus legítimos intereses particulares, goza de esa relevancia indudable y de la conveniencia objetiva de su admisión para la

conformación de jurisprudencia; ello hasta el punto de encontrar justificación la pregunta de si no puede resultar una tarea exorbitada para cualquier litigante, sobre todo si se tiene en cuenta que es el órgano receptor de tales explicaciones (el TS) quien acuerda la existencia de ese afán jurisprudencial desde la ilimitada amplitud de su capacidad, que le permite decidir soberanamente cuándo está presente –y cuándo no– el interés casacional.

Y cuando nos situamos ya frente a las dificultades de la fundamentación del interés casacional en la prueba del Derecho extranjero, forzoso es reconocer que a las dificultades antedichas hay que sumar las dificultades propias, que sucintamente expuestas pueden sintetizarse en las siguientes.

- 1^a) La doctrina del TS abarca diversos puntos y algunos de ellos han supuesto efectivamebnte un avance, en tanto que otros no, pero el TS alega la existencia de doctrina de esta Sala como una unidad, lo que no permite evolución alguna.
- 2^o) El hecho de que –como menciona la Circular FGE 1/2020– una Sentencia en esta materia no crea jurisprudencia a los efectos del art. 1.6 C.c.
- Y 3^a) La *diabólica* –permitaseme la expresión– fundamentación del interés casacional, incrementada en este supuesto específico el requisito de dos o más sentencias en el mismo caso y todos los casos son diversos en materia de prueba de Derecho extranjero.

3.3.3. Algunas conclusiones

- 1^a) La primera conclusión –*de lege ferenda*– es la necesidad de corregir por vía legislativa. la falta de claridad normativa que sostiene la pervivencia de una profunda contradicción que, con base en una regulación normativa errónea, encuentra su plasmación jurisprudencial en la doctrina jurisprudencial dominante que –pese a algunos avances innegables– es preciso corregir. Al efecto debiera propiciarse un reforzamiento de la diligencia en la actuación judicial, de modo que se respete el carácter imperativo de las

normas de conflicto y que permita interpretar la subsidiariedad en la aplicación del Derecho español a falta de prueba del Derecho extranjero en su sentido más estricto y conforme ahora a su carácter excepcional, esto es, cuando pese a la diligencia del Juez –y de las partes– no haya sido posible aplicar el Derecho extranjero; podría convertirse en una obligación del Tribunal –y no una facultad– el empleo de los medios de averiguación del Derecho extranjero, máxime en los procesos civiles con objeto indisponible. Asimismo debiera clarificarse *de lege ferenda* el papel del MF en los procesos en los que es parte –ámbitos en los que está plenamente presente el encaje constitucional de su intervención–, pues no se comprende bien cómo un sistema que, a pesar de sus contradicciones, bascula el peso de la carga de alegación y prueba del Derecho extranjero en las partes, sin embargo coexiste con la pasividad del M:F, siendo muy pocas las resoluciones judiciales que recuerden siquiera mencionarle cuando ponen de relieve la actitud de las partes en el proceso. Sería deseable que, en coordinación con el reforzamiento del papel del Juez en orden a la prueba del Derecho extranjero, se tuviera en cuenta el relevante papel que ha de tener el MF en este punto, y que está por cierto muy en consonancia con el tenor de las Recomendaciones internacionales y en particular de la Recomendación (2012) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre el papel del Ministerio Fiscal fuera del sistema de Justicia Penal, que, aunque no realiza un enunciado concreto de las materias, resalta su importancia.

- 2^a) La segunda conclusión *de lege ferenda* es la afectante a la necesaria búsqueda de los mecanismos normativos necesarios a fin de corregir la excesiva dificultad que los litigantes hallan a la hora de fundamentar el interés casacional en el ámbito de la prueba del Derecho extranjero. A las dificultades generales –que no son pocas, vid. *supra* apartado 2.1.– se suman las específicas provocadas por tratarse de prueba de Derecho extranjero –vid. *supra* apartados 2.2. y 2.3.– y las derivadas de la existencia de una doctrina dominante que deja poco margen de maniobra para su modifi-

cación. Y esta conclusión nos sirve para enunciar la relativa a la siguiente pregunta: ¿facilitará la propuesta de *fortalecimiento* del interés casacional contenida en el ALEMPSJ la modificación de la doctrina jurisprudencial dominante? La respuesta no puede ser afirmativa, pues la prevista ampliación de poderes del TS –coincidente en un contexto legislativo más amplio– no hace previsible avance alguno en cualquier posible modificación de su línea jurisprudencial con base en la interposición de recursos que no respeten las líneas *maestras*. De modo que hay que entender que no ayudará la reforma a la modificación de la línea jurisprudencial del TS en la materia que nos ocupa.

- 3^a) Dichas soluciones por vía legislativa debieran ir acompañada del necesario encauzamiento del papel de los Instrumentos del TS y de la FGE, que tratan de solucionar la falta de claridad normativa en una especie de retroalimentación de la problemática que parece no tener fin⁶⁹. Porque además debe tenerse presente que, si bien no tienen carácter vinculante ni carácter jurisprudencial en su formulación, lo adquieren en la medida en que sus soluciones se ven reflejadas en las resoluciones jurisdiccionales dictadas por la Sala Primera del TS. Y similares consideraciones cabe realizar en torno al papel encomendado a las Circulares y a la extensión y prolijidad de los instrumentos propios de la FGE⁷⁰.

69 Me refiero por supuesto a la extensión del papel de tales instrumentos y muy en particular en este punto de los Acuerdos no Jurisdiccionales de la Sala primera del TS, que con base en la utilización de la vía del art. 264.1 LOPJ, se produce una extralimitación cuando se completa con ellos las disposiciones legales, especialmente en ámbitos tan sensibles como son los requisitos de admisión de los recursos extraordinarios. Por demás –remito al lector a la comprobación de lo que digo– es perceptible el aumento en la extensión y complejidad de los Acuerdos que aquí nos ocupan.

70 Obsérvese los términos con que se expresa la Circular 1/2020 de la FGE, cuando tras afirmar que su objetivo es facilitar la labor de los Fiscales (adscritos a las Secciones Civiles, de Menores, de Violencia de Género y de Extranjería), dándoles

No obstante lo dicho, es lo cierto que cuando el legislador hace dejación de sus funciones en una materia concreta –como podríamos decir que es el caso– pueden ser instrumentos útiles tales Acuerdos y tales Circulares. De manera que, ante las dificultades que presenta el régimen de recursos extraordinarios en esta controvertida materia, y teniendo en cuenta que se encuentra consolidada una doctrina jurisprudencial ampliamente denunciada en relación con los efectos de la falta de prueba del Derecho extranjero, sorprende la ausencia de mención alguna en los diversos Acuerdos de la Sala Civil del TS;⁷¹ como sorprende asimismo que en la Circular 1/2020 de la FG, tan prolija en el enunciado de excepciones y de flexibilizaciones varias a la rigidez del sistema, no se incluya más que una muy escueta mención, afirmando que el Derecho extranjero se equipara al Derecho español cuando resulta aplicable, en una afirmación que resulta tan acertada como insuficiente. Es por ello que, *de lege data* y a la espera de ir reforzando una opinión que pudiera plasmarse en una reforma legal certera, sería deseable que Acuerdos y Circulares tuvieran presentes las dificultades específicas en la fundamentación del interés casacional cuando se trata de Derecho extranjero y le dedicaran alguna disposición *flexibilizadora* a fin de allanar

pautas orientativas para valorar la procedencia y viabilidad de su interposición y en su caso a la hora de redactar el escrito del recurso de casación, de infracción procesal y de queja, pone asimismo de relieve que su finalidad es la de promover la utilización de estas vías procesales imprescindibles para generar criterios jurisprudenciales sólidos en el ámbito de intervención del Ministerio Fiscal, resaltando su papel en la función nomofiláctica de la casación en relación con los procesos en los que se atribuye al MF legitimación, que adquiere una especial importancia por afectar a ámbitos especialmente sensibles de los derechos de los ciudadanos.

71 Acuerdo de 12 de diciembre de 2000 sobre *Criterios de recurribilidad, admisión y régimen transitorio en relación con los recursos de casación y extraordinario por Infracción procesal*; Acuerdo de 30 de diciembre de 2011 sobre *Criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por Infracción procesal*; y por último, Acuerdo de 27 de enero de 2017, sobre *Criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por Infracción procesal*.

el camino de estos recursos. Porque lo cierto es que, de acuerdo con la realidad normativa vigente, son muy pocas las posibilidades que permitan mejorar las expectativas del recurso a fin de permitirse la paulatina modificación de la doctrina imperante.