

§. LA COSTUMBRE NO ES FUENTE DEL DERECHO PROCESAL*

Fernando Gascón Inchausti

Juan José Cano Jiménez c. Juan López Alcolado y Juan López Colmenar.

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil).

Sentencia de 28 de Abril de 1998, recurso núm. 356/1994.

Recurso de casación contra sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 8 de Noviembre de 1993.

Magistrado Ponente: O'Callaghan Muñoz.

Abogados: no constan.

Hechos y cuestiones jurídicas

En el marco de un proceso declarativo ordinario de menor cuantía sobre disolución y liquidación de una sociedad civil irregular, la sentencia de primera instancia resulta parcialmente favorable al demandante. Los demandados la recurren en apelación y es totalmente revocada, quedando éstos absueltos de los pedimentos formulados frente a ellos por el actor. Éste interpone recurso de casación, alegando, al amparo del nº 3º del art. 1692 LEC, la indefensión que se le causó durante la tramitación de la segunda instancia, en concreto durante la vista, pues no se le dio traslado –como es costumbre o “práctica habitual” ante la Audiencia Provincial de Ciudad Real– de la “instructa” del apelante, para que presentara a su vez su propia “instructa”; ello le impidió formular sus alegaciones en la vista, con lo que se acabó sustanciando la segunda instancia sin habersele oído.

La cuestión principal consiste, por tanto, en saber hasta qué punto, en contraste con lo establecido en los arts. 709, 876 y 877 LEC, tenía el recurrente en casación realmente derecho a que la segunda instancia se sustanciara de la forma que constituye “práctica habitual” en la Audiencia de Ciudad Real, teniendo en cuenta que dicha “costumbre” supone una mezcla entre los dos regímenes que prevé la LEC para la sustanciación de la fase de alegaciones en el recurso de apelación (vista oral o alegaciones escritas).

Fallo

* Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1998, publicado en *Tribunales de Justicia*, 1999-2, pp. 167-162.

El Tribunal Supremo desestima el motivo de casación, pues considera que la costumbre no es fuente del Derecho Procesal y que la lesión de una norma consuetudinaria, en la medida en que no infrinja precepto legal, ni puede generar indefensión, ni es fundamento suficiente para estimar un recurso de casación. Sin embargo, acoge los motivos que guardan relación con el fondo de la cuestión, y dicta sentencia parcialmente estimatoria de las pretensiones del actor y recurrente en casación.

COMENTARIO

La presente Sentencia aborda una cuestión que no es habitual ver resuelta por nuestro Tribunal Supremo, y que entronca directamente con el sistema de fuentes normativas del Derecho Procesal; en concreto, con la eficacia de la costumbre y de los eventuales derechos y expectativas que de ella pueden surgir para los justiciables.

Según alega el recurrente en casación, en la Audiencia Provincial de Ciudad Real se sigue un especial sistema para la tramitación de la fase de alegaciones del recurso de apelación, que no ha sido respetado en el caso de autos, con consecuencias claramente perjudiciales para su posición jurídica.

Veamos, antes que otra cosa, qué es lo que dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre esta materia. En su art. 709 I, señala la LEC que, una vez instruido el ponente de los autos, «se citará a las partes para sentencia y se señalará día para la vista, que habrá de celebrarse en un tiempo no superior a noventa días»; sin embargo, el párrafo IV del mismo artículo señala que «el informe oral podrá ser reemplazado por los correspondientes escritos de alegaciones, de conformidad con lo establecido por los artículos 876 y siguientes...». Y, por lo que aquí nos interesa, el art. 877 establece que, en caso de optar por esta segunda vía, «al apelante se le otorgará el plazo de quince días para formular su escrito de alegaciones, del que acompañará tantas copias como Magistrados hayan de formar la Sala y una más para cada parte apelada. A éstas, con entrega de la copia, se les otorgará un plazo igual para formular su escrito de alegaciones del que acompañará el mismo número de copias».

El régimen legal, por lo tanto, está claro: si se celebra vista, en ella, con sujeción a las reglas del principio de concentración (pues se trata de una actuación oral), las partes, por su orden, expondrán lo que a su derecho convenga, sin que ninguna de ellas tenga previo conocimiento de lo que dirá la contraria –sin perjuicio de que, terminada la exposición oral, pretenda cada parte, y admita el Tribunal, presentar un escrito o “instructa” que sea reflejo de lo argumentado oralmente: hasta cierto punto, esto ya es en sí una corruptela, como pone de relieve la Sentencia comentada en el F.J. 2º, pues desvirtúa la oralidad y la inmediatez, así como la función del Secretario de Sala–. En cambio, si no se celebra vista –opción ésta que debe ser expresamente pedida por las partes (véase el art. 876 LEC: «... solamente cuando todas las partes personadas lo pidan y la

Sala lo estime indispensable para la recta administración de la justicia, teniendo en cuenta la naturaleza del asunto y las circunstancias concurrentes.»—, las alegaciones de las partes serán sucesivas en el tiempo, y el apelado emitirá su escrito a la vista del presentado por el apelante.

Pues bien, como decía antes, el recurrente en casación alega que, en la Audiencia Provincial de Ciudad Real, es otra la «práctica habitual», que viene a configurarse como *síntesis superadora* de la complicada duplicidad legislativa. Ante este Tribunal, no hace falta que las partes expresamente soliciten la sustitución de la vista oral por alegaciones escritas; cuando se señala día para la vista (no queda claro si se alude al día en que se lleva a cabo el señalamiento, o al día del señalamiento en sí, aunque nos inclinamos por esta segunda interpretación), el apelante presenta una “instructa” (¿por qué no llamarlo escrito de alegaciones?), de la que se da traslado al apelado para que presente, a su vez, su propia “instructa” (se supone que se le concederá un determinado plazo para ello). *De esta sencilla manera*, la vista oral se convierte en un trámite de alegaciones escritas, sin necesidad de que el Tribunal compruebe si se cumplen los requisitos del art. 876 LEC y sin que deban las partes pedirlo expresamente (al fin y al cabo, ya se sabe que los abogados siempre prefieren las alegaciones escritas a la vista oral...).

Algo debió de fallar, no obstante, durante la tramitación del proceso que nos ocupa. Y es que, llegado el día del señalamiento, para sorpresa y contrariedad de la parte apelada, el Presidente decidió que, *en una vista oral*, debía comenzarse por *dar la palabra* en primer término al apelante, para que informe en apoyo de sus pretensiones (es decir, *se decantó por la aplicación de la LEC*, dejando de lado la “práctica habitual”). Evidentemente, esta decisión debió de sorprender “fuera de juego” al apelado —si es que realmente se encontraba presente en la Sala de vistas de la Audiencia—, pues en la diligencia que refleja lo sucedido (y reproducida en el F.J. 2º de la Sentencia comentada) consta que, terminada la intervención oral del abogado de los recurrentes, se dio por terminado el acto (luego, una de dos: o el abogado del apelado ni siquiera acudió a la vista; o lo hizo pero sin tener preparado su informe oral; ambas posibilidades constituyen por su parte una negligencia inexcusable). En consecuencia, la Audiencia tuvo que decidir el recurso sin conocer las alegaciones de la parte recurrida, lo que (en parte) podría explicar (al menos, a los ojos del apelado y recurrente en casación) que estimara completamente las pretensiones de los recurrentes y revocara totalmente la sentencia en cuestión.

Como es de esperar, la parte apelada no tardó en denunciar ante el Tribunal Supremo la palmaria indefensión sufrida, en la medida en que no se le dio traslado de las alegaciones (de la “instructa”) de la parte contraria, ni ocasión para presentar su “*instructa*” de contestación. Puesto que el Presidente de la Audiencia no respetó su derecho a recibir traslado de la “instructa” de la parte contraria y, desconociendo las más elementales reglas que rigen la “práctica habitual” en ese foro, no le dio oportunidad, dentro de la vista, para presentar sus alegaciones por escrito, resulta a todas luces *evidente* que incurrió en un vicio determinante de la nulidad de las actuaciones subsiguientes.

Dejando ya de lado la ironía, la respuesta de la Sala Primera no podía ser más contundente y acertada: la costumbre no es fuente del Derecho Procesal, por lo que el recurrente no puede denunciar en casación la infracción de una práctica o uso que, claramente, ni desarrolla ni es compatible con lo que expresamente establece la Ley positiva. Cuando las partes deseen renunciar a la vista oral, pueden pedirlo así expresamente, y la tramitación será escrita, si concurren los presupuestos para ello. En caso contrario, no pueden válidamente esperar del órgano jurisdiccional que, ignorando descaradamente lo que dice la Ley, convierta la vista oral en una pantomima y en un sucedáneo de tramitación escrita.

Si la “práctica habitual” de la Audiencia de Ciudad Real descrita anteriormente fuera Derecho vigente, está claro que su infracción habría producido indefensión. Ahora bien, en este caso no se ha vulnerado norma alguna, sino que, al contrario, se han respetado estrictamente las previsiones legales sobre desarrollo de las vistas en apelación. No ignoro que esa “práctica habitual” puede crear en los justiciables y, sobre todo, en sus abogados, una “expectativa” en cuanto al modo en que van a desarrollarse las actuaciones y que el alejamiento de esa “pauta de conducta” ha frustrado aquélla. Ahora bien, ¿es merecedora de tutela la privación de esa expectativa?

Ya en 1945 se le planteó al Tribunal Supremo un problema semejante, cuando se le alegó que en la Audiencia Provincial de La Coruña se admitían y tramitaban las apelaciones sin necesidad de que los escritos iniciales fueran firmados por Abogado. Su respuesta fue clara: «esta forma de proceder en la expresada Audiencia, caso de ser cierta, sobre lo cual no existe antecedente alguno en las actuaciones, no determinaría derecho consuetudinario judicial, sino un simple uso o práctica y, en todo caso, ese modo de proceder, como contrario a la Ley, bien se le considere costumbre, ya uso o práctica, sería impropetible...» (Sentencia de 11 de Junio de 1945).

A mi juicio, no puede haber duda de que las expectativas derivadas de usos forenses contrarios a la ley no pueden válidamente ser tuteladas por los órganos judiciales. La Sala 1ª del TS lo dice con claridad en la Sentencia comentada: “La *costumbre* no es fuente del Derecho procesal” (F.J. 2º); por lo tanto, una expectativa de defensa derivada de la práctica habitual de un órgano judicial y no amparada por la ley –como la de que, en la vista, se dé al apelado traslado de la “instructa” y plazo para contestarla por escrito– no es expectativa *legítima* ni será protegible en vía de recurso. Como señala DE LA OLIVA, “el conformismo ante las corruptelas no debe tener cabida en un jurista verdadero” (*Derecho Procesal Civil*, con M.A. FERNÁNDEZ, 4ª ed., Madrid, 1995, Vol. I, pág. 288). En realidad, si se tutelase esa “práctica habitual”, se estaría dando carta de naturaleza como fuente del Derecho a algo que no tiene tal consideración. Más aún, el Tribunal Supremo estaría dando por completo la espalda a la función nomofiláctica característica del recurso de casación.

Se hace necesario, por tanto, dejar bien asentadas ciertas consideraciones de tipo general acerca de la eficacia normativa dentro del proceso de la

costumbre y de los llamados “usos forenses”. A nadie escapa –especialmente al práctico– que cada órgano judicial tiene sus peculiaridades a la hora de interpretar determinados aspectos de ciertas normas procesales, y que no todas las cuestiones se tramitan de forma idéntica en todos los foros. A esta especial forma de hacer las cosas en cada órgano judicial, en la medida en que es uniforme y reiterada en el tiempo, se la denomina “usos forenses”; en ocasiones, estos “usos” tendrán la consideración de costumbre “*secundum legem*”: constituyen la concreción al terreno de lo concreto de lo previsto en abstracto por la ley. Evidentemente, como señala ORTELLS, esto «no supone, respecto a lo que puede deducirse de la interpretación de la ley, un *plus* normativo cuya infracción pueda viciar el correspondiente acto procesal» (*Derecho Jurisdiccional*, con MONTERO, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN, Parte General, 7ª ed., Valencia, 1997, pág. 452). En otros casos, sin embargo, a través de estos usos se acaba por deformar y tergiversar el mandato del legislador, y se termina imponiendo una pauta de conducta distinta a la legal, e incluso claramente contraria a ella: estos usos encajan dentro del concepto de costumbre “*contra legem*” y también se conocen como “corruptelas”. Es corruptela, por tanto, todo uso forense que desvirtúe el contenido de la ley (DE LA OLIVA) y, en consecuencia, traicione el modelo procesal diseñado por ella.

Como se ha señalado por PRIETO-CASTRO, en algunas –muy pocas– ocasiones el recurso a la corruptela no tiene más fundamento que exigencias de la lógica (pone PRIETO-CASTRO como ejemplo la “lectura en audiencia pública” de las sentencias –art. 336.7º LEC–, que obligaría a los juzgados a dedicar días enteros únicamente a esta tarea: cfr. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., Pamplona, 1985, Vol. I, pág. 110, nota 1), aunque la solución adecuada para estos casos no sería la corruptela, sino la reforma legislativa. Sin embargo, las más veces, la corruptela es sencillamente inadmisibile y perjudicial: que la prueba se practique ante el Secretario, los Oficiales o los Auxiliares del Juzgado; que la comparecencia previa de los juicios de menor cuantía se reduzca a un simple ratificarse en las alegaciones anteriores en presencia de quien no es el Juez; que, hasta la reforma operada por la Ley 34/84, las diligencias para mejor proveer pudieran utilizarse “para mejor dilatar”; que la “papeleta” de los juicios verbales sea en realidad una verdadera demanda; todas estas pautas de conducta tal vez sean costumbres o “prácticas habituales”, pero deben ser desterradas, pues, en último término, sólo han servido para empeorar la situación de nuestra Administración de Justicia.

En definitiva, se trata de recordar que la costumbre –de modo genérico– y los usos forenses –en particular– carecen de virtualidad para determinar la actividad de Jueces y partes en el desarrollo del proceso. Así lo ha sostenido con rotundidad la práctica unanimidad de la doctrina (con la sola excepción de GUASP), aportando numerosos argumentos, recogidos algunos de ellos por la Sentencia que ahora comentamos.

En primer término, se aduce que la única costumbre a la que nuestro Código civil reconoce fuerza normativa es la del lugar, lo cual fomentaría, de admitirse como fuente del Derecho procesal, una disparidad incompatible con las

más elementales exigencias de seguridad jurídica (GÓMEZ ORBANEJA, CORTÉS DOMÍNGUEZ; PRIETO-CASTRO, gráficamente, advierte que entonces “las costumbres podrían ser tantas como curias” –ob. cit., pág. 110–).

También se acude como argumento a la reserva de ley existente en materia procesal, que derivaría tanto del art. 149.1.6ª CE (CORTÉS DOMÍNGUEZ) como de los arts. 1º LEC y 1º LECrim (PRIETO-CASTRO), reserva ésta que impide conceder fuerza normativa a algo que no emane del Poder Legislativo. En consecuencia, se sostiene incluso que el art. 1º del Código civil no es aplicable al Derecho procesal (PRIETO-CASTRO, CORTÉS DOMÍNGUEZ).

Sin embargo, las explicaciones más convincentes son aquéllas que entroncan con el carácter público de las normas procesales (DE LA PLAZA) y, sobre todo, con la configuración del proceso como creación artificial o artística del legislador (CARRERAS). En esta línea de argumentaciones, GÓMEZ ORBANEJA nos recuerda que el proceso no es una actividad espontánea de la vida social, sino que sólo existe en cuanto está regulado por la ley; PRIETO-CASTRO, que el Estado es el único llamado a establecer lo que conviene como Derecho Procesal; y DE LA OLIVA, que el proceso no puede ser sustancialmente regulado por decisión de sus protagonistas actuales o futuros (en este último sentido, pueden verse también el ATS de 7 de Enero de 1943 [«...las normas procesales pertenecen a la esfera del Derecho público y han de reputarse absolutas e imperativas, salvo en aquellos supuestos excepcionales en los que de las palabras expresas de la ley o de la finalidad de la norma concreta de que se trate se desprenda que las partes o el Juez están autorizados para reglamentar convencional o libremente la relación procesal...»] o, más recientemente, la STS de 30 de Septiembre de 1991). En otras palabras, en Derecho Procesal no puede hablarse nunca de *opinio iuris sive necessitatis*, elemento del que dependería, en última instancia, la eventual fuerza normativa de la costumbre. No existe en los sujetos del proceso la convicción de que el respeto a la “costumbre” o “práctica habitual” sea consecuencia de un deber jurídico: y así lo reconoce expresamente la Sentencia comentada (F.J. 2º).

Por eso, cuando imperan en nuestros órganos jurisdiccionales costumbres contrarias a la ley (corruptelas), nada puede impedir que la regulación legal se haga valer con los medios procesales establecidos; quien se somete a ellas corre el riesgo de perder buenos derechos sin posibilidad de recibir amparo de los órganos superiores, como pone de relieve la Sentencia comentada. En realidad, y aunque produzca cierta tristeza tener que exponerlo en estos términos, cuando estas prácticas habituales desvirtúan el sentido de la norma, *tiene el justiciable la carga de exigir del Juzgado o Tribunal la aplicación estricta de lo dicho por la ley*, bien directamente, bien a través de los recursos, llegando incluso al amparo constitucional (véase la STC 190/1990 sobre la “práctica habitual” de cara a solicitar la ejecución de las sentencias laborales en aquellas islas de las Canarias en que no había Magistratura de Trabajo, y el certero comentario de PADURA BALLESTEROS, “Omisión por el Secretario Judicial de la diligencia de constancia y posible vulneración del artículo 24.1 de la Constitución al transferir los efectos negativos de dicha negligencia a la esfera jurídica de los particulares”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 52, 1992, págs. 297 y sigs.). En el caso que

nos ocupa, si el recurrente en casación, en fase de apelación, tenía interés en que la vista oral se sustituyera por alegaciones escritas, debía haberlo solicitado así expresamente, como prevén los arts. 709 y 876 LEC, por muy “cómoda” que pudiera resultarle la “práctica vigente”. Si no lo hace, no puede esperar que su negligencia reciba la tutela del Tribunal Supremo.

En definitiva, esta sentencia constituye un claro –y sano– “aviso a navegantes”: han de saber que, a pesar de lo reiterado, nadie está obligado a someterse a los “usos forenses” o “prácticas habituales” de determinados órganos jurisdiccionales; que, si de ellos se les derivan consecuencias negativas, deben solicitar el respeto a la ley por las vías que correspondan; y que, si se pliegan a ellos y cualquier cambio o alteración en su aplicación acaba perjudicándoles – como sucede en el caso resuelto en esta Sentencia–, no podrán recibir amparo judicial alguno. Con esta sentencia, el Tribunal Supremo está advirtiendo a los justiciables y, sobre todo, a sus abogados, de que no pueden someterse ante el incumplimiento de la ley; y que, desde luego, si lo hacen, ni merecen ni recibirán la protección del ordenamiento.