

XX JORNADAS IBEROAMERICANAS DE DERECHO PROCESAL

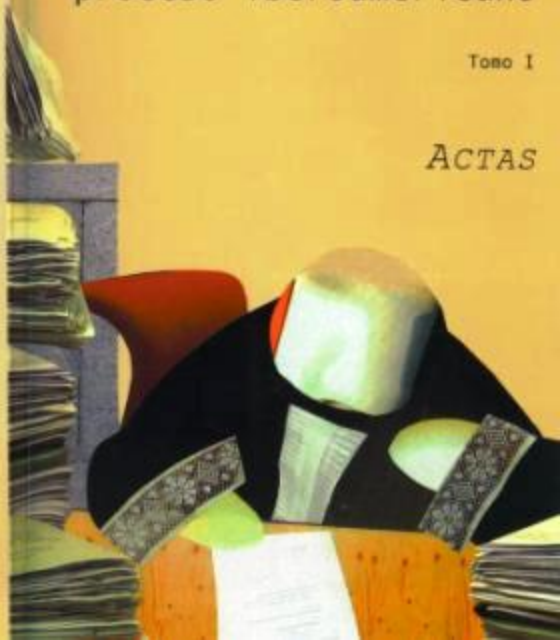
Problemas actuales del proceso iberoamericano

Tono I

ACTAS

Problemas actuales del proceso iberoamericano

Tono I



PRESENTACIÓN

MARCEL ORTIZ RUIB
*Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València*

JUAN ANTONIO ROBLES GARZÓN
*Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de Màlaga*

I. Las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal vuelven a España en su vigésima edición, sesenta años después de que Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, promotor del Instituto del que depende esta periódica reunión científica, abandonara la patria —camino de un exilio que le llevó a las tierras generosas de Argentina, de Chile y de México— veinte años después de las Jornadas que se celebraron en Madrid y dieciséis años después de las Jornadas de Mérida.

Es ilustrativo pararse a contemplar estos hitos temporales. Ayuda casi a palpitar el grado de consolidación de un esfuerzo colectivo. Colectivo en cuanto expresión de una comunidad cultural, y colectivo en la dimensión histórica, que ya abarca más de una generación.

El trabajo desarrollado, principalmente, por los profesores de Derecho Procesal de la Universidad de Málaga¹, con la colaboración de un grupo de profesores de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia², ha propiciado la vuelta a España de estas Jornadas, las cuales se han materializado porque se ha contado, no solo con el inestimable

© De los autores

© De esta edición: CENTRO DE EDICIONES DE LA DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE MÁLAGA (CEDMA)

Coordinación de la Obra: Dra. Itziar Giménez Sánchez, Dra. Yolanda De Lucchi López-Tapia, Dra. Leticia Fontestad Portales, Dra. Milagros López Gil, Dra. María Jesús Molina Caballero y León Antonio María Lara López.

Cooperación Maquetación: Gráficas San Pancracio
Diseño de cubierta: Pilar García Millán
Imprenta: Gráficas San Pancracio, S.L. — Málaga

ISBN (Obra completa): 84-7785-762-8
Tomo I: 84-7785-765-2
Tomo II: 84-7785-766-0

Depósito Legal: MA-1.473-2006

¹ Doctores Itziar Giménez, Yolanda de Lucchi, María Jesús Molina, Leticia Fontestad, Milagros López, Salvador Guerrero y los Licenciados, Antonio Lara, Javier Teller, Javier Sánchez, Fernando de la Torre y Rodrigo Letra sin olvidar a nuestra secretaria Mercedes Espi Blanes. No sería justo olvidarse de aquellos otros profesores que aunque por motivos administrativos ya no están con nosotros, profesores Dra. Carmen Senés, Mailla, Dr. José Soldado, y Ledes, Javier de Torres, Andrés Márquez y María Martínez, porque sin su trabajo y esfuerzo este Dep. de Derecho Procesal de la Universidad de Málaga no se hubiera podido consolidar.

² Doctores María José Moscató B., Ricardo Juan, José Benet, Rafael Bellido, Luis Cuadrado, José María Alicia Amengot, y Licenciados Josep Marel Medrano y Sheila Muñoz sin olvidar al Dr. Juan Cantano de la Universidad de la Coruña.

EL CARÁCTER "SUPRAEXTRAORDINARIO" DEL RECURSO DE CASACIÓN CIVIL SEGÚN EL PROYECTO DE REFORMA

JOSE BONET NAVARRO

Profesor Titular de Derecho Procesal

Universitat de València (Estudi General),

Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Valencia

I. INTRODUCCIÓN

Sabido es que la Constitución española y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.5) no contienen previsión alguna sobre el derecho al recurso en el orden civil. De ese modo, el legislador no se encuentra constreñido desde ese punto de vista en la configuración legal del recurso de casación. En realidad, ante la existencia de errores e infracciones en las resoluciones, debidas a la complejidad de los asuntos y la naturaleza humana del juzgador, se han establecido tradicionalmente medios de impugnación como métodos de subsanación y reparación de los mismos.

El recurso de casación nació como consecuencia de determinadas necesidades y se ha ido configurando en el tiempo con ciertas características propias y cumpliendo unas concretas funciones¹: la *nomofiláctica* para garantizar una interpretación y aplicación de la ley; la protección del *ius litigatoris*, dados los posibles resultados de la casación sobre las pretensiones; así como, principalmente, la formación y unificación de jurisprudencia en aras de la igualdad en la aplicación de la ley y de la seguridad jurídica.

¹ Entre otros, véase CALAMANDREI P., "La cassazione civile", en *Opere Giuridiche*, VI, Napoli, 1976, (donde se recopila su obra, publicada por primera vez en Torino, 1920). CONDOMINES VALLS, F. de A., *Sobre el recurso de casación en materia civil*, en RDPPro, 1956, págs. 1.081-129. FAIRÉN GUILLÉN, V., *Recepción en España del recurso de casación francés*, en "Temas del ordenamiento procesal, I", Madrid, 1969, págs. 125-235. ORTELLS RAMOS, M., *Origen histórico del deber de motivar las sentencias*, en RDPPro, 1977, págs. 899-932. JIMÉNEZ CONDE, F., *Precedentes del error de derecho en la apreciación de las pruebas como motivo de casación* (I), en RDPPro, 1977, págs. 787-849.

El actual proyecto de reforma mantiene el tradicional carácter de recurso extraordinario². Éste le viene dado por ser admisible solamente si se basa en el motivo o los motivos tasados por la ley, que a su vez podrán ser limitadas por las concretas infracciones planteadas en el recurso, en segundo lugar, el carácter extraordinario deriva de la limitación en las resoluciones recurribles.

Con criterios de política legislativa más o menos adecuados, el legislador tiene la potestad de configurar el recurso de casación dando mayor o menor preponderancia a algunas de las funciones propias del mismo. Sin duda las reformas desde ese punto de vista podrán ser valoradas en su oportunidad o corrección. Ahora bien, al margen de que sea preciso combatir la actual situación de colapso que sufre el Tribunal Supremo (en adelante TS), la crítica se presenta como imperativa cuando, como vamos a resaltar, todas las funciones del recurso de casación, incluida la unificadora, quedan sensiblemente mermadas al amputar del ámbito del mismo los asuntos de "menor" cuantía. Y ello es así porque la mejora de la justicia y la agilización de su funcionamiento en unas coordenadas razonables de certeza se pretenden lograr por la vía de que las funciones atribuidas en mayor o menor medida a la casación (nomofiláctica, protección del *ius litigatoris* y unificación jurisprudencial) sean inoperantes en la mayor parte de los asuntos que se tramitan en nuestros tribunales: aquellos cuya cuantía no alcance los ciento cincuenta mil euros. Y por ello que, en mi opinión, el recurso de casación de tan extraordinario más bien va a caracterizarse por ser "supraextraordinario" y "cuasianecdótico" en la práctica.

II. LÍNEAS GENERALES DE LA REFORMA DE LA CASACIÓN CIVIL

El reciente Proyecto de Ley Orgánica, según su título, adapta la legislación procesal a la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (con su modificación por LO 19/2003, 23 diciembre), reforma el recurso de casación y generaliza la doble instancia penal³.

En materia de casación, la reforma resultaba en cierto necesaria en el orden penal como consecuencia de la generalización de la apelación para todo tipo de delitos; y ésta a su vez ha sido consecuencia manifiesta de los "toques de atención" que había dado el Comité de Derechos Humanos de la ONU con ocasión con ocasión de las exigencias derivadas del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

² Véase, entre las más recientes y exhaustivas, LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *Los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

³ BOCG, Congreso, núm. 69-1, 27 enero 2006. Del recurso de casación competencia del TS, págs. 135-7.

Políticos⁴. Sin embargo, se ha optado por ir más allá replanteando la casación en todos los órdenes jurisdiccionales.

Como no podía ser de otro modo y se desprende de su exposición de motivo, se pretende mejorar el sistema. Esta exposición alude a unos inconcretos "servicio a los intereses generales" y "justicia de calidad", al tiempo que afirma que ha de accentuarse "la incidencia que sobre el poder judicial tiene la organización territorial del Estado", de modo que el TS resulte garante de la igualdad y seguridad jurídica en la aplicación de la ley, además de cumplir con una función unificadora de la doctrina, y todo ello mediante una respuesta ágil y eficaz. Para ello, siempre según su exposición de motivos, modifica la naturaleza y configuración de la casación para ser "un recurso para la unificación de doctrina, limitando su ámbito a las infracciones que se hayan producido en la aplicación del ordenamiento jurídico estatal con motivo de pronunciamientos discrepantes de los órganos judiciales inferiores".

En el orden civil, al margen de cuestiones más concretas de aplicación, se había manifestado la escasa voluntad política para que entrara en vigor el régimen definitivo que diseñó la LEC 1/2000. Con el recurso extraordinario por infracción procesal, en un intento de descargar de trabajo al TS, se pretendió restar ese ámbito de la casación y, sobre todo, a la postre trasladar el conocimiento de la infracción procesal al correspondiente Tribunal Superior de Justicia (en adelante TSJ). Pero tal cambio competencial se vio frustrado primero por la coyuntural carencia inicial de mayorías parlamentarias suficientes, de modo que se estableció un régimen provisional en el que coexistía junto a la casación pero con competencia en ambos casos del mismo TS⁵. Pero a continuación, con el cambio de las mayorías que ya lo permitían y del equipo ministerial, pronto se puso de manifiesto la falta de voluntad política para que entrara en vigor el régimen definitivo. Y cuando lo provisional empezaba a tener visos de convertirse prácticamente en definitivo, a continuación se establece un novísimo régimen en el que no sólo se mantiene la competencia del TS sino que la casación recupera el ámbito de la infracción procesal. Se vuelve así, por ello, a los orígenes de la casación porque se pretende que ésta se limite a sus más genuinas funciones, sobre todo de unificación jurisprudencial.

La exposición de motivos de la reforma es ilustrativa cuando afirma que se configura con una finalidad unificadora, pues el presupuesto para la recurribilidad se

⁴ Consecuencia de la comunicación 701/1996 instada por Cesáreo G. V. El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en dictamen de 20 de julio de 2000, cuestiona la teórica validez del recurso de casación penal español al indicar que "la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente... limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto".

⁵ Sobre ambos regímenes, entre otros, véase ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, con MASCARELL, CÁMARA, JUAN, BONET, BELLIDO, CUCARELLA, y MARTÍN, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, págs. 519-53.

articula en torno al "interés casacional", de modo que el TS unificará las resoluciones contrarias a la jurisprudencia del propio TS, de la doctrina del Tribunal Constitucional (en adelante TC) o de los distintos pronunciamientos de las Audiencias Provinciales (en adelante AAPP), además de fijar jurisprudencia sobre normas nuevas. Anuncia que se excluye de su ámbito las sentencias que no produzcan efecto de cosa juzgada material, se mantiene la "tradicional exclusión por razón de la cuantía" y se suprime el que denomina "controvertido" recurso extraordinario por infracción procesal "que tras casi cinco años no ha llegado a aplicarse" estando vigente el régimen transitorio previsto en la que con total falta de rigor jurídico-técnico califica de "ley de trámites".

Se amplía así en principio o aparentemente el ámbito de la casación, pero en realidad lo que se hace es a continuación limitarla acusadamente. Como sigue indicando la exposición de motivos, en el caso de las infracciones procesales se limitan las instancias, por ser el juez superior en grado el que depura las infracciones que se imputan al inferior, de modo que sólo son alegables las infracciones procesales originadas en la segunda instancia, no las producidas u originadas en la primera instancia, que han de ser depuradas por la Sala de apelación. Así, además de oponerse a la jurisprudencia del TS o sea aplicando normas sobre las que no exista jurisprudencia, habrá interés casacional cuando se produzcan en la segunda instancia por primera vez.

Por último, en el ámbito procedimental, nos señala la exposición de motivos que el primer filtro se realizará en la fase de preparación; y se interpondrá ante la Sala 1ª del mismo TS, "pues la experiencia ha demostrado que ninguna ventaja ha producido la interposición ante las AAPP".

Todo ello, en suma, con el loable propósito de "mejorar la justicia, agilizar su funcionamiento, permitir que la prestación del servicio se desarrolle dentro de unas coordenadas razonables de certeza".

El resultado de la reforma de la casación civil ha sido exacerbar las limitaciones hasta el punto que puede afirmarse que la casación se caracteriza por ser más bien un recurso "supraextraordinario" y en la práctica "cuasianecdótico". De ese modo se contribuirá decididamente a reducir el volumen de trabajo del TS por la menor entrada de asuntos que sin duda se producirá. Pero todo ello será a costa de excluir del acceso del recurso a la mayor parte de los asuntos que se ventilan en los órganos jurisdiccionales civiles españoles, cuando a pesar de todo no deja de ser un futuro incierto que los autos sobre admisibilidad y la eventual sentencia se dicten en unos plazos razonables.

III. RESOLUCIONES RECURRIBLES E "INTERÉS CASACIONAL"

El eje de la reforma se centra fundamentalmente en la nueva redacción de los arts. 477 y 478 LEC. En comparación con el sistema anterior, la modificación ha sido profunda. Aunque en principio parece ampliar el ámbito del recurso, por volver a conocer en el mismo de las infracciones de carácter procesal, lo que se hace en realidad es limitarlo considerablemente. Primero, por limitar todavía más las resoluciones recurribles, así como, sobre todo, por exigir en casi todos los supuestos una cuantía mínima junto a la concurrencia de "interés casacional" en los términos que define en el art 478 LEC.

Todo ello, como se apunta en la exposición de motivos y en cierto modo se justifica dada la situación de relativo colapso en que se encuentra la Sala 1ª del TS, el objetivo real de la reforma es la de la descarga de trabajo. Sin embargo, la exigencia acumulada de interés casacional con una cuantía mínima en todos los supuestos importantes, con la sola excepción de los asuntos que conozca el correspondiente TSJ con competencia objetiva, supone como mínimo privar de la formación de jurisprudencia a los asuntos de cuantía no superior a ciento cincuenta mil euros, que con diferencia son la mayoría de los que se sustancian en el día a día de los órganos jurisdiccionales españoles. De ese modo se producirá una gravísima merma del principio de igualdad en la aplicación de la ley en estos asuntos y de la seguridad jurídica en el tráfico jurídico más habitual.

Sin duda se pretende acentuar la función uniformadora de la jurisprudencia, pero se hace limitando, cuando no excluyendo, el acceso a la casación de la mayor parte de los asuntos, en detrimento de la función nomofiláctica y del *ius litigatoris*. De tal restricción cabe afirmar que el diseño, justificado sólo en aras de la descarga de trabajo y con la pretensión de una deseable pero incierta celeridad, configura una casación solamente para cuantías elevadas, y, todavía así, siempre que además el TS valore el asunto como merecedor del acceso al concurrir en el mismo interés casacional.

1. Resoluciones recurribles y límite cuantitativo

Paralelamente a los motivos del recurso, en principio hay también más tipos de resoluciones recurribles al integrarse de nuevo en la casación las infracciones de carácter procesal. De ahí que, a diferencia de lo previsto inicialmente por la LEC 1/2000, junto a las "sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales", también se incluyen, en alguna correlación con el anterior art. 468 LEC⁶,

⁶ Según la redacción original de este precepto, se hacía referencia a "sentencias y autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia".

“las demás sentencias de apelación y los autos definitivos, dictados por las Audiencias Provinciales, únicamente respecto de la vulneración de normas procesales”. Del mismo modo, frente a la anterior redacción que la dificultaba, expresamente se considera recurrible en casación, y además sin limitación cuantitativa alguna, las sentencias dictadas por las Salas de lo Civil y Penal cuando conozcan con competencia objetiva, esto es, al resolver de las demandas de responsabilidad civil a que se refiere el art. 73.2 LOPJ; así como también sus autos definitivos, exclusivamente en relación con la infracción de normas procesales.

Como ya ocurría con la anterior redacción del art. 477 LEC, han de añadirse, aunque no se mencione expresamente en el Proyecto de Ley, las resoluciones (sentencias o autos) de la Audiencia Provincial (en adelante AP) al conocer de los recursos sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones según el art. 44 en relación con el anexo IV del Reglamento CE núm. 44/2001, o según el art. 41 del Convenio de Lugano⁷.

Por lo que se refiere a los autos dictados por las AAPP, aunque pongan fin a la primera instancia o contengan pronunciamiento de fondo, serán recurribles en casación pero solamente, en su caso, por vulneración de normas procesales.

No obstante toda esta aparente ampliación, en realidad las resoluciones que tendrán acceso a la casación se limitan significativamente en lo sustancial. Por lo pronto, ya no serán recurribles por sí mismas, como lo venían siendo, las sentencias que se dicten para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, con independencia de que lo fueran en aquellos procesos en los que se ha formulado pretensión de tutela de un derecho fundamental (art. 249.1.2^o LEC) o en los que haya sido relevante para su resolución el contenido de un derecho fundamental. Así mismo, se excluyen las sentencias que no produzcan eficacia de cosa juzgada, en tanto en cuanto cabe ulterior proceso plenario que, ese sí, tendría acceso a la casación. En estos casos, el problema se dará cuando la eficacia de cosa juzgada pueda ser meramente parcial respecto de lo que pudo alegarse o en aquellos procesos, como el cambiario, en los que hay dudas y pronunciamientos contradictorios sobre este carácter.

Pero el nuevo texto se muestra todavía más limitativo en otro aspecto: lo que la exposición de motivos llama “tradicional exclusión por razón de la cuantía” ya no será un motivo de admisibilidad del recurso alternativo al interés casacional, sino que ahora ambos se presentan como motivos de inadmisibilidad acumulativos. A diferencia de lo previsto inicialmente por el art. 477 LEC y con la única excepción de los muy poco habituales pronunciamientos a los que se refiere el art. 73.2 LOPJ, se

⁷ ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, con MASCARELL, CÁMARA, JUAN, BONET, BELLIIDO, CUCARELLA, y MARTÍN, cit., pág. 537.

excluirán de plano todas las sentencias dictadas en asuntos que no superen los ciento cincuenta mil euros.

La reforma parece poner su acento, en correspondencia con la tradicional visión que mantenía el TS, en el límite cuantitativo como causa de inadmisión o "exclusión", cuando más bien del texto precedente se desprendía que superar dicha cantidad era una causa de admisibilidad general⁸. Precisamente, en su afán de descarga de trabajo y en su entendimiento de que se trataba de causa de inadmisión en lugar de admisión, la Sala 1ª del TS, mediante unos criterios aprobados en una llamada Junta General celebrada el 12 de diciembre de 2000, vino a entender que la cuantía solamente permitía el acceso a la casación cuando se tratase de sentencia dictada en juicio ordinario adecuado por la cuantía, y no por tanto en otros supuestos⁹; y es por lo que ahora la reforma, en la misma línea, elimina del límite cuantitativo su carácter de punto a partir del cual el recurso de casación es admisible, y lo establece meramente como un presupuesto de exclusión general para los asuntos que no superen dicha cuantía, por cierto, con independencia de la adecuación del procedimiento. De ese modo, la cuantía relativamente elevada, más que presupuesto de admisibilidad general tal y como fue concebido originalmente por la LEC, se convierte ahora en *conditio sine qua non*, necesaria pero insuficiente *per se* para acceder a la casación; o, dicho en otros términos, se transforma en lo que nunca fue en realidad a pesar de la concepción hasta entonces insostenible que había mantenido el TS: en una causa de inadmisibilidad.

No se menciona expresamente entre las recurribles, no obstante el tenor del art. 5.4 LOPJ¹⁰, a las sentencias dictadas para la tutela judicial civil de derechos fundamentales. Omisión significativa si tenemos en cuenta que hasta ahora, con la excepción de la vulneración del art. 24 CE por permitir el recurso extraordinario por infracción procesal, estas resoluciones eran recurribles sin necesidad de otro condicionante. Esta exclusión intenta ser compensada por la cierta ampliación del ámbito del "interés casacional", al contemplarse ahora también como tal la "oposición de la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Constitucional, cuando se haya dictado en proceso que tenga por objeto la tutela civil de los derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución". Previsión comparativamente

⁸ Las palabras de DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L., *Derecho Procesal Civil, El proceso de declaración*, con DE LA OLIVA, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, pág. 521 son gráficas cuando afirma que "este texto debe interpretarse como una concesión a que los asuntos de elevada cuantía puedan llegar siempre al TS. Aquí predomina la finalidad casacional de protección del ius litigatoris".

⁹ Estos criterios han sido criticados por la doctrina. Entre otros, ofrecen una respuesta contundente en DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L., *Derecho Procesal Civil, El proceso de declaración*, con DE LA OLIVA, cit., págs. 522-3; SAMANES ARA, C.: «Recurso de casación por interés casacional y posible control casacional de la valoración de los hechos realizada por el tribunal de instancia», <http://derecho-aragones.net/lex/el/document.php?id=246>.

¹⁰ La modificación se limita a añadir la expresión "en los términos que establece la ley" cuando se determina la competencia del TS para decidir el recurso de casación.

restrictiva puesto que el mero interés casacional será insuficiente por sí mismo para el acceso a la casación, al requerir además de una cuantía superior a ciento cincuenta mil euros.

2. El interés casacional

A) Infracción de norma "sustantiva" o material

Cuando se trate de norma material, el texto de la reforma se muestra más esquemático en su forma y utiliza una terminología más acorde con el art. 1.6 CC¹¹. De ese modo es como denomina únicamente como jurisprudencia la del TS, reservando el concepto de "doctrina" a la del TC y dejando sin "calificar" la de las AAPP, a las que sencillamente llama "sentencia". Igualmente, en relación con esta última previsión y en algunos casos de conformidad con la jurisprudencia del TS al respecto¹², aclara algunas de las dudas que generaba la anterior regulación¹³. Así, no será necesario que la contradicción se produzca respecto de varias sentencias, sino que bastará con la "contradicción entre la sentencia de segunda instancia y otra sentencia firme"; como tampoco será necesario que se produzca respecto de otras AAPP, pues bastará que la sentencia contradictoria fuera "dictada por la misma o diferente Audiencia Provincial". Tampoco supone una verdadera novedad, en consonancia con la interpretación doctrinal y jurisprudencial¹⁴, el que se matice que "en mérito

¹¹ Véase *infra* nota 20.

¹² Véase GIMENO SENDRA, V., *Derivado Procesal Civil*, con MORENILLA, V., Colex, Madrid, 2004, pág. 631.

¹³ De un lado, parecía exigirse que fueran varias sentencias las que existieran en contradicción para la existencia de interés casacional. Es así por la redacción del art. 477.3 LEC referido a "jurisprudencia contradictoria", en relación al art. 1.6 CC que habla de jurisprudencia como de doctrina que "de modo reiterado"; y los arts. 479 y 481.2 LEC a "sentencia", cuando el art. 482.2 LEC para su cumplimiento mencionaba la "certificación de la sentencia". Asimismo el uso del plural del art. 477.3 LEC en relación con la "jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales", permitía plantear diversas interpretaciones sobre si sería necesaria una contradicción en otra u otras Audiencias Provinciales, o si bastaría con que fueran con la misma. Véase sobre estas cuestiones BONET NAVARRO, A., *Los recursos en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000, págs. 273-6. También, BALSACO GASCÓ, F. de P., *El interés casacional*, Aranzadi-A Thomson Company, Civitas Menor, 2002, págs. 40 y ss.

¹⁴ Dice, entre las resoluciones más recientes, el ATS (Sala 1ª, Secc. 1ª), 7 junio 2005, ponente: D. Xabier O'Callaghan Muñoz, JUR 2005/150429, "ca en la fase inicial de un proceso no debe quedar constancia de que existen dos sentencias firmes de una Audiencia Provincial o lacción de la misma, no obstante más o menos pudiesen ser sentencias firmes de otras dos sentencias firmes de otra Sección o Audiencia distinta, lo que requiere ingresar la materia en la que existe contradicción y de qué modo se presiona e está, así como es tener la admisión de la cuestión jurídica sobre la que existe la jurisprudencia contradictoria". En esa línea, GIMENO SENDRA, V., *Derivado Procesal Civil*, con MORENILLA, cit., pág. 632, viene a indicar que se ha de justificar que se trata de controversias sustancialmente iguales, determinar la identidad del supuesto de hecho entre las sentencias de contraste y la que motiva el recurso, reflejar la "ratio decidendi" de aquéllas y demostrar su contradicción.

a hechos y fundamentos sustancialmente iguales se hubiera llegado a pronunciamientos distintos". En cambio cuando se trate de contradicción con el TS, como en el texto precedente, habrá de ser frente a su "jurisprudencia", por lo que no bastará con una sola sentencia contradictoria¹⁵ y además parece que habrá de proceder de la Sala 1ª del TS¹⁶.

Por lo que se refiere a la infracción del derecho civil foral o especial o derecho propio de la Comunidad Autónoma, en correlación con la relativa al TS, existirá el interés casacional cuando se oponga a la doctrina del TSJ o aplique norma que no lleven más de cinco años de vigor sin doctrina previa sobre dichas normas de igual o similar contenido (art. 488.2 LEC). En mi opinión, se trata de un simple "olvido" la omisión de incluir en este art. 488.2 la contradicción entre la sentencia de segunda instancia y otra sentencia firme dictada por la misma o diferente AP. Claro que si no quiere afirmarse que se trata de un mero olvido, podrá entenderse este precepto como una especialidad destinada a matizar que en este caso la jurisprudencia en contradicción es la emanada por el TSJ, aunque en tal caso sería innecesaria toda referencia a la vigencia inferior a cinco años ya contenida en la regla general.

Se mantiene, incluso con la misma redacción, el supuesto de interés casacional cuando se trate de la aplicación de norma con vigencia inferior a cinco años¹⁷. Previsión consecuente con la función nomofiláctica de la casación puesto que, con ocasión de una ley nueva, si las sentencias de las AAPP fueran uniformes pero incorrectas, no habría vía para la correcta interpretación y aplicación por el TS¹⁸. Por tal motivo, no opera tal periodo a partir del momento en que existiese ya doctrina jurisprudencial del TS; y con la misma lógica habría de admitirse el interés casacional mientras no existiese tal doctrina jurisprudencial, aunque pudiera tener la norma más de cinco años de vigor¹⁹. Así lo permite el hecho de que la unificación de la jurisprudencia por el TS no solamente implica la búsqueda de la unidad jurisprudencial sino también la fijación de la jurisprudencia cuando, por la novedad de la norma –o, con la misma lógica, por cualquier otra circunstancia como su escasa aplicación–, carezca de esa fijación previa.

¹⁵ STS, Sala 3ª, 22 octubre 2001. Ponente: Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, RJ 2001\8386, "una sola sentencia no constituye jurisprudencia, ya que el artículo 1.6 del Código Civil exige un elemento de reiteración que, por principio, no se da en una sentencia única. (sentencias de 27 de abril y 30 de octubre de 1995, de 28 de abril de 1997 y Auto de la Sección Primera, de admisión, de 14 de enero de 2000)".

¹⁶ Como dice la STS, Sala 1ª, 11 octubre 1999, ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz, RJ 1999\7323, "sólo es jurisprudencia la de la Sala correspondiente a la materia de que se trate: así, en este sentido, la Sentencia de 14 de junio de 1991 que dice que la sentencia que se cita no debe ser de distinto orden jurisdiccional".

¹⁷ Tal y como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia, el *dies a quo* es la fecha de la entrada en vigor de la norma y el *dies ad quem* el que "se dicte" la sentencia (ATS, Sala 1ª Secc. 1ª, 21 diciembre 2004, ponente: D. Clemente Auger Liñán), de primera instancia si aplica la norma por primera vez, o en caso contrario, la de segunda instancia (ATS Sala 1ª, 30 diciembre 2002, ponente: Martínez-Pereda).

¹⁸ ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, con MASCARELL, CÁMARA, JUAN, BONET, BELLIDO, CUCARELLA, y MARTÍN, cit., pág. 541.

¹⁹ BLASCO GASCÓ, F. de P., *El interés casacional*, cit., pág. 55.

La relativa novedad radica en incluir como supuesto de interés casacional la "oposición de la sentencia recurrida a la doctrina del TC, cuando se haya dictado en proceso que tenga por objeto la tutela civil de los derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 CE". Se trata de una novedad meramente relativa porque, de un lado, es cierto que la contradicción con la doctrina del TC venía siendo excluida por el TS en el trámite de la admisión del recurso²⁰, pero, de otro, en el texto precedente era resolución recurrible directamente y sin necesidad de cuantía ni interés alguno las sentencias dictadas en segunda instancia por las AAPP "cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el art. 24 de la Constitución". Por lo que se refiere a la resolución recurrible la introducción de este supuesto como de interés casacional no compensa la privación del carácter recurrible *per se*, pues será preciso superar una importante cuantía, además de acreditarse como condicionante de admisibilidad, y no de estimación, la contradicción con la doctrina del TC.

Lo que no hace el precepto de la reforma, como hubiera sido más que conveniente, es terminar de reconocer la hegemonía del TC y de su valor vinculante, incluso para el TS conforme el art. 5.1 LOPJ²¹, incluyendo como interés casacional la contradicción con las "resoluciones dictadas por el TC en todo tipo de procesos". Por ello, también la contradicción con su doctrina debería integrar o justificar el interés casacional tanto, por supuesto, si se dicta en proceso que tenga por objeto la tutela civil de los derechos fundamentales, como en cualquier caso en que haya sido relevante para la resolución el contenido de un derecho fundamental, con violación de la norma que lo reconoce²².

En definitiva, la nueva redacción meramente se limita a una cierta congruencia terminológica con la previsión del art. 1.6 CC. No supone ningún género de ampliación real del interés casacional, con la única salvedad de la contradicción de la sentencia recurrida con la misma y/o otra u otras AAPP que, por propia congruencia con el citado art. 1.6 CC y no ser jurisprudencia, no exige más de una sentencia de contraste así como, mejorando la redacción, tampoco exige que deba provenir de otra Audiencia distinta a la que dicta la resolución recurrida. La incorporación de la contradicción con la doctrina del TC no supone una ampliación real de las posibilidades de acceso, sino todo lo contrario; siendo que además, si no se

²⁰ Dice el ATS, Sala 1ª, 7 octubre 2003, ponente: D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, RJ 2003/8574, que "la doctrina del TC no constituye jurisprudencia, en el sentido que contempla el art. 1.6 del Código Civil y no se le preveía que su valoración constituya «interés casacional», siendo ajeno a la LEC el «interés constitucional» que se alega por la parte recurrente en queja, de manera que, al menos como regla general, la cita de Sentencias del TC no permite cumplir con el presupuesto que el «interés casacional»".

²¹ Cfr. GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil*, con MORENILLA, cit., pág. 631.

²² Entre otros, ORTIZ RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, con MASCARELLI, CÁMARA, JUAN BONET, BELLIDO, CUCARELLA, y MARTÍN, cit., pág. 538, en relación con el texto precedente.

interpreta debidamente en sentido teleológico²³, vulnerará sin duda el tenor del art. 5.1 LOPJ.

Por lo demás, ha de reiterarse con la doctrina que el interés casacional no consiste en un concepto jurídico indeterminado de concreción por el TS caso por caso, con el otorgamiento de un margen de apreciación o discrecionalidad que autorice a aumentar más si cabe el carácter "supraextraordinario", sino que se trata sencillamente de posibilitar el desarrollo racional de líneas jurisprudenciales de interpretación de una norma y su fijación inicial cuando no haya podido establecerse²⁴. Lo lamentable, una vez más, es que se da "el golpe de gracia" a la unificación de la jurisprudencia que tanto por el tenor literal del art. 477 como por su teleología se pretendía originariamente para todos los asuntos con independencia de su adecuación y cuantía. Primero el TS, en contra del tenor literal y teleología del art. 477 LEC, priva de casación y por tanto de unificación a los procesos adecuados por la cuantía inferiores a ciento cincuenta mil euros aunque tuvieran interés casacional; y ahora, además, la reforma va mucho más allá: la priva también a los adecuados por la materia. Y todo ello, como explica la exposición de motivos, porque se mantiene la "tradicional exclusión por razón de la cuantía". Siendo que, como indiqué, hasta que el TS entendió lo contrario, la cuantía nunca fue una causa de exclusión de la casación sino de apertura por el mero hecho de superar el importe correspondiente.

B) Infracción de norma procesal

Las limitaciones anteriores se multiplican en la infracción de norma procesal. A diferencia de lo que ocurría con el recurso extraordinario por infracción procesal, como novedad se impone aquí también la concurrencia del interés casacional. Éste requiere no sólo la oposición a la jurisprudencia del TS o la aplicación de normas relativamente recientes sobre las que no exista jurisprudencia (sin contemplarse expresamente la contradicción entre resoluciones de la misma u otra Audiencia), sino que exclusivamente cabrá entender que concurre interés casacional, según la exposición de motivos, cuando además se produzcan en la segunda instancia por primera vez. Por ello expresa que "*sólo pueden alegarse en casación las infracciones procesales originadas en la segunda instancia, no las que se hayan producido o tengan su origen en la primera instancia, que han de ser depuradas por la Sala de apelación*".

²³ Como indica ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, con MASCARELL, CÁMARA, JUAN, BONET, BELLIDO, CUCARELLA, y MARTÍN, cit., pág. 538, la finalidad de la norma es garantizar la correcta interpretación y aplicación de las normas que reconocen derechos fundamentales y mantener los controles de los tribunales ordinarios previos a un posible acceso en amparo ante el TC.

²⁴ Cfr. ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, con MASCARELL, CÁMARA, JUAN, BONET, BELLIDO, CUCARELLA, y MARTÍN, cit., pág. 538.

De ese modo es como el art. 478.3 se refiere a "infracciones producidas en la instancia única o en las resoluciones a que se refiere el art. 477.1.2^o" o "en el curso de la segunda instancia". Siendo así, no resulta dificultoso imaginar cómo muchas de las normas procesales, todas aquéllas producidas en la primera instancia que por no ser reproducibles en la segunda entre otras cosas porque no deban ser conocidas de oficio en cualquier instancia, a pesar de ser infringidas no tendrán acceso a la casación, por lo que quedarán huérfanas de la función unificadora que tan grandilocuenteemente proclama el legislador.

III. MOTIVOS DEL RECURSO

La refundición en el recurso de casación de las materias que habían sido objeto de recurso extraordinario por infracción procesal, con la afirmada a la vez que al final falaz "ampliación del ámbito objetivo del recurso", se observa claramente en el tenor del art. 477.2 LEC cuando prevé como motivo del recurso tanto la infracción de normas sustantivas "aplicables al objeto del proceso" como de "procesales reguladoras de la sentencia y de las que rigen los actos y garantías del proceso cuando la ley determine la nulidad o se haya producido indefensión". En este último caso, siempre que se hayan agotado los recursos ordinarios para su denuncia y los medios para la subsanación.

Respecto de la infracción de normas relativas al fondo, meramente se altera la redacción, si bien se expresa que ha de tratarse de "normas sustantivas"²⁵. De ese modo, parece que se pretende patentizar la línea jurisprudencial del TS por la que había de entenderse como norma procesal no solamente la cuestiones que enumera el art. 416 LEC sino también todas aquellas que operan como materiales, entre otras, en palabras del propio TS, como *los aspectos atinentes a la legitimación, tanto ordinaria como extraordinaria, la distribución de la carga de la prueba y la aplicación de las reglas que la disciplinan, el juicio sobre los hechos, en cuanto resultante de la aplicación de esas reglas y principios jurídicos que rigen la valoración de la actividad probatoria, se encuadran dentro de la actividad procesal*²⁶; y, ante la incoherencia que implicaba incluirlas en el anterior recurso extraordinario por infracción procesal dada su operatividad y consecuencias²⁷, la estimación del recurso

²⁵ Más correcta hubiera sido probablemente la utilización del término normas "materiales", máxime cuando en contraposición se habla precisamente de norma "procesal" y no a una suerte de norma "adjetiva" como si hace la exposición de motivos de un modo técnicamente incorrecto e impreciso.

²⁶ Entre los más recientes, AATS, Sala 1^a, 4 mayo 2005, ponente: D. Xavier O'Callaghan Muñoz, RJ 2005/4214; y 1 marzo 2005, ponente: D. Clemente Auger Llázn RJ 2005/4173.

²⁷ ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, con MASCARELL, CÁMARA, JUAN, BONET, BELLIJO, CUCARELLA, y MARTÍN, cit., págs. 545-6.

de casación por infracción de norma procesal, junto a la anulación y reposición de las actuaciones (tal y como preveía el art. 476.2.IV LEC), se añade que "salvo que apareciese producida en la propia sentencia o resolución impugnada, en cuyo caso dictará la nueva que corresponda". Y una interpretación razonable ha de suponer que se resolverá "sobre el proceso dentro de los términos en que aparezca planteado el debate", esto es, como si de una infracción de norma material *strictu sensu* se tratara. Sin embargo, como la casación por infracción de normas procesales todavía es más restringida, no obstante operar a todos los efectos como las materiales, cabe esperar que el TS haga una interpretación restrictiva por la que no equipare su acceso a las normas materiales.

Respecto de la infracción de normas procesales, el art. 477.2.2º LEC se muestra de nuevo más restrictivo que su precedente art. 469 LEC, pues no contiene referencia expresa a la "infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional" ni a la "vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución". Probablemente los términos de "infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia y de la que rigen los actos y garantías del proceso cuando la ley determine la nulidad o se haya producido indefensión", atendidos los términos del art. 238 LOPJ, son lo suficientemente amplios como para entender comprendidas en su ámbito las infracciones omitidas en la literalidad del citado art. 477.2.2º. Sin embargo, en el contexto de una reforma claramente limitadora como la actual y de una línea tradicional del TS restrictiva respecto a la amplitud y admisibilidad de los recursos extraordinarios, resulta ciertamente significativa la omisión expresa de estas infracciones, dejando en manos de la misma Sala 1ª del TS la decisión sobre si la actual redacción ofrece cobertura para toda vulneración de derechos fundamentales del art. 24 CE.

IV. BREVÍSIMA REFERENCIA AL PROCEDIMIENTO

Posiblemente el cambio más significativo en materia de procedimiento sea que conforme el 481.1 LEC la interposición se realizará directamente ante la Sala 1ª del TS, y no como hasta ahora, ante el órgano que hubiere dictado la resolución recurrida. Ello se pretende justificar en la exposición de motivos del proyecto de reforma con que "la experiencia ha demostrado que ninguna ventaja ha producido la interposición ante las AAPP". Queda patente, así, cual es la perspectiva e interés de la reforma: única y exclusivamente la del TS. No dudo que para este tribunal ninguna ventaja habrá tenido la interposición ante el órgano que dictó la resolución recurrida en el que ya se encuentra personado el recurrente. No obstante, desde luego, desde la perspectiva de las partes que no se hallen en Madrid ni alrededores, y ni aún así, la nueva previsión cuanto menos supone una cierta incomodidad, como no podía ser de

otro modo y aunque esta vez sea sutilmente, incidiendo en la línea de desfavorecer la interposición del recurso.

En suma de todo lo expuesto, y si nada lo remedia, el recurso de casación de tan "supraextraordinario" va a quedar como "cuasianecdótico" en la práctica. Al menos, esperemos con "optimismo" que una reforma tan limitativa del acceso a la casación civil sirva para paliar de algún modo el colapso intolerable que sufre actualmente la Sala 1ª del TS, así como que el mismo órgano empiece a dictar sus resoluciones en los plazos razonables que le exigen la tutela realmente efectiva y los parámetros de calidad en la justicia que se pretenden. Ya veremos.