



VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL VOCAL ENRIQUE LUCAS MURILLO DE LA CUEVA AL INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE RECURSO DE CASACIÓN CIVIL VASCA, AL QUE SE ADHIERE LA VOCAL ROSER BACH FABREGÓ.

1. Este Voto Particular recoge las observaciones que formulé al borrador del informe dentro del escasísimo plazo de tres días ofrecido para ello. Observaciones que no tuvieron respuesta alguna por parte de los ponentes y que se repartieron a los demás Vocales con tan solo día y medio de antelación a la fecha de celebración de la sesión del Pleno del 30 de octubre cuyo orden del día fue bien abultado. A lo expresado por escrito entonces, añado ahora lo que manifesté, también sin éxito, en dicha sesión plenaria.

2. Debo aclarar que si hago mención a la escasez de los plazos de que se ha dispuesto para realizar las observaciones y preparar este asunto para debatirlo en el Pleno es porque resultan claramente insuficientes para formarse una opinión fundada sobre un informe que se ha estado trabajando durante muchos días por los letrados del Consejo bajo la supervisión de los ponentes. Y si formarse una opinión acerca del informe es una tarea ardua y difícil, qué decir de la formulación de observaciones críticas al mismo para corregir o reorientar la interpretación seguida por la ponencia para la que, obviamente, no se cuenta con más recursos que los que uno mismo tiene. Si a eso se suma que mi dedicación solo puede ser parcial, se comprenderá que el grado de elaboración y el acierto en la exposición de mi discrepancia sean tan precarios. No obstante, no renuncio a intentarlo.

3. Creo, igualmente necesario señalar que la función consultiva de este órgano constitucional tiene sentido en tanto que contribuye a la correcta regulación de las materias que guardan alguna relación con la organización, el funcionamiento y la actividad de los órganos que integran el Poder Judicial y, en consecuencia, en la medida que es útil para garantizar su independencia y hacer efectivos la tutela judicial de los derechos y libertades de todas las personas y el respeto al bloque de la constitucionalidad al que, también, aquellos órganos están subordinados. Y esa función ha de ejercitarse siempre con el mismo rigor y con la misma actitud de colaboración con los órganos consultantes, ya sean promovidos los proyectos normativos por el Estado o por las Comunidades Autónomas.



Sin embargo, la experiencia de los casi 6 años de mandato que lleva la actual composición del Consejo pone de manifiesto que el planteamiento y el enfoque de los informes sobre iniciativas autonómicas es bien distinto del que se sigue con respecto a las estatales.

Si con respecto a estas prima un, a veces, desmedido afán de no contrariar y se extreman las posibilidades de interpretación conforme, cuando no la pura complacencia que se traduce en el abuso de las expresiones eufemísticas, con las autonómicas las cosas son bien distintas. Lo digo porque, aunque no se adopte una actitud abiertamente contraria o beligerante hacia ellas, si se aprecia un cierto recelo y desconfianza. El Consejo no se esfuerza en estos casos en señalar las opciones que se abren para lograr una regulación adecuada, como hace con los textos normativos que remiten los Ministerios, sino que actúa de guardián de las competencias estatales esgrimiendo los límites que implican para las autonómicas valiéndose del apoyo que encuentra en la, en ocasiones, muy cuestionable cita de pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

En mi opinión, este órgano constitucional, que ha de ser el paradigma de la mesura, la independencia y la imparcialidad, debe mantener esa posición siempre y ante cualquier iniciativa normativa, sin perder de vista el sentido de su función, al que antes me he referido.

4. Pues bien, en el caso del informe objeto de este Voto Particular es especialmente notoria esa actitud de incomodidad defensiva hacia el anteproyecto de ley que analiza. Su cerrazón es patente ante las previsiones sobre la casación civil vasca que no se corresponden exactamente con las de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De ese modo, la competencia de la Comunidad Autónoma de Euskadi sobre las especialidades procesales de su derecho civil foral, conforme al artículo 149.1.6º y 8º CE, queda vacía de contenido.

A mi modo de ver, esto no tiene ninguna justificación. Máxime si se tiene en cuenta que no basta con advertir la diferencia regulativa sino que hay que acompañar esa constatación de unas consideraciones fundadas sobre su efecto con respecto a los derechos de quienes sean o puedan ser parte en el proceso, de tal modo que solo cuando se pueda afirmar que serán lesivos de aquellos, se podrá concluir sobre su inconstitucionalidad y expresarse la tacha correspondiente. Pero, como decía, ese paso esencial no se da sino que el examen se queda en la mera y simple constatación de la diferencia entre las previsiones del anteproyecto y las de la ley rituaría civil.



5. Si esta se caracteriza por una disciplina muy cerrada de la casación, el anteproyecto está inspirado en una concepción del interés casacional lo más amplia posible. En tal sentido, propugna un par de especialidades procesales que permitan ampliar el ámbito de la casación foral, principalmente a través de la ampliación de los elementos que sirven para configurar el interés casacional en sus artículos 3 y 4. Pero dicha especialidad está (al contrario de lo que dice el informe) debidamente justificada por las particularidades del Derecho civil, foral o especial, vasco.

6. En primer lugar, no es cierto, como afirme la conclusión TERCERA, que todos los autos definitivos de las Audiencias Provinciales tengan, conforme a los artículos 245.b LOPJ y 206.1. 2º LEC, un contenido exclusivamente procesal. Es incuestionable que, entre los previstos en ambos artículos, existen autos de las Audiencias que pueden aplicar o interpretar normas sustanciales del Derecho civil vasco o relativas a las peculiaridades procesales que respondan a las mismas. Por ejemplo, autos de sobre anotaciones e inscripciones registrales, sobre acuerdos de mediación y convenios (particularmente en al ámbito del Derecho de familia), sobre presupuestos procesales referidos a normas de derecho sustantivo (legitimación, otras cuestiones de fondo...), sobre cuestiones transaccionables...

7. Por su parte, las conclusiones OCTAVA y NOVENA del informe no toman en consideración la especial relevancia que en el caso del Derecho civil vasco tienen la costumbre y los principios generales como fuentes del Derecho, y la doctrina emanada de los tribunales como principal catalizador y exponente de las normas emanadas de dichas fuentes.

Esto es común a todos los derechos civiles forales, por contraste con las normas de derecho civil común, generalmente con un mayor grado de codificación y legalización. Y, en el caso vasco, se debe a que la larga ausencia de órganos legislativos propios desde la abolición foral en 1876 hasta la Constitución de 1978 impidió, o cuando menos dificultó sobremanera, una legalización o



codificación de las normas consuetudinarias o renovación de las escasas normas escritas. La propia compilación, se demoró más de 67 años desde la entrada en vigor del Código civil. Hasta tal punto es deudor el Derecho civil vasco de estas fuentes que gran parte del Derecho vizcaíno y alavés, pero particularmente, todo el Derecho guipuzcoano que ha pervivido hasta nuestros días lo ha hecho exclusivamente en forma de derecho consuetudinario (la Compilación, en el caso vasco, recogía sólo normas de derecho alavés y vizcaíno, no del guipuzcoano) hasta 1999.

Ambas fuentes del Derecho, al no estar recogidas en textos normativos, dependen en gran medida de la jurisprudencia para su afloramiento, su cristalización, su prueba y la delimitación de los contornos exactos de la norma. Esto es en el caso del derecho civil vasco una especial necesidad ya que la doctrina jurisprudencial existente versa sobre normas que hayan podido subsistir únicamente en su forma consuetudinaria habrán sido exclusivamente puestas de manifiesto por sentencias de tribunales anteriores a la creación del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en 1989, como pueden ser las del propio Tribunal Supremo.

Esto afecta al artículo 4.2, cuando dota de valor a los efectos de la determinación de la existencia de interés casacional, a las resoluciones de tribunales históricos y del Tribunal Supremo con anterioridad a la creación del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Al contrario de lo que sugiere el informe, ello no daña la unívoca interpretación de la ley sustantiva, como garantía de la seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación de la Ley, porque esa unívoca interpretación viene dada por la unicidad del órgano llamado a unificar la doctrina, a saber, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Por ello solo se dota de valor a dicha jurisprudencia histórica a los efectos de integrar el interés casacional o de servir de doctrina de contraste, para ser reconducida a la unidad por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. La seguridad jurídica e igualdad en la aplicación en la Ley no comporta, necesariamente, la unicidad del órgano jurisdiccional del que emana la doctrina



invocable como dice el informe, sino la del órgano que ha de unificar la doctrina proveniente de uno o más órganos que sea invocada. De hecho, como el apartado 67 del informe recuerda, la propia Ley de Enjuiciamiento Civil admite que se invoque doctrina de varios órganos a estos mismos efectos de la determinación de la existencia de interés casacional, cuando se resuelvan puntos o cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

8. Así mismo, no es cierto que el artículo 4.4 del anteproyecto, al configurar el recurso de casación de forma que puedan plantearse en el mismo tesis contrarias a las sustentadas por la doctrina jurisprudencial vigente y pacífica establecida por el propio Tribunal Superior de Justicia, desconozca la función nomofiláctica o de defensa de la norma, propia del recurso de casación. La función nomofiláctica atiende a la defensa de la norma en sí misma, no a la defensa de la doctrina del tribunal casacional sobre la norma. El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco tiene la función de unificar la doctrina que emane de las resoluciones de los jueces y tribunales del País Vasco en su tarea de depurar la interpretación e integrar los preceptos del Derecho civil vasco (artículo 2 de la Ley 5/2015 de Derecho civil vasco), pero no de lastrar la posible evolución de dicha interpretación mediante el anclaje a la doctrina que él mismo hubiera previamente dictaminado.

Aceptar que la interpretación y la aplicación de la norma pueden verse alteradas por el contexto o por la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas y que los tribunales han de considerar, junto con la jurisprudencia preexistente es una forma de defender la norma frente a su petrificación y anquilosamiento. Todos los tribunales están obligados a ejercer esta labor de adaptación y acomodación a los tiempos, en aplicación del artículo 3 del Código Civil. También el propio Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Esto es tanto más cierto con respecto a aquellas normas consuetudinarias o no escritas que, al carecer de los mecanismos de adaptación propios del derecho codificado, a través de su modificación por medio de los órganos legislativos correspondientes, dependen



mucho más estrechamente de la labor de integración, interpretación y adaptación que realicen los tribunales.

9. Suprimir el artículo 4.4 dificulta la función de unificación de doctrina a través, precisamente, de esta labor de acomodación y adaptación a los tiempos del derecho, tanto escrito como, especialmente, del derecho no escrito. Su mantenimiento, por el contrario, sirve mucho mejor tanto a la defensa de la norma frente a dicha obsolescencia, especialmente en el caso de las normas no escritas. Además, concentrar esta función en el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco por medio de esta conceptualización del interés casacional, sirve mucho mejor también a la unificación de doctrina, que la supresión del apartado.

Todo lo cual afecta, también, al párrafo final de la conclusión QUINTA, respecto al subapartado 5º del artículo 5 del anteproyecto, directamente vinculado a su artículo 4.4.

10. Por otro lado, el tono imperativo del informe debería rebajarse en algunos apartados, habida cuenta de las interpretaciones que en el mismo se mantienen. La redacción podría bien llevarse al campo de lo aconsejable, recomendable, conveniente en la línea del tono empleado en el párrafo 49 (se considera conveniente) o bien redactarse de manera condicionada ("en tanto se mantenga este problema...", "si se mantiene esta redacción...").

Dichos párrafos son: 42 y Conclusión segunda (debería, sin más, ser suprimido), 45 (debe redactarse), 46 (debe cohonestarse), 63 (deberá ser revisada), 87 y Conclusión décima (su eliminación del texto deviene ineluctable), Conclusión cuarta (ha de limitarse, "se contrae" por "se contraería", "se circunscribe" por "se circunscribiría", "pueden" por "podrían"...)

11. En los párrafos 45 y 78 y en la Conclusión séptima el informe sostiene la disconformidad del anteproyecto con la LEC desechando su posible interpretación conforme dada la naturaleza del derecho foral al que se ha hecho repetida



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Vocalías

alusión. Lo mismo ocurre con los párrafos 63, 81 y, en la Conclusión quinta sobre la posible inconstitucionalidad del anteproyecto.

Madrid, a 4 de Noviembre de 2019

Enrique Lucas Murillo de la Cueva

Roser Bach Fabregó