

Jornadas de especialistas en el Orden Civil

**EL RECURSO DE CASACIÓN CIVIL Y EL RECURSO EXTRAORDINARIO
POR INFRACCIÓN PROCESAL**

Francisco Marín Castán

Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo

Al cabo de más de doce años todavía tenemos un «régimen transitorio de los recursos extraordinarios» en el que la D. Final 16ª LEC anula temporalmente muchos de los artículos de la propia ley. Los acuerdos de la Sala 1ª del TS de 12 de diciembre de 2000 y 30 de diciembre de 2011, así como la jurisprudencia de la propia Sala, han intentado superar las deficiencias de la regulación de los recursos de casación y por infracción procesal. En especial el recurso de casación por interés casacional se ha revelado como uno de los medios más idóneos para la formación de doctrina jurisprudencial, y la Ley 37/2011 lo ha potenciado aunque sin una correlativa ampliación de las facultades del Tribunal Supremo para inadmitir recursos infundados. No obstante, la Sala 1ª se ha esforzado por hacer una interpretación flexible de los requisitos del recurso por interés casacional en la que lo decisivo sea que el Tribunal Supremo cumpla la función que corresponde a su posición institucional. Para el desempeño de esta función la contribución del Ministerio Fiscal tiene una importancia capital, que se acrecienta en materia de protección de los consumidores en un contexto de crisis económica. En cualquier caso es inaplazable una regulación de los recursos extraordinarios que tenga vocación de permanencia y supere lo que todavía sigue siendo el régimen transitorio vigente desde 2001.

1. RÉGIMEN JURÍDICO: IMPORTANCIA DE LA DISPOSICIÓN FINAL 16ª DE LA LEC.

1.1. UNA TRANSITORIEDAD PERMANENTE.

Cualquier explicación realista del régimen jurídico de los recursos de casación y por infracción procesal tiene que comenzar por unas normas que no están contenidas en ninguno de los artículos que forman el «cuerpo» de la LEC sino en su D. Final 16ª. Esta es la pieza clave del verdadero régimen jurídico de ambos recursos porque, pese a su rúbrica de «*Régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios*», lo cierto es que lleva vigente el mismo tiempo que la propia LEC de 2000, es decir ya más de doce años, y ninguna de las muchas reformas de la LEC habidas desde entonces se ha ocupado de poner fin a esta especie de transitoriedad permanente, ni siquiera la llevada a cabo por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, que sin embargo sí modificó el régimen jurídico de los dos recursos en materia de resoluciones recurribles y suprimiendo el trámite de preparación.

Este abandono o despreocupación en algo tan relevante para la seguridad jurídica como es la formación de doctrina jurisprudencial en materias sustantivas civiles y mercantiles y en materia procesal es criticable en sí mismo, porque la desmembración del recurso de casación en el articulado de la LEC de 2000, rompiendo el régimen de la LEC de 1881 que separaba lo procesal de lo sustantivo en el catálogo de motivos de casación (art. 1692, ordinales 1º, 2º y 3º para lo procesal y ordinal 4º para lo sustantivo), con las particularidades correspondientes en materia de admisión (especialmente art. 1710.1-2ª en relación con el art. 1693), se justificaba principalmente por la atribución del conocimiento del recurso extraordinario por infracción procesal a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, como Salas de lo Civil (art. 468 LEC de 2000), y del recurso de casación a la Sala Primera del Tribunal Supremo, salvo que el recurso se fundara en infracción de normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad Autónoma y la resolución impugnada se hubiera dictado por un tribunal civil con sede en la propia Comunidad Autónoma (art. 478 LEC de 2000).

El sistema se completa, siempre según el articulado nunca vigente aún de la LEC de 2000, mediante un recurso en interés de la ley para unificar la doctrina procesal de las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 480 LEC de 2000) y de legitimación restringida, porque solo se admite su interposición por el Ministerio Fiscal, el Defensor del Pueblo y determinadas personas jurídicas de Derecho público (art. 491 LEC de 2000).

Pues bien, la historia de este desfase es bien conocida: la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que tenía que acompañar a la LEC de 2000 para atribuir la nueva competencia a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia no pudo salir adelante por falta de la mayoría necesaria en el Senado y la solución momentánea fue la D. Final 16ª de la LEC, que sin embargo se mantiene todavía tan vigente que incluso fue objeto de modificación por la ya

citada Ley 37/2011 y por tanto no parece que se encuentre en vías de desaparecer.

1.2. CONTENIDO MÁS RELEVANTE DE LA D. FINAL 16ª.

La importancia de las diversas normas contenidas en la D. Final 16ª LEC de 2000 no se reduce a la atribución de competencia a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo para conocer también del recurso extraordinario por infracción procesal (apdo. 1, regla 1ª), con la singularidad añadida de permitir también un recurso por infracción procesal ante las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia cuando la materia sustantiva del litigio sea de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad Autónoma, salvando el problema de la atribución competencial mediante el juego de palabras de llamarlo recurso de casación y permitir que se funde en los motivos del recurso por infracción procesal (apdo.1, regla 1ª, inciso último). Aquí se advierte con toda claridad cómo, materialmente, lo que hace la D. Final 16ª es mantener en esencia el recurso de casación de la LEC de 1881, porque el «motivo único» a que se refiere el art. 477.1 LEC de 2000 (recurso de casación) equivaldría al del ordinal 4º del art. 1692 LEC de 1881 («infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate»), en tanto los motivos del recurso por infracción procesal establecidos en el art. 469.1 LEC de 2000 equivaldrían a los de los ordinales 1º, 2º y 3º del art. 1692 LEC de 1881.

1.2.1. Supresión de la necesidad de optar por uno u otro recurso.

Según el apdo.1 del art. 466 LEC de 2000 las partes «podrán optar» por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación, y según su apdo. 2 «[s]i se preparasen por la misma parte y contra la misma resolución los dos recursos a que se refiere el apartado anterior, se tendrá por inadmitido el recurso de casación». Finalmente, para cerrar el sistema, el apdo. 3 contempla la hipótesis de que cada litigante opte por una distinta clase de recurso, y soluciona el problema remitiéndose al art. 488 que, en síntesis, establece que siempre se resuelva en primer lugar, y por el tribunal competente, que teóricamente sería la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia, el recurso extraordinario por infracción procesal para, solo si no se estimara, procederse a resolver luego el recurso de casación, también por el tribunal competente, que en el régimen general del articulado de la LEC de 2000 sería la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Todo este complejo sistema, cuyo fundamento básico es una más que discutible separación radical entre lo sustantivo y lo procesal, tan radical que hasta la competencia para cada recurso se atribuye a un tribunal diferente, lo borran de un plumazo las reglas 2ª a 5ª de la D. Final 16ª LEC de 2000.

Ya de entrada, la regla 2ª invierte el orden de prioridades, pues da preferencia al recurso de casación sobre el recurso por infracción procesal al supeditar la posibilidad de este último a que también se interponga recurso de casación, salvo que se trate de procesos sobre derechos fundamentales o de cuantía superior a 600.000 euros. En definitiva, si el recurso de casación procedente en su caso fuera el recurso por interés casacional, no cabe interponer solamente un recurso extraordinario por infracción procesal. A esto se une lo dispuesto en la regla 5ª sobre admisión o inadmisión de los recursos, supeditando la admisión del recurso por

infracción procesal, cuando el de casación se fundara en el interés casacional, a la admisión de este último.

Esta eliminación de la necesidad de optar por uno u otro recurso la remacha la regla 3ª, que exige interponer ambos recursos en un mismo escrito, y la 4ª, que impone tanto la tramitación conjunta de los recursos de distinta clase interpuestos por un mismo litigante como la acumulación de todos los interpuestos por litigantes diferentes.

La explicación de todo este entramado de reglas es en sí misma sencilla: mientras el reparto de los recursos por infracción procesal entre casi veinte órganos jurisdiccionales, las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia, no planteaba en principio, aparentemente, problemas de sobrecarga de trabajo, razón por la cual el art. 468 LEC de 2000 permite que todas las resoluciones de segunda instancia de las Audiencias Provinciales sean recurribles por infracción procesal, la atribución de la competencia para conocer de las dos clases de recursos a un solo órgano, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, planteaba en toda su dimensión el problema de una evidente sobrecarga de trabajo que impediría al Tribunal Supremo concentrarse en su tarea primordial de sentar jurisprudencia.

La solución consistió, entonces, en que solo fueran recurribles por infracción procesal las mismas resoluciones que fueran recurribles en casación. En resumen, se supeditó el recurso por infracción procesal, en cuanto a resoluciones recurribles, a los requisitos del apdo. 2 del art. 477 LEC de 2000.

1.2.2. Orden de resolución de los recursos.

Según la regla 6ª de la D. Final 16ª, «se resolverá siempre en primer lugar el recurso extraordinario por infracción procesal y, sólo cuando éste se desestime, se examinará y resolverá el recurso de casación».

Esta norma, que parece responder a la lógica abstracta de que toda infracción procesal determina una invalidez del juicio sobre el fondo, revela de nuevo que la separación radical entre lo procesal y lo sustantivo no es siempre tan clara como cree el legislador, y por eso la jurisprudencia ha tenido que matizarla, y en ocasiones corregirla necesariamente, al resolver recursos de casación y por infracción procesal en determinados litigios. La razón es muy simple: puede suceder que el ámbito de impugnación del recurso de casación sea más amplio que el del recurso por infracción procesal, de modo que, estimando el de casación, quede sin contenido el recurso por infracción procesal. Así ocurre, por ejemplo, si el recurso de casación impugna la resolución del contrato y el de infracción procesal se limita a denunciar incongruencia del pronunciamiento relativo a la indemnización de daños y perjuicios que sea consecuencia de la resolución del contrato; o si el recurso de casación impugna la condena al pago del principal y el recurso por infracción procesal denuncia falta de motivación o incongruencia de la condena al pago de intereses devengados por el importe del principal de la condena.

Como la cuestión es evidente y admite poca discusión, la jurisprudencia ha corregido la regla 6ª, motivándolo debidamente, en sentencias, por ejemplo, de 17 de junio de 2011 (rec. 687/08), 21 de diciembre de 2011 (rec. 1885/08) y 23 de abril de 2012 (rec. 1217/08).

1.2.3. Contenido de la sentencia

La regla 7ª intenta salvar algunas omisiones y deficiencias de los arts. 476 (sentencia resolutoria del recurso por infracción procesal) y 487 (sentencia resolutoria del recurso de casación) y algunas consecuencias indeseables de esa radical separación entre lo procesal y lo sustantivo que inspira el régimen de los recursos extraordinarios en la LEC de 2000, admitiendo que, pese a la efectiva apreciación de una infracción procesal, la sentencia pueda resolver sobre el fondo conociendo materialmente del recurso de casación.

Se intenta salvar, así, la radicalidad del párrafo último del apdo. 2 del art. 476 que, literal e indiscriminadamente, ordena la reposición de actuaciones en todos los casos de estimación del recurso por infracción procesal.

La fórmula escogida por el legislador consiste en que, si la infracción procesal estimada fuese la vulneración del art. 24 de la Constitución por la propia sentencia recurrida o la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dicte «nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación».

Con esta solución se dispone, en realidad, que el Tribunal Supremo asuma la instancia en determinados casos de infracción procesal, supliendo de paso la imprevisión del art. 487.2 que, tomado a la letra, no contempla esa posibilidad de asumir la instancia cuando se estime el recurso de casación en un proceso sobre derechos fundamentales o admitido por razón de la cuantía litigiosa.

Pues bien, aunque esta regla 7ª mejora en algo el articulado de la LEC, también ha tenido que ser interpretada por la jurisprudencia, en relación con los arts. 476 y 487, para adaptarla a la lógica del caso concreto, ya que unas veces lo procedente será, después de estimar el recurso por infracción procesal, no solo tener en cuenta lo alegado en el recurso de casación sino también la estimación propia de alguno o algunos de sus motivos, y otras veces, pese a estimarse un motivo de casación, lo procedente será devolver las actuaciones a tribunal de apelación para que dicte nueva sentencia. Lo primero sucede cuando la infracción procesal de normas reguladoras de la sentencia o del art. 24 de la Constitución consiste en una falta de motivación tan grave que, por ejemplo, puede haberse traducido en una total omisión de hechos probados; y lo segundo ocurre cuando la infracción de ley ha consistido en una indebida apreciación de prescripción o caducidad de la acción y la sentencia recurrida ha desestimado la demanda con base única y exclusivamente en el elemento temporal, de modo que tampoco declare hechos probados sobre la pretensión material.

En suma, el sentido de la jurisprudencia sobre este problema es que debe respetarse la respectiva posición institucional de los tribunales de instancia y del tribunal de casación y, al propio tiempo, el derecho de los litigantes a la doble instancia cuando la ley así lo establezca, que se vería menoscabado si tuviera que ser el tribunal de casación el que estableciera la totalidad de los hechos probados mediante una valoración conjunta de la prueba omitida por los tribunales de instancia. Ejemplo de sentencias sobre estas cuestiones son las de 12 de enero de 2012 (rec. 642/10), 30 de noviembre de 2011 (rec. 1692/10), 10 de junio de 2011 (rec. 1026/08), 11 de febrero de 2011 (rec. 786/07), 7 de octubre de 2009 (rec. 1207/05) o 29 de abril de 2009 (rec. 325/06).

2. LA REFORMA DE 2011 Y EL ACUERDO DE LA SALA 1ª DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE CRITERIOS DE ADMISIÓN.

2.1. LA REFORMA LLEVADA A CABO POR LA LEY 37/2011.

La Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, llevó a cabo una reforma menor, la supresión del trámite de preparación, que no requiere mayores explicaciones; otra de gran calado, la de las resoluciones recurribles en casación y, en consecuencia, también por infracción procesal; y otra de importancia no desdeñable, como es atribuir facultades de «admisión» al secretario judicial y de «inadmisión» al propio tribunal de segunda instancia.

En su preámbulo, la ley es muy poco expresiva acerca del sentido y finalidad de la reforma, pues se limita a dar por sentado que servirá «para que el Tribunal Supremo pueda cumplir de forma más eficaz los fines legalmente establecidos». Como, además, la propia Ley 37/2011 también modifica el régimen de acceso a la casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la reforma del acceso a la casación civil se queda en realidad sin explicación.

Ante la opinión pública la reforma apareció como una restricción del acceso a la casación civil mediante una elevación de la cuantía litigiosa necesaria desde los 150.000 euros hasta los 600.000 euros, es decir, como si la modificación se hubiera limitado a sustituir una cifra por otra en el ordinal 2º del art. 477.2 LEC.

Sin embargo la realidad era muy distinta porque, al modificarse también el ordinal 3º, lo que se estaba haciendo era ampliar enormemente el acceso a la casación.

Muy poco antes de entrar en vigor la LEC de 2000, la Sala 1ª del Tribunal Supremo adoptó el Acuerdo de 12 de diciembre de 2000 enunciando unos criterios de admisión que se vinieron aplicando en innumerables autos y sentencias hasta la reforma de 2011. En esencia, como de la Exposición de Motivos de la LEC de 2000 se infería que no todas las sentencias de segunda instancia podían ser recurribles en casación, porque entonces sobraría todo el apdo. 2 del art. 477 y habría bastado con una norma semejante a la del art. 468, la regla básica de los criterios del Acuerdo de 2000 era la incompatibilidad o recíproca exclusión de los ordinales 2º y 3º del art. 477.2. Esto se traducía en que si el litigio se había sustanciado por uno u otro tipo de juicio por razón de la cuantía, solo cabía recurso de casación por infracción de ley y siempre que la cuantía excediera de 150.000 euros (en origen, 25 millones de ptas.), no por interés casacional; por tanto, el recurso por interés casacional solo era posible en aquellos litigios sustanciado por uno u otro tipo de juicio por razón de la materia.

Pues bien, lo que hace la Ley 37/2011 es modificar también el ordinal 3º del art. 477.2 abriendo el recurso de casación por interés casacional a los asuntos tramitados por razón de la cuantía aunque esta no supere los 600.000 euros («3º, Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia...»).

La consecuencia de la reforma es tan clara como frontalmente opuesta a lo anunciado: todas las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales son en principio recurribles en casación, salvo las dudas que puedan plantear las dictadas por un solo magistrado (art. 82.2-1º LOPJ), es decir las dictadas en segunda instancia de juicios verbales tramitados por razón de la cuantía cuando esta supere los 3.000 euros, ya que en otro caso ni tan siquiera cabe recurso de

apelación (art. 455.1 LEC en su nueva redacción), y no supere los 6.000 euros, que es el límite máximo del juicio verbal por razón de la cuantía litigiosa (art. 250.2).

Junto a una reforma de tamaño envergadura, la supresión del trámite de preparación trajo consigo que la decisión de tener o no por preparado el recurso, cuya competencia correspondía al propio tribunal que dictó la sentencia recurrida, se sustituyera por una decisión de «admisión» por el secretario judicial del mismo tribunal o de «inadmisión» por el tribunal (arts. 470.2 para el recurso por infracción procesal y 479.2 para el recurso de casación). Esto no deja de plantear algunos problemas, porque aun cuando las razones para esta «inadmisión» sean equivalentes a las que antes justificaban la denegación de la preparación, no deja de ser en cierto modo incoherente que en un mismo recurso haya dos fases o trámites de admisión, y por ende confiadas a tribunales distintos, y que la «admisión» inicial de unos recursos extraordinarios pueda ser normalmente acordada por el secretario judicial del tribunal que hubiere dictado la sentencia.

Si a todo lo antedicho se une que a las causas de inadmisión del recurso de casación no se ha incorporado la de manifiesta falta de fundamento, que sin embargo sí se contemplaba desde un principio en la LEC de 2000 para el recurso por infracción procesal (art. 473.2-2º) siguiendo la reforma de la LEC de 1881 llevada a cabo en el año 1992 (art. 1710.1.3ª), a la reforma le sobran elementos para merecer una opinión desfavorable.

2.2. EL ACUERDO DE LA SALA 1ª DE 30 DE DICIEMBRE DE 2011: EL INTERÉS CASACIONAL.

El texto íntegro del acuerdo se encuentra en la página web del Consejo General del Poder Judicial, por lo que me limitaré a indicar los puntos que considero más relevantes en un trabajo dirigido a los miembros del Ministerio Fiscal.

Lo más destacable es, sin duda, todo aquello que afecta al interés casacional ya que, precisamente por las materias de los litigios civiles en que interviene el Ministerio Fiscal, y con la excepción de los procesos sobre tutela judicial civil de los derechos fundamentales que siempre tienen acceso a la casación, lo normal será que, si el Ministerio Fiscal recurre, tenga que justificar el interés casacional y, si se opone, desvirtuarlo.

2.2.1. **Jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.**

Sobre la segunda modalidad del interés casacional, es decir «cuando la sentencia recurrida resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales» (art. 477.3, párrafo primero, inciso segundo), el Acuerdo de 2011 comienza por exigir algo que parece elemental pero que no cumplían muchos de los recursos por interés casacional: que en el encabezamiento o formulación del motivo se exprese con claridad la jurisprudencia que deba fijar el Tribunal Supremo.

En cuanto a lo que debe entenderse por «jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales», se mantiene el criterio del Acuerdo de 2000 de exigir la contraposición de dos sentencias firmes de un mismo tribunal civil de apelación, es decir la misma Sección o la misma Audiencia cuando no esté organizada en Secciones, con dos sentencias firmes de otro tribunal de apelación diferente, así como que cada conjunto de sentencia mantenga un mismo criterio y este se oponga al del otro conjunto de sentencias.

Se exige también que las sentencias se haya dictado «con carácter colegiado», lo que excluye las dictadas como Audiencia Provincial pero por un solo magistrado (art. 82.2-1º LOPJ), ya que parecería un exceso que, después de haber ampliado la LEC de 2000 el concepto de jurisprudencia del art. 1.6 CC, estrictamente limitado a la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, se llegara a una nueva ampliación por razones meramente orgánicas.

Para evitar que los recursos se conviertan en una cita acumulada de sentencias y más sentencias de diferentes Audiencias Provinciales, se establece que «cuando se cite un número elevado de sentencias en cada grupo solo pueden tenerse en cuenta, además de la recurrida, las que la parte recurrente destaque expresamente o, en su defecto, la más reciente o las dos más recientes». Y para cumplir la misma finalidad de claridad y concisión, el anterior requisito se complementa con el de que la parte recurrente exprese el «problema jurídico» sobre el que exista contradicción.

Se trata, pues, de que solo lleguen a sentencia del Tribunal Supremo aquellos recursos de casación por interés casacional que verdaderamente lo merezcan, y no todos los recursos que, hallando contradicciones por doquier o aprovechando citas fragmentarias de sentencias cuya razón de ser está en las peculiaridades de hecho del caso concreto, intenten desplazar sobre el Tribunal Supremo la carga de precisar el problema jurídico y la contradicción. Por eso considera el Acuerdo que el recurso no será admisible, entre otras causas, cuando el criterio de decisión propuesto en el recurso «dependa de las circunstancias fácticas de cada caso» o «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».

No obstante, hay casos en los que la contradicción entre Audiencias Provinciales es tan notoria que justifica una cierta flexibilidad para que el Tribunal Supremo pueda sentar doctrina sobre el problema jurídico de que se trate tan pronto sea posible. A esta circunstancia responde la excepción que contempla el Acuerdo, señalando que será «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».

2.2.2. Normas que no lleven más de cinco años en vigor

Se trata de la modalidad de interés casacional que menos problemas plantea para su admisión, ya que depende del requisito objetivo de una fecha determinada.

No obstante, es preciso interpretar la fórmula de la LEC en cuanto al cómputo de los cinco años. Si se hace literalmente, el día inicial será el de la entrada en vigor de la norma invocada y el día final la fecha de la sentencia recurrida que la aplicó o dejó indebidamente de aplicar. Sin embargo, cabe también una interpretación más amplia y ajustada a la lógica de que el interés casacional no se vea perjudicado por las dilaciones del litigio en sus instancias, y por eso el Acuerdo admite que como día final del cómputo se considere la fecha en que la norma fue invocada por primera vez en el procedimiento, que perfectamente puede coincidir con la de la presentación de la demanda.

En algunas ocasiones puede plantearse qué sucede con las normas interpretativas, es decir aquellas que pretenden aclarar el sentido de otras anteriores y que no son infrecuentes en el Derecho internacional. El problema surge cuando la vigencia de la norma interpretada se remonta a más allá de los cinco años pero la norma interpretativa sí cumple el requisito de los cinco años.

Esta cuestión es examinada por la STS (Sala 1ª) nº 783/2012, de 3 de enero de 2013, en un litigio de patentes farmacéuticas promovido por unas importantes empresas del sector contra compañías españolas que comercializaban medicamentos genéricos, y lo resuelve considerando inadmisibles el recurso de casación por interés casacional, y en consecuencia el recurso por infracción procesal, mediante los siguientes razonamientos:

«SEGUNDO.- Preparado, interpuesto y en su momento admitido el recurso de casación al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC antes de su reforma por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, en la modalidad de interés casacional consistente en haber aplicado la sentencia recurrida normas que no llevaran más de cinco años en vigor siempre que no existiera doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido, las partes recurridas se oponen ahora a la admisibilidad de los recursos, como efectivamente autorizan el párrafo segundo del art. 474 y el párrafo segundo del art. 485, ambos de la LEC, alegando en esencia que, tratándose de un recurso de casación por interés casacional, la inadmisión de este determina la del recurso extraordinario por infracción procesal, conforme a la regla 5ª de la D. Final 16ª LEC, y que el recurso de casación es inadmisibles por fundarse en una norma que ciertamente entró en vigor el 13 de diciembre de 2007, como para interesar la preparación de los recursos alegó la propia parte recurrente, pero que por eso mismo ni tan siquiera se alegó en la demanda, interpuesta en 2005, ni ha sido aplicada por la sentencia recurrida.

TERCERO.- Procede estimar el referido planteamiento de las partes recurridas, aplicando ahora la causa de inadmisión de inexistencia de interés casacional, prevista en el art. 483.2-3º LEC, y en consecuencia el párrafo segundo de la regla 5ª de la D. Final 16ª LEC, para desestimar, por inadmisibles, el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal.

Las razones son las siguientes:

- 1ª) Las normas citadas como infringidas son el art. 69 del Convenio de la Patente Europea y el art. 2 del Protocolo interpretativo del mismo artículo modificados por el Acta de Revisión de 29 de noviembre de 2000 y que entraron en vigor el 13 de diciembre de 2007, siendo precisamente esta fecha la que la parte recurrente tomó como referencia en el escrito de preparación de los recursos y sigue tomado como referencia en el escrito de interposición.
- 2ª) Como quiera que la demanda se interpuso el 28 de octubre de 2005 y la única patente todavía conflictiva caducó el 31 de marzo de 2007, es evidente que la sentencia recurrida no aplicó ni podía aplicar las normas en que se funda el recurso.
- 3ª) La sentencia recurrida se dictó el 24 de febrero de 2010, previa celebración de vista, y, sin embargo, en los recursos examinados no se reprocha a la sentencia impugnada falta de motivación por no haber respondido a una expresa petición de la parte hoy recurrente de que se aplicaran los referidos preceptos, vigentes desde el 13 de diciembre de 2007.
- 4ª) Ni siquiera desde una extrema flexibilidad fundada en el carácter interpretativo del Protocolo podría justificarse la admisibilidad de los recursos, porque ni el interés casacional lo justifica la parte recurrente con base en tal carácter ni este puede independizarse de la nueva redacción del propio art. 69 del Convenio, en la que se centra el recurso de casación poniendo un énfasis especial en que suprimiera la expresión “el tenor de”.
- 5ª) De lo anterior se sigue que el interés casacional invocado se manifiesta “como meramente nominal, artificioso o instrumental”, del mismo modo que esta Sala consideró en su auto de 27-11-07 (rec. 160/07) respecto del interés casacional fundado en una presunta infracción del art. 133 del Tratado de Niza y en que este había entrado en vigor el 1 de febrero de 2003.

- 6ª) Tal defecto del recurso se acentúa si se recuerda que, según la sentencia del Pleno de esta Sala de 10 de mayo de 2011 (rec. 575/08), la doctrina de los equivalentes ya se reconocía y aplicaba por la jurisprudencia con anterioridad a la modificación del art. 69 del Convenio y del art. 2 del Protocolo Interpretativo por el Acta de Munich de 29 de noviembre de 2000, citándose al efecto en dicha sentencia las de 19 de octubre de 1993, 22 de octubre de 2005 y 1 de marzo de 2007, y sin embargo la parte recurrente prescindió explícitamente en su momento de justificar el interés casacional por la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.
- 7ª) A todo lo antedicho se une que, en definitiva, lo que hace el recurso es plantear una cuestión nueva que como tal es inadmisibile en casación, según jurisprudencia tan reiterada que huelga la cita de sentencias o autos concretos, aunque no está de más puntualizar que el ya citado auto de 27-11-07 también apreció la novedad de la cuestión planteada como obstáculo para la admisión del recurso».

2.2.3. Oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Para esta modalidad de interés casacional el Acuerdo se atiene, en lo sustancial, a la doctrina tradicional de la Sala 1ª sobre una misma cuestión jurídica y unos hechos probados no necesariamente idénticos pero sí lo suficientemente similares como para que el criterio aplicable no dependa de las circunstancias de hecho del caso.

A mi juicio la parte más interesente del Acuerdo para el Ministerio Fiscal es la que flexibiliza o atenúa el rigor de los requisitos exigibles por regla general, para así permitir al Tribunal Supremo sentar jurisprudencia.

Con esta finalidad el Acuerdo considera que basta la cita de una sola sentencia como representativa de la jurisprudencia cuando se trate de una sentencia de Pleno o que fije doctrina por razón de interés casacional, siempre que no haya ninguna sentencia posterior que haya modificado el criterio seguido.

Más importante aún es la segunda excepción, por reflejar un concepto evolutivo de la jurisprudencia que, por demás, comparte el Tribunal Constitucional al admitir la posibilidad de desvinculación del precedente siempre que se motive debidamente (p. ej. SSTC 101/1987, 202/1991, 269/1993 y 133/2002), Conforme a esta segunda excepción, que el Acuerdo se cuida de calificar como extraordinaria, el recurso será admisible cuando «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».

En realidad la interpretación del interés casacional al margen de rigideces puramente formalistas ya venía siendo aplicada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 37/2011, entendiendo que lo esencial era la necesidad de sentar jurisprudencia y admitiendo, por tanto, que el caso litigioso no fuera idéntico a los de las sentencias citadas como representativas de la jurisprudencia infringida, pues podía suceder que un caso como el litigioso no hubiera sido nunca examinado por el Tribunal Supremo y, sin embargo, fuera procedente determinar si le era o no aplicable la jurisprudencia invocada en el recurso.

Así, la STS (Sala 1ª) nº 794/2010, de 15 de diciembre, justificó que en materia de adquisición de títulos nobiliarios por usucapión, en un caso de reconocimiento del derecho por sentencia firme ganada frente al rehabilitador del

título, cabía invocar la jurisprudencia sobre usucapión en los casos de cesión, mediante el siguiente razonamiento:

«La inadmisibilidad del recurso propuesta con carácter previo por la parte recurrida no puede ser apreciada, porque si bien es cierto que ninguna de las dos sentencias de esta Sala citadas como exponentes de la doctrina jurisprudencial a la que se opondría la sentencia recurrida, cuando considera día inicial la fecha de la firmeza de la sentencia del litigio precedente, tratan específicamente de esta cuestión, no lo es menos que las declaraciones que dichas sentencias contienen sobre la eficacia jurídica del Real despacho y el alcance meramente declarativo de derechos de las sentencias del orden jurisdiccional civil, unidas a la efectiva existencia, en la actualidad, de una jurisprudencia totalmente consolidada sobre el día inicial del plazo para la usucapión de los títulos nobiliarios en caso de cesión, situándolo en el momento mismo de la cesión y no en el posterior de la obtención del Real despacho, justifican suficientemente el interés casacional del recurso examinado al plantearse, en definitiva, si tal jurisprudencia es o no también aplicable a los casos de reconocimiento del derecho por sentencia judicial ganada frente al rehabilitador del título.

En cuanto al carácter meramente administrativo del Real Decreto y la Real Orden de 1922 como obstáculo a las pretensiones de la recurrente, en cuanto normas en las que verdaderamente se apoya el recurso, no pueden compartirse los argumentos al respecto de la sentencia impugnada ni de la parte demandada-recurrida, pues como señala la sentencia de esta Sala de 29 de mayo de 2006 (rec. 3678/99) «la jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que es admisible la cita de preceptos administrativos de rango inferior a la ley cuando regulan derechos de carácter sustantivo y guardan relación con una ley civil», como en tal caso era el Real Decreto de 27 de mayo de 1912, que formaba parte de las normas de sucesión en materia de títulos nobiliarios mediante disposiciones con fuerza de ley, y en el presente caso son aquel Real Decreto y aquella Real Orden en materia de títulos cuyo mejor derecho a poseer se declare por sentencia judicial».

También en materia de usucapión de títulos nobiliarios la STS (Sala 1ª) nº 440/2011, de 22 de junio, siguió la misma línea, añadiendo que la propia Sala, a los efectos de valorar el interés casacional, podía tener en cuenta sentencias posteriores a las invocadas en el recurso:

«La parte demandada-recurrida, aunque esta Sala admitió en su momento el recurso al amparo del art. 477.2-3º LEC, ha alegado en el acto de la vista, por medio de su abogado, que el recurso no es admisible por falta de interés casacional al no citarse en el mismo ninguna sentencia que trate de un caso similar, siendo la única que podría invocarse en tal sentido la de 15 de diciembre de 2010 (rec. 1307/07), posterior sin embargo a la interposición del recurso.

No procede apreciar este óbice de admisibilidad porque, como ya se razonó en dicha sentencia de 2010 (FJ 7º), la identidad del caso enjuiciado con los resueltos por las sentencias que se invoquen como representativas de la doctrina jurisprudencial infringida no tiene que ser total, bastando con que tales sentencias se pronuncien sobre la misma cuestión jurídica planteada en el recurso de un modo que permita sostener razonablemente que la sentencia de apelación de opone a dicha doctrina. Este concepto del interés casacional está también presente en las sentencias de 3 y 10 de enero de 2011 (reces. 2149/06 y 786/07 respectivamente) e incluso resulta corroborado para el presente caso, más que desmentido, por la cita que la parte recurrida hace de aquella sentencia de 15 de diciembre de 2010, ya que esta Sala, a los efectos de valorar el interés casacional, puede tener en cuenta sentencias posteriores al propio recurso.

En suma, se ratifica que el recurso es admisible porque en su primer motivo se citan tres sentencias de esta Sala sobre el día inicial del plazo para usucapir un título nobiliario en relación con cuándo ha de entenderse que comienza su posesión a tales efectos, problema en directa relación con la cuestión litigiosa de si tal día coincide con la fecha de la sentencia favorable ganada en un pleito precedente o, por el contrario, necesariamente ha de ser un día posterior; y en su motivo segundo se citan tres sentencias de esta Sala de las que dos coinciden en que el principio de representación, como sostiene la recurrente, opera también sin distinción ni salvedad alguna en la línea colateral».

La STS (Sala 1ª) nº 857/2010, de 3 de enero, en un litigio sobre competencia desleal, abordó el problema de los casos singulares, nunca antes tratados por la jurisprudencia o sobre los que solamente existiera una sentencia del Tribunal

Supremo, y lo resolvió inclinándose por la admisibilidad del recurso asimilando el interés casacional al interés general en la formación de doctrina jurisprudencial:

«Para responder a los dos motivos así planteados debe tenerse en cuenta, ante todo, que en el recurso de casación por interés casacional en su modalidad de oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, como es el presente, 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 (“doctrina que, de modo reiterado...”, art. 1.6 CC), 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 (art. 9.3 de la Constitución), pueda identificarse con el interés casacional del art. 477.2-3º LEC».

Por su parte la STS (Sala 1ª) nº 889/2010, de 10 de enero de 2011, en un proceso registral sobre calificación negativa del registrador mercantil en relación a una cláusula limitativa del principio de libre transmisibilidad de acciones que podía desvirtuar la naturaleza de una sociedad anónima, trató de cómo podía justificarse el interés casacional ante una materia nueva citando sentencias del propio Tribunal Supremo, y lo hacía mediante el siguiente razonamiento:

«Sin embargo, ni la diversidad de materias entre las tres sentencias referidas ni su falta de total coincidencia con la materia del presente recurso determinan que éste no sea admisible, 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, como el presente, 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, 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».

Finalmente la STS (Sala 1ª) nº 441/2011, de 30 de junio, proporciona un ejemplo de cómo una sentencia muy lacónicamente motivada acerca de los gastos reembolsables al comprador en caso de ejercicio del retracto, recurrida por la parte retrayente por oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, puede acabar dando lugar a que se matice la doctrina mantenida hasta el momento en virtud de una interpretación del art. 1518 CC adecuada a la realidad social.

Sobre la existencia de interés casacional se razona lo siguiente:

«A partir de las anteriores consideraciones sobre el interés casacional es innegable el que presenta el recurso aquí examinado, porque la sentencia recurrida obliga al retrayente a reembolsar al comprador los gastos del corredor o intermediario y el coste financiero de la cantidad con la que pagó el precio y, sin embargo, la sentencia de 28 de julio de 1997, primera de las citadas en el recurso, desestimó el motivo de casación que impugnaba la sentencia de apelación por haber excluido de la obligación de reembolsar los gastos del corredor por su gestión en la compraventa y los gastos del préstamo pedido por la compradora para la adquisición del bien; la de 14 de abril de 1989, en interpretación “del alcance que haya de concedérsele a lo dispuesto en el número 1 del artículo 1518 del Código Civil”, concluyó que su interpretación gramatical no permitía incluir entre los gastos reembolsables “los intereses legales del precio de la cosa desde la fecha de adquisición y hasta la de la sentencia definitiva”, añadiendo una referencia a su falta de petición por el comprador-retraído únicamente a modo de argumento de refuerzo; y en fin, la sentencia de 1 de marzo de 1954 dedicó su último *Considerando* a razonar que no podían comprenderse en el art. 1518 CC la minuta de un letrado a quien los recurrentes habían consultado voluntariamente ni “la comisión del corredor que se dice medió en la venta, cuya intervención tampoco fue precisa para ella, pues solo son reintegrables al demandado los gastos propios y necesarios para la venta, que son los únicos que pueden reputarse legítimos, necesarios y útiles” a los efectos de dicho artículo.

En definitiva, el interés casacional del recurso consiste en que la sentencia impugnada obliga a la sociedad retrayente a reembolsar a la sociedad compradora el importe de la comisión que esta pagó al mediador contratado por ella misma y el coste financiero del crédito que pidió y obtuvo para pagar el precio de la compraventa y, sin embargo, de las sentencias citadas por la parte recurrente se desprende que tales gastos no son reembolsables».

Acercas de un posible cambio de jurisprudencia, interesado en este caso por la parte recurrida en cuanto compradora favorecida por la sentencia de apelación que ampliaba el concepto de gastos reembolsables en comparación con los considerados como tales por la jurisprudencia, esta sentencia nº 441/2011 no llega a considerar procedente un cambio total de la doctrina jurisprudencial, pero sí la matiza o precisa en el sentido de considerar reembolsable la comisión del mediador, satisfecha por el comprador, si se dan determinadas condiciones.

El razonamiento esencial, que sigue a una exposición de las alegaciones de la parte recurrida en pro de un cambio de doctrina jurisprudencial, es el siguiente:

«Todas estas razones y consideraciones de la parte recurrida no son suficientes, sin embargo, para justificar un cambio de jurisprudencia exclusivamente fundado en la importancia económica de la compraventa y la dedicación profesional o actividad de los sujetos intervinientes, comprador, vendedor y retrayente. La consecuencia serían dos regímenes diferentes cuya frontera nunca estaría bien delimitada, o incluso que como regla general, prescindiendo ya de la importancia económica de la compraventa y de la condición de los sujetos intervinientes, se incluyeran en el concepto legal “gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta” los que en rigor no lo son o, al menos, no tienen por qué serlo.

Ahora bien, la referida doctrina jurisprudencial sí debe ser matizada o precisada en el sentido de considerar reembolsable la comisión del mediador satisfecha por el comprador cuando se pruebe que la mediación fue razonablemente necesaria para la compra y se hubiera comunicado el importe de la comisión al retrayente junto con las condiciones esenciales de la compraventa, es decir como uno más de los datos con base en los cuales el facultado para el retracto ha de decidir si lo ejercita o no.

En cambio la misma doctrina jurisprudencial se mantiene sin matices en cuanto a los gastos e intereses del préstamo o crédito obtenido por el comprador para financiar la adquisición de la finca, pues no merecen la consideración de “gastos del contrato” ni de “pagos legítimos” hechos para la compra: en primer lugar porque su relación con la compra es solamente indirecta, y en segundo lugar porque son la consecuencia de un riesgo que libremente decide correr el comprador cuando carece de liquidez para la adquisición o prefiere realizarla acudiendo a la financiación de un tercero.»

No obstante, pese a haber dado lugar la sentencia recurrida a una interpretación del concepto «*gastos reembolsables*» menos rígida que la de la doctrina jurisprudencial mantenida hasta entonces, la sentencia acaba estimando totalmente el recurso de casación de la parte retrayente por las siguientes razones:

«El resultado de aplicar al único motivo del recurso la doctrina jurisprudencial matizada conforme a todo lo antedicho ha de ser su estimación total: de un lado, por la improcedencia de reembolsar los gastos e intereses del crédito obtenido por la demandada-recurrida para financiar la compra; de otro, porque la intervención de un mediador para la compra, en este caso una compañía mercantil profesionalmente dedicada a la mediación, no se ha probado necesaria, como tampoco se ha probado que se comunicara a la sociedad retrayente el importe de la comisión antes ni al mismo tiempo que los demás datos que proporcionaban a la propia retrayente ese “*conocimiento completo y exhaustivo de todas las condiciones de la venta*” que la sentencia recurrida fija como momento inicial del plazo de nueve días para el ejercicio del retracto; y finalmente, porque en el presente caso, según resulta de los hechos probados, la compradora recurrida, por sus tratos previos con la vendedora, dueña de las parcelas junto con la retrayente, tenía que ser conocedora de la intención de esta última de ejercitar su derecho de retracto, comunicada a la vendedora antes del otorgamiento de la escritura pública de compraventa, y pese a ello decidió correr el riesgo de comprar con dinero obtenido a crédito».

3. LA JURISPRUDENCIA NO COMO SOLUCIÓN DE PROBLEMAS DOCTRINALES EN ABSTRACTO SINO COMO DOCTRINA DE FORMACIÓN GRADUAL MEDIANTE LA DECISIÓN DE CASOS CONCRETOS.

De la doctrina de la Sala 1ª del Tribunal Supremo sobre el interés casacional se colige a su vez cuál es la función que la propia Sala asigna a la jurisprudencia.

Los comentaristas de la jurisprudencia civil se lamentan algunas veces de que una determinada sentencia del Tribunal Supremo no haya aprovechado la ocasión para, al hilo de los motivos de casación, resolver alguna cuestión sobre la que existan profundas discrepancias entre los autores de la doctrina científica.

Sin embargo la Sala 1ª del Tribunal Supremo entiende que su función no es la de terciar en polémicas doctrinales cuando la decisión del recurso no lo exija, y esto dependerá no solo de la cuestión jurídica que plantee el recurso sino también de las concretas pretensiones del litigio de que se trate.

Sobre la función de la jurisprudencia hubo de pronunciarse la STS (Sala 1ª) nº 172/2012, de 3 de abril, con ocasión de una demanda contra *Google* por la reproducción parcial, en los resultados de la búsqueda, del contenido de las páginas web. La cuestión en sí, es decir la reproducción y almacenamiento de una página protegida por el derecho de autor, planteaba un importante problema de interpretación de los arts. 31.1 y 40 bis de la Ley de Propiedad Intelectual: a saber, si la lista de excepciones a la protección era totalmente cerrada o cabía denegar la protección en caso de abuso de derecho o por razón del *ius usus inoqui*.

Pues bien, en este caso el Tribunal Supremo acaba desestimando el recurso y considerando correcta la decisión del tribunal de apelación, fundada en que la conducta de *Google* en nada perjudicada al demandante y en cambio sí le beneficiaba al contribuir a la difusión de su página, con base, sobre todo, en el contenido material de la pretensión del demandante, que no era una indemnización por no haberle pedido autorización sino la maximalista de que se cerrara el buscador *Google*. Y la razón previa o que sirve de base a tal solución del TS es precisamente que la función de la jurisprudencia se cumple «sentencia a sentencia», no resolviendo polémicas doctrinales:

«La motivación de las sentencias de ambas instancias y los respectivos planteamientos de las partes recurrente y recurrida contienen importantes consideraciones doctrinales acerca de la interpretación de los arts. 31.1 y 40 bis LPI. Sin embargo el recurso de casación por interés casacional no está destinado a fijar o unificar doctrina jurisprudencial sin efectos sobre situaciones jurídicas particulares derivadas de sentencias determinadas, como para materias procesales sí contempla el art. 493 LEC respecto del aún inédito recurso en interés de la ley, modalidad suspendida de hecho por la D. Final 16ª de la propia LEC, sino que, muy al contrario, la sentencia que se dicte por esta Sala, si llegara a considerar fundado el recurso, habrá de casar la resolución impugnada y resolver “sobre el caso, declarando lo que corresponda según los términos en que se hubiese producido la oposición a la doctrina jurisprudencial o la contradicción o divergencia de jurisprudencia” aunque sin afectar “a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias, distintas de la impugnada, que se hubieren invocado” (art. 487.3 LEC).

De lo anterior se sigue que cuando la modalidad de interés casacional en que se funde el recurso sea la tercera del apdo. 3 del art. 477 LEC, es decir la aplicación por la sentencia recurrida de normas que no lleven más de cinco años en vigor, la interpretación por esta Sala de la norma de que se trate no podrá desvincularse del concreto objeto del litigio en el que se hubiera interpuesto el recurso, pues la función de la jurisprudencia como complemento del ordenamiento jurídico (art. 6.6 CC) se cumple sentencia a sentencia, interpretando y aplicando la ley, la costumbre y los principios generales del derecho en atención a las peculiaridades o concreciones que cada caso enjuiciado introduzca en la hipótesis abstracta que contempla la norma interpretada. En suma, los tribunales no

resuelven polémicas doctrinales sino que se pronuncian sobre pretensiones concretas examinándolas conforme a las normas aplicables en la materia de que se trate».

4. CARÁCTER VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA E INDEPENDENCIA JUDICIAL: DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

La especial atención que en este trabajo se dedica al interés casacional justifica también una referencia, por breve que sea, a la doctrina más reciente del Tribunal Constitucional sobre la vieja cuestión del carácter vinculante de la jurisprudencia.

El problema se plantea ante el TC a raíz de que un juez de lo contencioso-administrativo advirtiera que el art. 100.7 LJCA podía atentar contra el principio de independencia judicial al establecer el carácter vinculante de la doctrina legal sentada por la Sala 3ª del Tribunal Supremo al estimar los recursos de casación en interés de la ley.

Planteadas cuestiones de inconstitucionalidad por esta y otras razones, la STC 37/2012, de 19 de marzo, la desestima razonando, en lo que aquí interesa, lo siguiente: 1º) Una interpretación jurisprudencial no puede ser cuestionada mediante el procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad; 2º) «toda jurisprudencia del Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art.123.1 CE), complementa el ordenamiento jurídico, conforme señala el art. 1.6 del Código civil, y tiene, por ello, vocación de ser observada por los Jueces y Tribunales inferiores, en los términos que después se exponen, a lo que ha de añadirse que la infracción de la jurisprudencia constituye motivo de casación en todos los órdenes jurisdiccionales»; 3º) «la independencia judicial (art. 117.1 CE) permite que los órganos judiciales inferiores en grado discrepen, mediante un razonamiento fundado en Derecho, del criterio sostenido por Tribunales Superiores e incluso de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo (art. 1.6 del Código Civil), si fuese el caso, sin que con ello se vulnere el principio de igualdad en aplicación de la ley, al tratarse de órganos judiciales diferentes (SSTC 160/1993, de 17 de mayo, FJ2; 165/1999, de 27 de septiembre, FJ6; y 87/2008, de 21 de julio, FJ5, por todas), y tampoco el derecho a la tutela judicial efectiva, con la excepción, justamente, del supuesto de la doctrina legal que establezca el Tribunal Supremo al resolver el recurso de casación en interés de ley, precisamente por los efectos vinculantes que tiene para los órganos judiciales inferiores en grado, supuesto excepcional en que estos órganos judiciales quedan vinculados a la «doctrina legal correctora que fije el Tribunal Supremo»; 4º) el recurso de casación en interés de la ley responde «a la finalidad de preservar la homogeneidad jurisprudencial..., sirviendo con ello al objetivo de que la ley sea igual en todo el territorio nacional».

En la sentencia, cuya doctrina siguen las posteriores SSTC 91/2012, 93/2012, 94/2012 y 98/2012, se integran sendos votos particulares de cuatro magistrados, de los que tres discrepan de los fundamentos que justifican la constitucionalidad del carácter vinculante de la doctrina legal sentada por la Sala 3ª del Tribunal Supremo en las sentencias estimatorias de recursos de casación en interés de la ley.

Uno de los votos particulares (Sr. Gay Montalvo) considera que la independencia judicial no guarda relación con la mayor o menor sujeción a la jurisprudencia, y que la vinculación a la jurisprudencia «ha de entenderse de modo restrictivo» aunque, eso sí, reconociendo en general su valor interpretativo. Otro (Sr. Pérez Tremps) entiende que para justificar la constitucionalidad del art. 100.7 LJCA bastaba con el argumento de que el legislador puede optar por establecer el carácter vinculante de la jurisprudencia en preservación de intereses constitucionalmente garantizados; y el tercero (Sr. Ortega Álvarez), en fin, echa de

menos una mayor precisión en las referencias a la seguridad jurídica y a la aplicación igual del Derecho en todo el territorio nacional, con argumentos en pro de la constitucionalidad del art. 100.7 LJCA, precisión que hubiese sido necesaria «para justificar constitucionalmente las razones que permiten al Tribunal Supremo colocarse en la posición del legislador, al menos en cuanto a su relación con los jueces y Tribunales inferiores, cuando resuelve recursos de casación en interés de ley».

Esta sentencia del Tribunal Constitucional y los votos particulares que en ella se integran demuestran que el viejo debate sobre el valor vinculante de la jurisprudencia dista mucho de estar cerrado, pues las razones que se dan para justificar el valor vinculante de las sentencias estimatorias de los recursos en interés de la ley en el ámbito contencioso-administrativo justificarían también el valor vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en general.

Por otra parte la sentencia incurre en alguna imprecisión, como considerar que la infracción de la jurisprudencia constituye motivo de casación en todos los órdenes jurisdiccionales, cuando basta con leer el art. 849 LECrim. para comprobar que en el orden penal no es exactamente así, como por demás advirtió ya el propio Tribunal Constitucional en su STC 78/1984 de 9 de julio.

Al final, pues, parece ser que el único fundamento real del valor vinculante de la doctrina legal del Tribunal Supremo al estimar un recurso de casación en interés de la ley consiste en que la propia ley, es decir el art. 100.7 LJCA, ha establecido ese valor vinculante, lo que no deja de causar una cierta sensación de argumento tautológico o circular.

5. REFERENCIA A LOS REQUISITOS FORMALES DEL RECURSO DE CASACIÓN .

Todos los miembros del Ministerio Fiscal tienen la cualificación necesaria para cumplir los requisitos formales del recurso de casación, cumpliendo lo que se ha dado en llamar la «técnica casacional».

Sin embargo, cuando el Ministerio Fiscal no sea recurrente y considere que el recurso al que deba oponerse no cumple esos requisitos, sí puede serle útil un resumen de la jurisprudencia sobre los defectos más comunes que impiden al Tribunal Supremo pronunciarse sobre lo que materialmente quiera plantear la parte recurrente.

A tal efecto cabe citar la STS (Sala 1ª) nº 934/2011, de 29 de diciembre:

« Como viene declarando esta Sala (p. ej. SSTS 20-7-05 en rec. 3946/01 y 19-7-06 en rec. 2446/01), el hecho de que la LEC de 2000 prevea “como motivo único” el de “infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso” no significa que el recurso de casación deba estructurarse en un solo motivo sino, pura y simplemente, que los motivos del recurso de casación por quebrantamiento de forma de la LEC de 1881 se han trasladado, en la LEC de 2000 y con la formulación correspondiente, al recurso extraordinario por infracción procesal. Por eso habrán de articularse tantos motivos cuantas infracciones normativas se aleguen, lo que no impide citar una norma en unión de otra u otras siempre que guarden la debida relación entre sí; por eso se exige necesariamente, cuando menos, poder conocer el número de motivos del recurso (STS 31-3-11 en rec. 321/07); por eso se sigue exigiendo, como bajo el régimen de la LEC de 1881, precisión y claridad en la formulación y defensa del motivo o motivos (SSTS 8-10-08 en rec. 2662/02 y 25-11-08 en rec. 2246/02); por eso cada motivo de casación requiere un riguroso respeto a los hechos que la sentencia impugnada declare probados (STS 11-3-09 en rec. 2924/02) y se rechaza la mezcla en un mismo motivo de cuestiones probatorias con las relativas a la interpretación de los contratos (SSTS 2-4-04 en rec. 1545/98, 7-6-06 en rec. 3567/94, 12-6-06 en rec. 3885/94, 22-4-09 en rec. 1202/04 y 13-4-11 en rec. 1798/07); y por eso, en fin, cuando se impugna la interpretación de un contrato no se

admite que en un mismo motivo se entremezcle la interpretación literal con la intencional (SSTS 23-10-09 en rec. 956/07 y 30-4-10 en rec. 677/06).»

6. INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA, COMO MOTIVO DE INFRACCIÓN PROCESAL, Y NECESIDAD DE INTENTAR ANTES SU COMPLEMENTO.

Una de las novedades de la LEC de 2000 fue la ampliación del ámbito de la aclaración de las sentencias (art. 363 LEC de 1881), cuya estrechez dio lugar a muchas sentencias del Tribunal Constitucional otorgando el amparo por meras omisiones que bien podrían haber sido remediadas por el propio órgano jurisdiccional, permitiendo también la subsanación de omisiones o defectos (art. 215.1 LEC de 2000), y más particularmente de la omisión de «pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso» (art. 215.2).

Esta novedad no tuvo en principio un correlativo reflejo en la exigencia, por la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de previo intento de subsanación o denuncia de la infracción para poder interponer recurso por infracción procesal (art. 469.2 LEC de 2000). Pero a partir de un determinado momento se advirtió que el recurso por infracción procesal fundado en incongruencia omisiva requería la previa petición de complemento de la sentencia que se pretendiera impugnar, y por eso el Acuerdo de 2011 recuerda la necesidad de petición de aclaración, corrección o complemento de la sentencia y la STS (Sala 1ª) nº 452/2012, de 28 de septiembre, rechaza un motivo fundado en incongruencia con base en la doctrina de la Sala:

«La incongruencia denunciada en el motivo quinto no puede ser apreciada porque la parte recurrente, al dejar de pedir el complemento de la sentencia de apelación para que se subsanara la omisión de razonamientos específicos acerca de la nulidad por inexistencia e ilicitud de la causa, no agotó los remedios previos al recurso extraordinario por infracción procesal como exige el apdo. 2 del art. 469 LEC (SSTS 8-6-12, 12-9-11 y 16-11-10 y AATS 14-9-04, 1-3-05, 15-3-05, 29-11-05 y 7-3-06), incurriendo así este motivo en la causa de inadmisión prevista en el art. 473. 2-1º LEC, en su redacción aquí aplicable por razones temporales, que ahora debe aplicarse como razón para desestimarlos.»

7. VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

No es nada frecuente que el Ministerio Fiscal impugne ante el Tribunal Supremo una sentencia de apelación por motivos procesales. Sin embargo este trabajo pecaría de incompleto si no hiciera alguna referencia a otra cuestión siempre polémica: la de la revisión de la prueba por el Tribunal Supremo.

La evolución del régimen del recurso de casación sobre esta materia es muy ilustrativa. Antes de la reforma de la LEC de 1881 por la Ley 34/1984 había lugar al recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal «[c]uando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho o error de hecho, si este último resulta de documentos o actos auténticos que demuestran la equivocación evidente del juzgador» (art. 1692-7º. La referida Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado el constante rechazo por el Tribunal Supremo de los motivos fundados en error en la valoración de la prueba restringiendo al máximo el concepto de «documento auténtico», decidió prescindir «de la inasequible categoría del documento auténtico» (E. de M.) y configuró como motivo de casación el «[e]rror en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar

contradichos por otros elementos rogatorios» (art. 1692-4º). Ante la avalancha de recursos de casación fundados en este motivo, la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, para reforzar el carácter de protector de la norma del recurso de casación, «alejándolo de cualquier semejanza con una tercera instancia» (E. de M.), eliminó sin más del art. 1692 el error en la apreciación de la prueba como motivo de casación, por lo que la jurisprudencia empezó a considerar, a partir de entonces, que la valoración de la prueba solo podía impugnarse como infracción de ley y, por tanto, alegando error de derecho, no de hecho, por vulneración de alguna norma que contuviera regla legal de valoración de la prueba, incluidas por entonces en el CC (art. 1232 confesión judicial, arts. 1216 y 1225 documentos, art. 1253 presunciones). Finalmente, la LEC deroga algunas de las normas del CC sobre valoración de pruebas, no todas, y omite cualquier referencia a la valoración de la prueba tanto en los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal (art. 469.1) como en el motivo único del recurso de casación (art. 477.1).

Esto dio lugar a que, en principio, el Acuerdo de la Sala 1ª de 12 de diciembre de 2000, habida cuenta de que la mayoría de las normas sobre valoración de la prueba habían pasado ya a la LEC, entendiera que el error probatorio tuviera como única vía posible, aunque desde luego muy restringida, el ordinal 2º, es decir la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, pues la sentencia había de expresar la apreciación y valoración de las pruebas (art. 218.2).

Posteriormente, sin embargo, se reconsideró ese criterio y se entendió más acertado que la única vía posible para alegar el error en la apreciación de la prueba fuese la del ordinal 4º del art. 469.1 (vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución), denunciando arbitrariedad o error patente en la apreciación de la prueba.

De ahí que el Acuerdo de la Sala 1ª de 30 de diciembre de 2011 considere que «[l]a errónea valoración de la prueba no puede ser planteada en este recurso, salvo cuando, al amparo del artículo 469.1.4º LEC, se demuestra que la valoración probatoria efectuada en la sentencia recurrida es arbitraria, ilógica o absurda, en forma suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, o inválida por vulnerar un derecho fundamental».

Cuestión distinta de la valoración de la prueba es la carga de la prueba, regulada en el art. 217 LEC y que se centra en las consecuencias de la falta de prueba de un determinado hecho. En este caso la vía adecuada para alegar su vulneración sí es el ordinal 2º del art. 469.1, aunque siempre sin confundir la carencia de prueba con la valoración de una prueba efectivamente practicada.

A modo de síntesis, pues, no cabe alegar infracción de las reglas sobre carga de la prueba si la sentencia recurrida afirma o niega el hecho controvertido en virtud de pruebas efectivamente practicadas; sí cabe, por la vía del ordinal 2º del art. 469.1, si la sentencia asigna las consecuencias negativas de la falta de prueba de un hecho a la parte no gravada con la carga de la prueba o exigiendo a esta parte una prueba imposible; finalmente, el error en la valoración de pruebas efectivamente practicadas solo podrá alegarse por la vía del ordinal 4º del art. 469.1 y siempre que se trata de un error patente.

Como exponente jurisprudencial acerca de estas cuestiones cabe destacar, en materia de carga de la prueba, la STS (Sala 1ª) nº 80/2012, de 5 de marzo, según la cual:

«1ª) La comprobación más segura de las reglas sobre carga de la prueba contenidas en el art. 217 LEC, especialmente las de sus apdos. 2 y 7 (antiguo 6), es preguntarse si a cada parte litigante le era exigible o no una actividad probatoria, dentro de lo razonable y en función del objeto del proceso, mayor que la efectivamente desplegada.

...7ª) Por tanto, si conforme al apdo. 7 del art. 217 LEC no puede exigirse a ningún litigante una prueba que vaya más allá de cualquier posibilidad razonable, menos aún podrá exigírsele cuando con ello se menoscabe o dificulte la tutela de un derecho fundamental hasta el punto de dejarle indefenso. Y esto ocurrirá cuando, pese a las pruebas que acrediten los hechos alegados, estos se pongan en duda sin explicar qué pruebas son las que faltan o qué más se podía hacer para probar esos hechos».

En cuanto al error en la valoración de la prueba, es muy completa la STS (Sala 1ª) nº 973/2011, de 10 de enero de 2012, que en su fundamento jurídico tercero declara lo siguiente:

«A) Esta Sala ha declarado que los errores en la valoración de la prueba no pueden ser canalizados por la vía del artículo 469.1.2.º LEC (SSTS 28 de noviembre de 2008, RC n.º 1789/03, 30 de junio de 2009, RC n.º 1889/2006, 15 de noviembre de 2010, RIPC n.º 610/2007). La valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba o por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, al amparo del artículo 469.1.4.º LEC en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica, la valoración de la prueba no supera conforme a la doctrina constitucional el test de la razonabilidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE (SSTS 28 de noviembre de 2008, RC n.º 1789/03, 30 de junio de 2009, RC n.º 1889/2006, 6 de noviembre de 2009, RIPC n.º 1051/2005).

B) El desarrollo argumentativo del motivo pone de manifiesto que va dirigido a denunciar que la sentencia recurrida ha incurrido en error en la valoración de la prueba al declarar las dos cuestiones a las que se refiere el mismo, por lo que el cauce utilizado para su formulación no es el procedente, y tampoco los preceptos citados en su encabezamiento amparan la alegación de error en la valoración de la prueba.

La denuncia de vulneración del artículo 218.2 LEC, sobre el requisito de motivación de las sentencias, tiene su cauce a través del motivo previsto en el artículo 469.1.2.º LEC, pero aquel precepto no contiene normas sobre valoración de prueba, por lo que su cita no puede amparar la revisión de la valoración probatoria efectuada en la sentencia impugnada. Como declara la STS de 8 de julio de 2009, RC 693/2005, dialécticamente resulta posible una falta de motivación de la valoración probatoria o una mera apariencia de motivación que la vicie de arbitrariedad, pero no es este el planteamiento que se hace en el motivo, ya que el desarrollo argumentativo del mismo revela que lo planteado por el recurrente es la existencia de un error en la fijación de los hechos a que se refiere en el motivo y no el incumplimiento del deber de motivación, pero no es este el planteamiento que se hace en el motivo en el que no se efectúa alegación alguna relacionada con la existencia de defectos de motivación.

El artículo 216 LEC, sobre el principio de justicia rogada, es ajeno a cualquier cuestión relativa a la valoración de la prueba que ha sido aportada al proceso por las partes, pues este solo exige que la resolución de un asunto se efectúe dentro del ámbito fáctico y jurídico en que fue planteado, con respeto a la *causa petendi* [causa de pedir], a la sustancia de lo interesado y sobre los elementos probatorios aportados por las partes (SSTS de 30 de marzo de 2009, RC n.º 1436/2004, 25 de junio de 2009, RC n.º 978/2004)».

8. CONSIDERACIONES FINALES

El Ministerio Fiscal tiene hoy una función de importancia capital en determinados procesos civiles, que se ve potenciada por el acceso al Tribunal Supremo, mediante la vía del recurso de casación por interés casacional, de cuestiones que, como las crisis matrimoniales, solo podían generar doctrina jurisprudencial por la muy estrecha y por útil vía del antiguo recurso en interés de la ley del art. 1718 LEC de 1881. A haber o venido formándose en la Sala 1ª del Tribunal Supremo una doctrina jurisprudencial cada vez más amplia en materia de

guarda y custodia de los hijos menores, el papel del Ministerio Fiscal adquiere una indiscutible relevancia para velar porque no se infrinja tal jurisprudencia, contribuir a su mejora mediante la interposición de recurso de casación cuando proceda y defenderla oponiéndose a los recursos de casación que aduzcan interés casacional pero materialmente se aparten de los hechos probados, es decir, que presenten como cuestión jurídica la que en realidad lo sea de puro hecho.

La importancia de la función del Ministerio Fiscal en el proceso civil se acrecienta mediante su intervención en materia de protección de los consumidores en un contexto, como el actual, de profunda y duradera crisis económica provocada, entre otras causas, por prácticas financieras cuando menos cuestionables.

Para contribuir a la formación de jurisprudencia el Ministerio Fiscal cuenta sobre todo, en el vigente régimen de la LEC de 2000, con el recurso de casación por interés casacional, dada la amplitud de materias que mediante el mismo pueden llegar a la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

No obstante, sigue siendo imprescindible llamar la atención del legislador una y otra vez para que no se olvide de que el régimen actual de los recursos extraordinarios es un teórico «régimen transitorio» que ha alcanzado ya una vigencia efectiva de más de doce años.

Por eso es inaplazable una regulación del recurso de casación que, valorando su relevancia para la efectividad de principios tan básicos como el de igualdad ante la ley y el de seguridad jurídica y prescindiendo de arriesgadas distinciones radicales entre lo procesal y lo sustantivo, tenga una cierta vocación de permanencia.

A su vez, como para la efectividad de la función institucional del Tribunal Supremo en la formación de doctrina jurisprudencial es imprescindible que no lleguen a sentencia más recursos que los que quepa resolver en un plazo razonable, puesto que de otro modo se corre el riesgo de pronunciamientos sobre normas derogadas o de un importante cambio de la realidad social desde que se inició el litigio hasta que el Tribunal Supremo se pronuncie, habrá que plantearse si lo que debe motivarse no es la inadmisión del recurso sino su admisión; en definitiva, si en principio el litigio ha de considerarse agotado en las instancias que la ley prevea y solo llegue al Tribunal Supremo cuando el recurrente justifique una razón suficiente por la que deba pronunciarse para la formación de doctrina jurisprudencial o respeto a la ya existente.

Es cierto que un sistema semejante, de selección por el propio Tribunal Supremo de los casos que deben llegar a sentencia, necesita de un alto grado de confianza de la sociedad y de la comunidad jurídica no solo en el Tribunal Supremo sino también en los tribunales de justicia en general, pues de inmediato puede surgir el recelo hacia una interesada y egoísta reducción de la carga de trabajo de los magistrados del Tribunal Supremo que tendría como inadmisibles contrapartida un aumento del número de sentencias firmes de instancia contrarias al ordenamiento jurídico.

No obstante, en algún momento habrá que enfrentarse seriamente al problema, porque lo que no sirve es un sistema como el actual, de acceso abierto a la casación, pero sin ni tan siquiera una causa de inadmisión consistente en la carencia manifiesta de fundamentos del recurso y, además, con una remisión de todas las actuaciones al Tribunal Supremo en cuanto se supere el trámite de «admisión» ante el tribunal de apelación.

En realidad todo abogado que crea tener razón intentará convencer a su cliente de que merece la pena acudir a casación, pero también todo litigante que esté seguro de no tener razón y quiera demorar la solución final del litigio animará a su abogado para que recurra.

Por otro lado, no hay ninguna razón para considerar que la multiplicación de las instancias garantice el acierto. En no pocas ocasiones la estimación del recurso de casación se traduce en la anulación de la sentencia de segunda instancia para, en su lugar, confirmar la de primera instancia.

Lo que hay que buscar, pues, es un sistema razonable que, evitando el trasiego de las actuaciones originales de ambas instancias y su obligada remisión al Tribunal Supremo, procure conjugar los principios de seguridad jurídica e igualdad ante la ley con la posibilidad de que el Tribunal Supremo se pronuncie a tiempo para que su doctrina tenga verdadera efectividad.

Tal vez no sea fácil diseñar un sistema que cumpla todas las finalidades posibles del recurso de casación, pero como sí es seguro que no se cumplen es manteniendo regímenes transitorios durante más de una década.