



El Recurso de Casación Civil en los ordenamientos español y alemán: breve estudio comparativo

AUTOR: Bastian Frank Pohle

TUTOR: Francisco López Simó



INDICE DE CONTENIDOS

1. INTRODUCCIÓN.....	1
2. ORIGEN DE LA CASACIÓN.....	1
3.LA CASACIÓN EN ESPAÑA.....	2
3.1 ÚLTIMAS REFORMAS EN ESPAÑA Y LA REFORMA DE LA LEC/2000.....	3
3.2 MOTIVO ÚNICO DEL RECURSO	5
3.3. RESOLUCIONES RECURRIBLES.....	6
3.4. INTERÉS CASACIONAL.....	8
4. RECURSO DE CASACIÓN EN DERECHO ALEMÁN “ DIE REVISION”.....	10
4.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA	10
4.2 ULTIMA REFORMA DEL 2002 Y SITUACIÓN ACTUAL.....	11
4.3 LA REVISION O CASACIÓN COMO TERCERA INSTANCIA.....	13
5. COMPARACIÓN Y CONCLUSIONES.....	13

1. INTRODUCCIÓN

En el siguiente trabajo se pretende realizar un breve estudio sobre el recurso de casación, analizar la situación actual del recurso de casación español (será el punto de más peso del trabajo), su división en dos recursos fundamentados en motivos de fondo y quebrantamiento de forma, para finalizar con una comparación con su homólogo alemán “Die Revisión” con el fin de destacar las similitudes, diferencias y posibles mejoras. La exhaustividad del estudio serán amoldados a la brevedad impuesta, causa por la que no entraré a examinar la casación en los Derechos Forales sino ceñirme al recurso de casación que se ventila ante el Tribunal Supremo.

2. ORIGEN DE LA CASACIÓN

Como pone de manifiesto CALAMANDREI en su profundo estudio¹, se deben situar sus orígenes en la fase revolucionaria francesa, en la que se crea un órgano autónomo al poder judicial (La casación no se concibe originariamente como recurso ya que no formaba parte del proceso). Influenciado por una parte por anteriores instituciones jurídicas ya existentes y por otra, por el componente ideológico aportado por Montesquieu y Rosseau relativo a la separación de poderes, el principio de igualdad ante la Ley y al concepto de que ésta, debía ser expresión de la voluntad general del pueblo, se considera francés el origen del recurso. Aunque algunos autores² hayan probado la existencia de elementos de la casación anteriores (la “sententia nulla” en el Derecho Romano por ejemplo) no se consideran clasificables como precursores directos de esta institución ya que no se puede comprender ésta fuera del contexto histórico y sin los valores anteriormente mencionados.

El “*Tribunal de cassation*” era el encargado de controlar la legalidad de las actuaciones del poder judicial, no entraba a controlar al poder legislativo (constitucionalidad de las leyes) ni al ejecutivo, se crea con el único objetivo de garantizar el cumplimiento de la ley por parte de los tribunales y con cierta reticencia a darle demasiado poder. El Tribunal no tenía entre sus funciones la unificación de la jurisprudencia (se negaba su existencia por considerarla invasiva hacia las demás esferas del poder) y se limitaba a casar las sentencias de los tribunales ordinarios sin exponer su parecer sobre el fondo del asunto, creándose así el sistema del reenvío al tribunal decisor, todo debido a la desconfianza de los entonces legisladores a que el poder judicial interfiriera en el legislativo.

Así desde los albores de la casación se configuran dos motivos de interposición: *el error in iudicando* y *el error in procedendo*, una desvirtuación de su carácter político³, basado en el quebrantamiento de forma. Con el paso del tiempo se amplían los motivos de casación cambiando de la exigencia de una infracción literal a la vulneración del espíritu de la ley, convirtiéndose paulatinamente en recurso. En el año 1837 se reconoce la jurisprudencia y la necesidad de aceptar su existencia como consecuencia de la unificación del derecho objetivo, cambiando la concepción que la consideraba como un atentado a la autoridad del legislador al convencimiento de la necesidad de una interpretación uniforme del Derecho, materializándose este concepto finalmente en el código de Napoleón.

¹ CALAMANDREI, P., *La cassazione civile* vol.I, 1920, núm.279, con traducción al castellano de Sentis Melendo, Buenos Aires, 1945.

² ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, Navarra, Aranzadi, 2002, ISBN 84-8410-995-X

³ MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *El recurso de casación*, 2ª Edición, Valencia, Tirant lo Blanc, 2012 ISBN:978-84-9004-684-5, pág. 311.

3. LA CASACIÓN EN ESPAÑA

A diferencia de su homólogo francés, el Supremo Tribunal de Justicia se configura desde sus principios como un órgano jurisdiccional y se le da la potestad de aplicar las leyes en causas civiles y penales⁴, configurándose el Tribunal Supremo como cúspide de la organización judicial y siendo calificado en el discurso preliminar de la Constitución de 1812 pronunciado por D. Agustín de Argüelles como órgano “centro de autoridad en que vengan a reunirse todas las ramificaciones de la potestad judicial” y respecto de sus facultades “autorizado para vigilar la escrupulosa observancia que se haga de las leyes, juzgar las causas que versen sobre hacer efectiva la responsabilidad de los jueces y magistrados superiores” y “conocerá de los juicios y causas instauradas en las provincias en el sólo caso de nulidad cometida en la tercera instancia. Su conocimiento ha de limitarse a si se han observado o no las leyes que arreglan el proceso, debiendo abstenerse de intervenir en lo sustancial de la causa, que habrá de remitirse al tribunal competente para que ejecute lo que haya lugar”⁵. Cabe mencionar en este punto que una parte de la doctrina, en contra de las conclusiones de CALAMANDREI, considera probado que no tiene nada que ver el recurso de nulidad del art. 261.9 de la Constitución de 1812 con la casación francesa (FAIREN, ORTELLS)⁶. Algunos autores se dedicaron a demostrar las diferencias entre la casación francesa y la española, resaltando que mientras que la primera surge con una función monofiláctica, la segunda tiene una vocación unificadora de la jurisprudencia.

Sufriendo los reveses del vaivén político de la época, la institución del Tribunal Supremo queda totalmente instaurada por un Decreto en 1834 y la figura del recurso de casación queda definitivamente plasmada en los art. 1010 y ss. de la LEC de 1855, pudiendo fundarse en errores *in iudicando* (sentencia contra la ley o contra la jurisprudencia), caso en el que el tribunal entraba en el fondo del asunto, y errores *in procedendo* (una lista de nueve motivos) como en sus inicios y en cierta manera hoy en día. En la LEC de 1881 se incorpora el motivo de infracción de Ley que se ocupaba de revisar el error de hecho en la apreciación de la prueba, con lo que se absorben también los hechos en el recurso de casación.

Algunos autores⁷ ven como precedente el Real Decreto de 4 de noviembre de 1838, no la Constitución de 1812, aunque coinciden en que el momento de implantación definitiva es en la LEC de 1855. Cabe mencionar que en el estado inicial del recurso se requería que la infracción fuera “clara y determinante” como requisito y posteriormente se suprimió aceptando que fuese “contra ley o contra doctrina” ampliándose de esta forma el concepto.

3.2 ÚLTIMAS REFORMAS EN ESPAÑA. LA REFORMA DE LA LEC/2000.

Los fines de la casación se derivan de la conjunción de los art. 123.1 con los 24, 14 y 9 CE. El primero de los preceptos dispone que le corresponde al Tribunal Supremo la función monofiláctica lo cual le faculta a anular aquellas resoluciones judiciales que infrinjan la Ley ordinaria y también a interpretarla de una manera uniforme mediante la doctrina, lo cual se

⁴ Constitución de Cádiz, 1812, art. 17.

⁵ SANCHEZ AGESTA, L., *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812 de Agustín de Argüelles*, Edición electrónica, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, ISBN: 84-259-0653-9, pág. 102.

⁶ ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, Navarra, Aranzadi, 2002, ISBN 84-8410-995-X.

⁷ CONDÓN MORENO F., ARMENTA DEU, T., ESPARZA, J., TAPIA FERNANDEZ, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Navarra, Aranzadi, 2001, ISBN 84-8410-778-7.

deriva de los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías, y los principios de igualdad en la aplicación de la Ley y seguridad jurídica⁸.

En la reforma del 2000 se configuran dos tipos de recursos extraordinarios: el recurso extraordinario por infracción procesal, atribuido a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia que conocerán de la validez procesal y de las garantías establecidas constitucionalmente y por Ley, que cabe interponer contra las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales de su territorio que pongan fin a la segunda instancia (art. 468 LEC), y el recurso de casación, atribuido a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo; para la conciliación de posibles disparidades entre los distintos Tribunales de Justicia se reserva el recurso en interés de la Ley previsto en los art. 490 y ss.⁹. El TS afirma en repetidas ocasiones que el recurso de casación, después de la entrada de dicha Ley, ha de entenderse exclusivamente referido a pretensiones materiales deducidas por las partes, limitada la casación a una estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos probados¹⁰. Así, por ejemplo, se considera tanto la falta de litisconsorcio pasivo necesario, la legitimación, las disposiciones sobre la cosa juzgada (tanto positiva como negativa), infracciones de normas relativas a cuestiones probatorias y los demás puntos del art. 416 LEC, como cuestiones procesales no susceptibles de ser valorados en casación ya que “quedan al margen del límite de la estricta función revisora del juicio jurídico consistente en la determinación de los hechos probados, su calificación jurídica y la subsunción en el supuesto de hecho previsto en la norma de las resultas de aquel juicio fáctico, así como en la aplicación al caso enjuiciado de la norma sustantiva en sí misma, en donde se resume el alcance de la infracción normativa que habrá de fundarlo, y en donde se concretan las cuestiones que constituyen el objeto del proceso a que ha de referirse la infracción normativa”¹¹. En reiterada jurisprudencia indica el alto Tribunal, pues, la interpretación en sentido amplio de la formulación “cuestiones procesales” y no sólo las enumeradas en el art. 416 LEC¹²

Señala con muy buen criterio ORTELLS los problemas prácticos derivados de dicha separación o bicefalía en materia de recursos, ya que no es clara y precisa la línea entre la cuestión de derecho y la correlativa exclusión de la cuestión de hecho, así por ejemplo, puede llegar a ser problemática la diferenciación entre revisar la fijación de los hechos y la revisión de la calificación o significado jurídico de dichos hechos, la integración de conceptos jurídicos indeterminados en casos concretos o la construcción de presunciones judiciales.¹³ Así por ejemplo afirma el TS que es objeto de casación la labor de dotar de significación jurídica a los hechos y la valoración jurídica de los mismos, pero que queda fuera la concreción del substrato fáctico a partir del cual se han de realizar tales operaciones jurídicas.¹⁴

⁸Ponencia de VICENTE GIMENO SENDRA transcrita en la obra de ORTELLS RAMOS, M., *Los recursos ante los Tribunales Supremos en Europa, Asociación Internacional de Derecho Procesal (AIDP)*, Difusión Jurídica, Coloquio de Gandia y Valencia 6,7 y 8 de noviembre 2008, pág. 117.

⁹ Podrá interponerse recurso en interés de la ley, para la unidad de doctrina jurisprudencial, respecto de sentencias que resuelvan recursos extraordinarios por infracción de ley procesal cuando las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación de normas procesales.

¹⁰ ATS (1ª) de 8 de septiembre 2008, J.A. Antonio Xiol Rios [JUR 2008\320275].

¹¹ ATS (1ª) de 22 noviembre 2005, C. Auger Liñan, [RJ 2005\9490] entre muchos otros

¹² STS (1ª) núm. 933/2008 de 8 octubre de 2008, I. Sierra Gil de la Cuesta [RJ 2008\6908], ATS (1ª) de 15 de julio de 2008, I. Sierra Gil de la Cuesta [JUR 2008\249917]

¹³ ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, Navarra, Aranzadi, 2002, ISBN 84-8410-995-X, pag.585

¹⁴ STS (1ª) núm. 1065/2008 de 6 noviembre de 2008, I. Sierra Gil de la Cuesta [RJ 2008\5899].

Se crea por tanto un sistema de recursos extraordinarios caracterizado por la bifurcación, alternatividad (se impide a un mismo litigante el ejercicio simultáneo o sucesivo de los dos recursos) y como regla diversidad en el tribunal competente¹⁵, a tenor del art. 466.2 LEC son rigurosamente alternativos y excluyentes por lo que se obliga al recurrente a elegir la vía a tomar renunciando automáticamente a la alternativa y el tribunal no podrá reconducirlo a otro distinto del invocado por la parte¹⁶.

La problemática política que acompaña a este tema llega hasta puntos bochornosamente incomprensibles ya que la necesaria reforma del art. 73 LOPJ que debería acompañar esta nueva Disposición, que implica un cambio que atribuya las preceptivas competencias a los Tribunales Superiores de Justicia, el 23 de septiembre de 1999 no se aprobó en el Congreso por cuestiones de política, no jurídicas, así el régimen de recursos que entró en vigor es el provisional de la Disposición Final 16ª llamada “*Régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios*” que dispone que procede el recurso de infracción procesal por los motivos previstos en el art. 469 LEC respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el art. 477 LEC es decir, procede contra las sentencias de apelación recurribles en casación correspondiendo su conocimiento a la Sala Civil del Tribunal Supremo y sólo a los Tribunales Superiores en caso de materias de Derecho Civil Foral; además tampoco será de aplicación lo dispuesto en los art. 488 y 489 ni los 490 a 493 respecto del Recurso en Interés de la Ley. En caso de tramitación conjunta de los dos recursos el TS examinará, con carácter previo, la recurribilidad en casación de la resolución impugnada. Si esta no fuese recurrible se inadmitirán ambos recursos (disposición Final 16.1, regla 5ª, párrafo primero, LEC)

Solamente será admitido el recurso extraordinario por infracción procesal, sin formular recurso de casación, frente a las Sentencias dictadas en juicio ordinario instado para la tutela judicial civil de los derechos fundamentales, y frente a las recaídas en juicio ordinario cuya cuantía exceda de 600.000 €. Si la resolución es recurrible en casación hay que diferenciar dos supuestos: 1º resoluciones recurribles de los casos contemplados en los números 1º y 2º del art. 477.2 LEC; se examinará la admisión del recurso de casación según sus propias reglas (483.2 LEC), mientras que la del recurso por infracción procesal se llevará a cabo por las suyas (473.2 LEC), pudiendo ser inadmitido uno o ambos (disposición final 16ª, regla 5ª, párrafo primero, en relación con la regla 2ª, LEC); 2º resoluciones recurribles del número 3º del art. 477.2 LEC: en estos casos, se examinará con carácter previo la admisibilidad del recurso de casación (483.2 LEC). Si no se admite éste se inadmitirá sin más trámites el recurso por infracción procesal formulado conjuntamente. Por su parte, la admisión del recurso de casación determina la ulterior resolución sobre la admisión del recurso por infracción procesal (473.2 LEC)¹⁷

Para entrar en el fondo del asunto revisa la misma Sala mediante recurso de casación el enjuiciamiento de las Audiencias Provinciales sobre cuestiones sustantivas para resolver si se ha infringido alguna norma jurídica común o constitucional aplicable para resolver la cuestión objeto del proceso, a no ser de que se trate de una norma de derecho foral en cuyo caso entenderán del asunto los Tribunales Superiores de Justicia.

Tal y como figura en la exposición de motivos de la LEC/2000 se pretende alejar la casación de la noción de 3ª instancia fomentando la función monofiláctica del Tribunal Supremo y la de creación de jurisprudencia a través de la restricción del acceso a casación (lo que tiene como consecuencia que se vean menos casos) pero a la vez que se conozca de litigios de todas las

¹⁵ LÓPEZ SIMÓ,F., *Lecciones de derecho procesal civil*, Ediciones UIB, Mallorca, 2012, ISBN 978 8483842256.

¹⁶ ATS (Sala de lo Civil) de 17 julio de 2001, A. Romero Lorenzo [RJ 2001\8556].

¹⁷ ATS (Sala de lo Civil) de 17 julio 2001, A. Romero Lorenzo [RJ 2001\8556]

ramas del derecho civil para entrar en todas ellas a sentar jurisprudencia en caso de ser necesario (anteriormente existían áreas del derecho en los que no podía entrar).

La última reforma consiste en que Ley 37/2011 da una nueva redacción al art. 477.2 de la LEC aumentando la cuantía de acceso al recurso de casación a 600.000 € y si es menor o se tramite por cuestión de materia, sólo si presenta interés casacional. En el primer caso basta que la cuantía del proceso supere la cifra para que la sentencia en segunda instancia pueda recurrirse sin más necesidad de cumplir otros requisitos.

3.3. MOTIVO ÚNICO DEL RECURSO.

A tenor del art. 477.1 LEC el recurso de casación debe fundarse en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso lo cual es considerado un motivo único o exclusivo en el sentido en que no puede ampararse en otra causa que no sea esa, por tanto debe citarse con absoluta claridad la norma, jurisprudencia o principio general del derecho que se consideren infringidos, lo que no debe confundirse, sin embargo, con que no puedan alegarse diferentes infracciones, pero cada una de ellas debe ser formulada en un motivo distinto y numerado correlativamente.¹⁸

Según la anteriormente mencionada exposición de motivos de la LEC del 2000 se pretende no excluir del ámbito de la casación ninguna materia civil o mercantil, y se dejan fuera del ámbito de la casación las infracciones de leyes procesales, confiriéndose una especial importancia a la función de crear doctrina jurisprudencial y al mantenimiento y, en su caso, formación de la unificación de la misma.

3.4. RESOLUCIONES RECURRIBLES.

A tenor de la D.F.16ª en relación con el 477 LEC, y tal y como afirma el TS, sólo son susceptibles del recurso de casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales y las resoluciones de recursos en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, al amparo del Convenio de Bruselas de 27 de diciembre de 1968 y del Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988, vigentes en el momento de la reforma (arts. 37.2 y 41). Pero deberán concurrir alguno de los casos taxativamente previstos en los tres ordinales del art. 477.2 LEC, que constituyen supuestos distintos y excluyentes, por lo que sólo cabrá solicitar la preparación al amparo de uno de ellos y el tribunal no podrá reconducir a otro distinto del invocado por la parte¹⁹. Por lo tanto no tienen acceso ni los autos dictados en segunda instancia ni las sentencias que se puedan dictar en primera o única instancia (esto último a raíz del art.73.2 LOPJ), además de las sentencias dictadas por los Juzgados de Primera Instancia que conocen el recurso de apelación contra aquellas dictadas por los Juzgados de Paz. Una de las consecuencias es que se impide la admisión a autos que pongan fin al recurso de apelación en asuntos de tercerías, tanto de dominio como de mejor derecho²⁰, así como aquellos dictados en ejecución de sentencia. Respecto a la posible vulneración del derecho plasmado en el art. 24 CE responde el TS que una denegación preparatoria no lo vulnera ya que no existe un derecho constitucionalmente protegido a interponer determinados recursos ni a recurrir en

¹⁸ SALA 1ª DEL TRIBUNAL SUPREMO, "Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal" Madrid, 30 de diciembre 2011.

¹⁹ AAP (1ª) de Girona, núm. 339/2002 de 4 noviembre, C. Cruz Moratones [JUR 2003\62904]

²⁰ ATS (1ª) de 26 de junio de 2001, J.R. Vázquez Sandes [RJ2001\6590] y ATS (1ª) de 18 de septiembre de 2001, J. De Asis Garrote [RJ 2001\9282].

casación²¹; se define el derecho a los recursos como de “caracterización y contenido legal”²² y condicionado al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad establecidos por el legislador, guardándose la última palabra el alto Tribunal. También señala que la interpretación de las normas de acceso a la casación no tiene por qué ser la más favorable al recurrente²³ y que el “principio pro actione” proyectado sobre el derecho a la tutela judicial efectiva opera más en las fases iniciales del proceso por lo que dicho derecho constitucional se satisface, también, con un pronunciamiento sobre la inadmisibilidad del recurso²⁴.

En su acuerdo la Sala 1ª del Tribunal Supremo afirma que no se admitirán a trámite cuando no se cumplan los requisitos necesarios, entre otros que no sea una sentencia de apelación que ponga fin a la segunda instancia (lo que excluye aquellas en las que no se trata de un recurso exactamente de apelación como en el caso de la audiencia al rebelde y la rescisión de la sentencia dictada en rebeldía, ni de la acción de anulación)²⁵, y en también cuando se trate de un auto, una resolución que no reviste forma de sentencia, una sentencia que debió adoptar forma de auto o una sentencia que resuelva una cuestión incidental²⁶. Así por ejemplo se considera que las impugnaciones de tasaciones de costas revisten carácter incidental, también la irrecurribilidad en casación de las sentencias que deciden las acciones de anulación de laudos arbitrales²⁷.

Matizar que el Tribunal Supremo sólo admite a casación las sentencias que deciden el recurso de apelación contra sentencia definitiva que pone fin a la primera instancia lo que excluye dichas cuestiones incidentales, concepto jurídico indeterminado, lo que tiene como consecuencia fuertes críticas de algunos sectores doctrinales²⁸.

Se configura por tanto un recurso que sólo tiene en cuenta las sentencias de apelación que tengan un especial interés casacional que vaya más allá del interés de las partes.

Las resoluciones recurribles se encuentran tras la última reforma de la Ley 37/2011 en el art. 477.2 y 3 LEC:

Artículo 477.2. *Serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, en los siguientes casos:*

1º-Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución

Este punto debe ponerse en relación con el art. 249.1 2º LEC de manera que sólo se refiere a las sentencias de segunda instancia recaídas en juicio ordinario relativo a la tutela de un derecho fundamental (por tanto no basta invocar un precepto que lo proteja sino que el proceso deberá haber versado específicamente sobre el mismo²⁹), salvo el de rectificación que se tramita por las normas del juicio verbal pero a pesar de ello tiene acceso a la casación; los derechos constitucionales protegidos que tienen acceso a la casación son el art. 14 y la sección 1ª del

²¹ STC (Pleno) núm. 37/1988 de 3 de marzo de 1988, F. Tomás y Valiente [RTC1988\37], y STC (2º) núm. 196/1988 de 24 de octubre, G. Begué Cantón [RTC1988\196].

²² STC (Pleno) núm. 3/1983 de 25 de enero de 1983, A. Escudero del Corral [RTC1983\3].

²³ STC (1º) núm. 230/1993 de 12 de julio de 1993, V. Gimeno Sendra [RTC1993\230], y STC núm 37/1995 de 7 de febrero de 1995, R. de Mendizábal Allenda [RTC1995\37].

²⁴ STC (1º) núm 43/1985 de 22 de marzo de 1985, L. Díez-Picazo y Ponce de León [RTC1985\43].

²⁵ ATS (1ª) de 21 de febrero de 2006, C. Auger Liñan, [VLEX-388335444].

²⁶ ATS 13 (1º) de 13 septiembre de 2005, J.A Antonio Xiol Rios, [RJ 2005\8661].

²⁷ ATS (1ª) de 28 de diciembre de 2001, A.Villagómez Rodil [JUR 2002, 23968].

²⁸ MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *El recurso de casación*, 2ª Edición, Valencia, Tirant lo Blanc, 2012 ISBN:978-84-9004-684-5. pág. 372 Respecto de las medidas definitivas el autor discrepa con el Tribunal Supremo.

²⁹ ATS (1ª) de 22 de enero de 2002, J. de Asis Garrote [RJ 2002\1905].

Capítulo 2º del Título 1º; lo remarcable es que la mayoría de estos derechos son prácticamente imposibles de ser vulnerados por un particular, y en su caso serán enjuiciados ante otros ordenes, por lo que la tutela civil de los derechos fundamentales se circunscribe a los supuestos del art. 249 LEC. La mayoría de recursos admitidos a casación por esta vía son asuntos relacionados con el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, convirtiéndose en algunos casos el alto Tribunal en arbitro de asuntos bastante frívolos relacionados con la prensa dedicada a la venta de intimidades de personajes supuestamente públicos. Señala ORTELLS RAMOS que se crea un conflicto cuando no ha sido pretendida la tutela del derecho fundamental pero para la resolución del conflicto ha sido relevante el contenido del mismo, de tal forma que la norma que lo produce ha podido ser violada. La protección de derechos considerados no fundamentales sólo puede acceder a la casación vía interés casacional

2º Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros.

Este punto se relaciona con el 249.2 LEC lo que implica que por este motivo sólo serán recurribles las sentencias de segunda instancia tramitadas en juicio ordinario que venga determinado por razón de la cuantía (no puede ir determinado por razón de materia) cuando el asunto supere los 600.000 €.

Lo único que se mira es el puro dato cuantitativo por lo que el Tribunal Supremo estará obligado a conocer del asunto aunque éste no tenga ningún tipo de interés casacional, lo que nos lleva a la problemática de la consideración de dicha cuantía; existe al respecto una cierta confusión en relación a la admisibilidad en función de la cuantía mínima del gravamen (“summa gravaminis”) o en función de la cuantía mínima del asunto objeto del recurso (“summa cassationis”), y quedan excluidos los asuntos de cuantía igual o inferior (el importe debe literalmente exceder de la suma) o indeterminada.

La cuantía debe expresarla el actor en la demanda de manera precisa (art. 253.1 LEC) ni el juez ni el demandado pueden cuestionarla ya que es una cuestión de fondo, en otros casos se debe estar a lo dispuesto en los artículos 251 y 252 LEC. Cabe también señalar que la modificación del valor de los bienes objeto del litigio después de interponer la demanda no tiene consecuencias posteriores en el montante de la misma ni en la clase de juicio a celebrar (253.2 LEC)

Respecto de la cuantía debe señalarse que la jurisprudencia anterior había elaborado un concepto de “cuantía litigiosa” que no siempre coincide con el nuevo concepto de “cuantía del proceso”, aunque el Tribunal Supremo ha insistido en que la anterior doctrina debe aplicarse al nuevo recurso de casación fijando las siguientes directrices:

No se debe sumar el importe de la pretensión deducida por el actor en la demanda y el de la formulada por el demandado en la reconvencción para fijar la cuantía que permite el acceso a la casación, así se debe considerar por separado e independiente para fijar la recurribilidad.

Existen dos tipos de reglas de determinación de la cuantía, de pretensión única y plural con la característica de que son imperativas tanto para el juez como para las partes y que están preestablecidas de forma objetiva, general y abstracta, por lo tanto se estará a lo fijado en el art. 252 LEC que dispone que si varias pretensiones provienen de un “no mismo” título la cuantía se determinará en función de la acción de mayor valor, en cambio si provienen del mismo título o son pretensiones de intereses, frutos, rentas o daños o perjuicios, la cuantía se determina por la suma del valor de todas las acciones acumuladas.

La cuantía litigiosa es la suma del capital más los intereses pero no es admisible sumar el importe de los intereses no vencidos al tiempo de interponer la demanda o que estando vencidos no hayan sido cuantificados por el demandante. Sí pueden sumarse los intereses vencidos en la demanda aunque no se cuantifiquen en el suplico si su importe puede determinarse por una

simple operación aritmética. No cabe tampoco computar los intereses moratorios no solicitados expresamente. La cuantía a tener en cuenta será la debatida ante la Audiencia no la que resulte de la sentencia de la misma.

Se considera que la cuantía es la debatida en el recurso de apelación con el efecto de que si hubo varias pretensiones que en su conjunto sumaban una cantidad superior al límite, la sentencia de primera instancia condenaba a una cantidad inferior y el demandante no recurrió, haciéndolo sólo el demandado no cabe recurso de casación³⁰.

Si se ha fijado la cuantía por las partes en la fase inicial del pleito no se puede revisar al alza para recurrir una sentencia que la haya sido desfavorable, y por último que no se deben confundir el objeto del proceso delimitado por la demanda y/o la reconvencción con las consecuencias y repercusiones que puedan afectar al coste de la ejecución.

Reconoce el TS que la verdadera función del recurso de casación (unificación del ordenamiento jurídico) se cumple mejor a través de la vía de acceso del interés casacional y que el asunto acceda a la casación porque tenga una cuantía muy elevada no tiene por qué implicar que haya de estimarse el recurso si, en realidad, lo que se pretende es volver a plantear el litigio como si lo conociera en tercera instancia.

Se afirma la necesidad de que debería tenderse hacia una mayor potenciación de la función unificadora del Tribunal, con independencia de la cuantía del asunto, que es algo “para lo que la Sala Primera está preparada, ya que la fase de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal está plenamente normalizada y muy pronto también lo estará la fase de decisión.” El Tribunal podrá conocer de asuntos también si no concurren los supuestos del interés casacional pero en los que, “debido a la elevada cifra del asunto que se debate, existe la suficiente trascendencia social que justifica el pronunciamiento de la Sala”³¹.

3º-Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o éste se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional.

Poner este artículo en relación con el 249.1 y 2 y a su vez con el 250.1 y 2 LEC, tiene como consecuencia que sólo serán recurribles por esta vía las sentencias recaídas tanto en juicio ordinario como en verbal en los casos mencionados, así como las recaídas en procesos especiales del Libro IV LEC u otros procedimientos especiales siendo necesario que el recurso presente interés casacional, para lo que se debe tener presente el punto tercero del artículo 477 LEC. Este es el heredero de la verdadera institución del recurso en el que prima la intención de unificar la interpretación de las normas que rigen la sociedad.

3.5. INTERÉS CASACIONAL.

Artículo 477.3.Párrafo 1º- Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

El interés casacional delimita el ámbito del recurso ya que el Tribunal sólo podrá pronunciarse si existe; este tercer punto se debe poner en relación con los art. 249.1 y 250 .1 y .2 LEC quedando

³⁰ STS (1ª) núm. 1163/2003 de 9 de diciembre de 2003, A. Villagómez Rodil [no está en Westlaw]

³¹ Memoria del 2010 “Tribunal Supremo del Reino de España”. Depósito Legal: M-32029-2011.Pág 232.

reservado a procesos cuya cuantía no exceda los 600.000 €, sea indeterminada o inestimable o se hayan tramitado por razón de la materia no para la tutela civil de derechos fundamentales. A través de esta vía tienen acceso a la casación las sentencias en procesos especiales del Libro IV LEC, las que según lo dispuesto en el Ley concursal tengan acceso y los autos dictados en procesos sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias resueltos bajo el Convenio de Bruselas de 27 de diciembre de 1968 y del Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988 (citados por estar vigentes en el momento de la reforma) o de normas de similar naturaleza cuando la facultad de recurrir es recogida en el instrumento legal en cuestión.

Se puede afirmar que el recurso en este punto consta de tres elementos: el objeto consistente en la unificación de la jurisprudencia, la causa que es la existencia de interés casacional y el motivo que es la infracción de la norma aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso.³²

El recurso por razón de interés casacional va encaminado a la fijación de la doctrina que se considera correcta en contra del criterio seguido en la sentencia recurrida frente a otras sentencias de la AAPP o en contra del criterio de la jurisprudencia o cuando no exista jurisprudencia sobre una norma que lleva menos de cinco años en vigor.³³ En el escrito de interposición se debe expresar con claridad la jurisprudencia que se solicita, se declare infringida o desconocida.

Respecto de la oposición o desconocimiento de la doctrina jurisprudencial, matiza el Tribunal Supremo que es necesario que se citen dos o más sentencias de la Sala 1ª (a no ser que se trate de sentencias dictadas por ese órgano fijando doctrina por razón de interés casacional, caso en el que basta una) y que se razone cómo se ha vulnerado, debiendo no existir una desviación más reciente respecto de dicha línea jurisprudencial. Esto tiene como consecuencia que no será posible el control casacional de una infracción legal si no se encuentra en dos sentencias del Tribunal Supremo que sirvan de sustrato al recurso, por lo que MONTERO separa el motivo en tres aspectos, la resolución recurrible, el motivo del recurso y el interés casacional³⁴. Sin embargo, en el acuerdo anteriormente mencionado, el TS se deja una puerta abierta aceptando la posibilidad excepcional de acceso a la casación si la recurrente demuestra la necesidad de modificar la jurisprudencia porque “haya evolucionado la realidad social o la opinión de la comunidad jurídica sobre una determinada materia” así por ejemplo se acepta a casación por este motivo dándole una interpretación más amplia a los requisitos de acceso la cuestión de la determinación de si segundas residencias pueden atribuirse en las medidas definitivas dictadas por el Juez en el proceso matrimonial³⁵,

Se debe entender doctrina jurisprudencial aquella que de modo reiterado es establecida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (no de lo Social, Contencioso-Administrativo o la de lo Penal) al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, y que es formada por dos sentencias que decidan casos iguales en la “ratio decidendi” (no en casos de obiter dicta) y que no hayan sido declaradas inconstitucionales por el tribunal correspondiente.

No existe una necesidad de que el caso sea exactamente el mismo o un hecho idéntico sino que basta con que la contradicción se produzca mediante la misma cuestión jurídica³⁶, salvo algunas

³² MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *El recurso de casación*, 2ª Edición, Valencia, Tirant lo Blanc, 2012 ISBN:978-84-9004-684-5, pág. 425.

³³ SALA 1ª DEL TRIBUNAL SUPREMO, *Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal* Madrid, 30 de diciembre 2011.

³⁴ MONTERO AROCA, J. y FLORS MATÍES, J., *El recurso de casación*, 2ª Edición, Valencia, Tirant lo Blanc, 2012 ISBN:978-84-9004-684-5, pág.438.

³⁵ STS(1ª) núm. 284/2012 de 9 mayo de 2012, E. Roca Trías [RJ 2012\5137].

³⁶ ATS (1ª) de 4 de octubre de 2005, J.A. Xiol Ríos [RJ 2005\8223]

excepciones. Asimismo la doctrina debe tener unidad y no puede ser una agrupación de sentencias con un mero criterio jurídico coincidente³⁷.

No es admisible el recurso cuando la oposición a la jurisprudencia carezca de consecuencias para la decisión del conflicto, cuando el criterio aplicable para la resolución del problema jurídico dependa de las circunstancias fácticas de cada caso, la aplicación de la jurisprudencia invocada sólo pueda llevar a una modificación del fallo recurrido mediante la omisión total o parcial de los hechos o cuando concurra cualquier otra circunstancia que implique la inexistencia de interés casacional.³⁸ Para estas reglas existen dos excepciones: basta citar una sola sentencia en el caso de que se haya proclamado una sentencia anteriormente con motivo del interés casacional y la segunda que se justifique la necesidad de cambiar la jurisprudencia por evolución de la realidad social (de carácter extraordinario).

Otro aspecto de necesaria mención es que no se puede sustentar el recurso en la infracción de la doctrina del Tribunal Constitucional ya que según el art 487.3 de la LEC el TS no puede efectuar declaración alguna sobre la oposición a la doctrina del TC.³⁹

Respecto de la jurisprudencia (consistente en al menos dos sentencias en un mismo sentido) contradictoria de las AAPP es necesario que los diferentes criterios sean mantenidos con igual nivel de trascendencia de forma que pueda calificarse como jurisprudencia operativa, se requiere invocar dos sentencias firmes de una sección de una AP que decidan en sentido contrario al seguido en otras dos sentencias firmes de otra misma sección que debe ser distinta pudiendo pertenecer a la misma AP o no. Una de las sentencias invocadas debe ser la recurrida y el problema jurídico resuelto debe ser el mismo debiendo la parte recurrente expresar el problema, indicar la contradicción, cómo se produce y exponer la identidad de razón con la sentencia invocada. Ya que se persigue la igualdad de la aplicación de las normas la desigualdad debe ser sustancial y no una insignificante diversidad interpretativa y la contradicción deberá resultar del contenido del pronunciamiento del fallo no de los manifestado en las argumentaciones.

Señala el Supremo Tribunal⁴⁰ que no se trata de la contradicción con otras sentencias sino que exista una posición reiterada en un sentido y otra en un sentido diferente que también debe ser reiterada, por lo tanto no es suficiente la mera contradicción ya que lo que se busca es la unidad de la aplicación e interpretación de la Ley.

Respecto de la falta de existencia de doctrina jurisprudencial aplicable a normas de menos de 5 años de vigor, hay que destacar que el “dies a quo” de la entrada en vigor y el final el día en que se dicta la sentencia recurrida planteándose problemas cuando no coincide la entrada en vigor y el nacimiento de los derechos establecidos en la misma o en el caso de que una Disposición Transitoria retrase la entrada en vigor de algunos de sus efectos.⁴¹

³⁷ STS (1ª) núm. 205/2007 de 19 de febrero de 2007, J. Almagro Nosete [RJ 2007\937]

³⁸ SALA 1ª DEL TRIBUNAL SUPREMO, *"Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal"* Madrid, 30 de diciembre 2011.

³⁹ ATS (1ª) de 28 de octubre de 2003, I Sierra Gil de la Cuesta [RJ 2004\1199]

⁴⁰ STS núm 547/2002 de 9 de junio de 2002, A. Romero Lorenzo [RJ 2003\5135]

⁴¹ STS (1ª) núm. 552/2004 de 15 de junio de 2004, A. Villagómez Rodil [RJ 2004\3842]

TABLA DE LA SITUACIÓN DE RECURSOS DE CASACIÓN CIVIL EN EL TRIBUNAL SUPREMO:

Recursos de casación en el Tribunal Supremo ⁴²				
PROCEDIMIENTOS y SITUACION.				
Año	Pendientes al inicio	Ingresados	Resueltos	Pendientes al finalizar
1999	9266	4184	2532	10914
2000	10914	4484	2875	12523
2001	12523	3761	2558	13726
2002	13726	3109	3468	13367
2003	13367	2935	2696	13606
2004	13606	2880	2995	13491
2005	13491	2649	4027	12113
2006	12113	2311	4143	10281
2007	10281	2301	5578	7004
2008	7004	2275	5504	5803
2009	5803	2186	4159	3830
2010	3830	2236	3205	2861
2011	2861	2603	2783	2681

4.RECURSO DE CASACIÓN EN DERECHO ALEMÁN “ DIE REVISION”.

4.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA

A diferencia de la casación francesa, en Alemania el Tribunal Supremo entendido como órgano judicial unificador de la jurisprudencia, no se pretendió impedir al juez el ataque voluntario de la Ley escrita sino que se entendió como medio de unificar la interpretación de la norma jurídica. Tras la absorción de la casación al sistema prusiano de 1864 en forma de querrela de nulidad (Nichtigkeitsbeschwerde) en la que no se distinguía entre errores de fondo y formales, se transforma en la reforma de la primera Zivilprozessordnung (en adelante ZPO) en la “Revisión”, equivalente a la apelación, que tenía un campo de aplicación más vasto ya que también era admitida por errónea decisión jurídica de la relación sustancial concreta, no se exigía como obligatoria la especificación de las normas singulares de ley que se pretendían violadas ya que el examen del Juez debía extenderse a toda la revisión jurídica, por encima de esta figura se adoptó la figura de “*Oberrevision*”⁴³ que era llevada a cabo por el Tribunal Supremo y que debía

⁴² Datos de la página web del Consejo General del Poder Judicial, www.poderjudicial.es. Tabla de creación propia.

⁴³ Sobre revisión o supra revisión. Traducción propia.

garantizar la uniforme interpretación del derecho⁴⁴. La *Revision* como medio de gravamen contra las sentencias de apelación va unida al principio de las tres instancias pero también a la noción de un “especial interés público” (el mantenimiento de la unidad del Derecho objetivo por medio de una interpretación uniforme del mismo); es un remedio puesto a disposición de la parte sólo en cuanto pueda simultáneamente satisfacer el interés del Estado por una jurisprudencia uniforme⁴⁵; se concibe por tanto dicho interés particular como vehículo del interés general y en consecuencia el juzgador solamente entrará a valorar hasta donde llegue dicho interés general pudiendo beneficiar colateral e involuntariamente a la parte (esta última afirmación ha sido matizada por el Tribunal Constitucional recientemente).

4.2 ULTIMA REFORMA DEL 2002 Y SITUACIÓN ACTUAL.

Para abordar este tema debemos primeramente señalar que se distingue entre recursos (*Rechtsmittel*) caracterizados por sus efectos suspensivos y devolutivos; y remedios (*Rechtsbehelfe*) que carecen de uno de esos efectos, aunque constituyen ambos medios de impugnación. Se configura en esta reforma la casación (*Revision*) como un recurso procedente contra las sentencias definitivas (o algunas equiparadas en los art. 280 y 304 ZPO⁴⁶), de los tribunales de alzada (en el que se sustituye la anterior revisión según el montante por la revisión por admisión), decisión que es tomada por el tribunal que pronuncia la sentencia a ser impugnada y será admitido siempre que tenga interés casacional (definido como “cuando la causa tenga un significado fundamental entendido como aclarante de una cuestión jurídica de trascendencia para una indeterminada cantidad de casos futuros o colabore con el desarrollo, perfeccionamiento o unificación del derecho, de fondo o de forma y la jurisprudencia”)⁴⁷. Según el art. 543 ZPO la decisión del tribunal de alzada vincula al de *Revision*.

En esta reforma de 2002 se ha eliminado la cuantía como motivo de inadmisión del recurso quitándole “un bochornoso aroma capitalista”⁴⁸; la duda es si el *Bundesgerichtshof* (Tribunal supremo alemán, en adelante BGH) podrá asumir todo el trabajo que se incrementa gracias a esta apertura a la admisión del recurso. El legislador, escéptico ha optado por mantener el motivo de la cuantía como requisito de admisión en el recurso de queja por inadmisión del recurso de casación. (Art. 544 ZPO)

Al eliminar el monto como motivo de admisión del recurso se crea un sistema de dos canales de acceso al recurso, uno por la admisión del tribunal de alzada, otro por la admisión del Tribunal Supremo (*Bundesgerichtshof* en adelante BGH) en respuesta a un recurso de queja basado en una *Revision* denegada por el tribunal de alzada e interpuesto por la(s) parte(s). Aparte de la posible *Revision* por adhesión del recurrido y una nueva regulación de la denominada *Revision per Saltum*, que procede contra sentencia definitiva pronunciada en primera instancia a la cual no sea admisible la apelación, sólo si la contraparte consiente el salto de instancia y el tribunal de casación lo admite; también sólo será admitida si presenta un “significado fundamental” o sea necesaria una decisión para el perfeccionamiento del derecho o unificación de la doctrina, no puede fundarse en un vicio del procedimiento.

⁴⁴ CALAMANDREI, P., *La cassazione civile vol.I*, 1920, núm.212, con traducción al castellano de Sentis Melendo, Buenos Aires, 1945

⁴⁵ JAUERNIG, O. y HESS, B., *Zivilprozessrecht*, 30 Auflage, München, C.H. Beck, 2011, ISBN 978-3 406606809, pág. 298

⁴⁶ El Art. 280 y el 304 disponen que las sentencias incidentales son consideradas como definitivas a efectos de recursos,.

⁴⁷ PEREZ RAGONE, A.J., ORTIZ PRADILLO, J.C., *Código procesal civil alemán (ZPO), Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán*, 2006, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., ISBN 9974-7942-4-2, pág 128.

⁴⁸ Vgl. o. Art. 73 Rn. 20 zur Sicherung der Rechtseinheit und Fortbildung des Rechts.

Los motivos de admisión del recurso, recogidos en el art. 443.1 ZPO, están basados en que la cuestión de derecho tenga un significado fundamental (definido por el BGH como aquella cuestión de necesario aclaramiento que pueda plantearse en multitud de casos, lo que incluye tanto todo tipo de materias que creen patrones jurisprudenciales a seguir por otros tribunales, como materias nuevas o “dinámicas” de derecho que necesiten ser aclaradas⁴⁹); en segundo lugar al desarrollo o perfeccionamiento del derecho que justifica la existencia de “significado fundamental”, así el caso particular debe servir para la creación de jurisprudencia tanto a nivel material como procesal, así como evitar o rellenar posibles vacíos legales. El tercer motivo es la unificación de la jurisprudencia y exige que la vulneración del derecho haya sido de tal calibre que sean previsibles posteriores sentencias en el mismo sentido tanto del mismo como de otros tribunales por lo que se considera necesario una sentencia aclaratoria del BGH, en este sentido se afirma que no basta la simple divergencia como motivo de admisión⁵⁰.

Dándose estos requisitos a tenor del art. 543.2 ZPO la casación debe admitirse cuando concurren, con la primera expresión “significado fundamental” se pretende abrir el campo de la “revisión” también podrá intervenir el Tribunal en casos de grave error decisivo en litigios particulares. Se considera un desafortunado resultado para la cultura y práctica del derecho, que una interpretación demasiado estricta del concepto “interés general” tuviera como consecuencia la inobservancia del control individual de errores y que se produjera una retirada de la instancia de revisión en el ámbito del adecuado control individual de los casos; así se considera que lo fundamental del recurso es la evolución del derecho que se solidifica en el Estado de Derecho materializándose en una tutela judicial efectiva y real en cada caso concreto⁵¹.

La casación se configura con tres características esenciales: se entra sólo a revisar la aplicación del derecho y no se entran a valorar los hechos (Art.559 ZPO, por lo que no se podrán aportar pruebas nuevas, nuevas peticiones), sólo se revisara la vulneración de determinadas normas legales no de todas, y como tercera, que no es revisable de oficio cualquier vulneración de estas normas. En este punto es importante aclarar que la norma legal (leyes, costumbre y reglamentos) debe ser vulnerada y ser revisable (susceptible de ser revisada), esto significa que debe ser derecho Estatal, pero también de los Länder (federal), de la UE y de otros países. Queda por contestar la pregunta de cuándo se considera vulnerada una norma de derecho, lo que recoge el art. 546 ZPO formulando qué cuando no se ha aplicado o se aplicó incorrectamente⁵²; esta vulneración del derecho debe ser la base causal de la sentencia que se pretende recurrir.

El art. 545 ZPO afirma que la revisión solamente puede basarse en que la resolución ha violado el derecho federal (cuando una norma jurídica es aplicada incorrectamente: art. 446) o prescripciones cuyo ámbito de validez se extiende a la jurisdicción de un tribunal superior del Estado⁵³.

4.3 LA REVISION O CASACIÓN COMO TERCERA INSTANCIA.

Se considera la casación como una especie de tercera instancia a la que tiene derecho el particular en algunos casos; se entiende que existen los tres motivos anteriormente citados, de los que el tercero (interés de la ley con el fin de asegurar la unidad de la doctrina) ha obtenido mayor

⁴⁹ BGHZ 151,221

⁵⁰ BGHZ154, 292

⁵¹ ZÖLLER, R., *Zivilprozessordnung*, edición 25, Köln, Dr. Otto Schmidt KG, 2006, ISBN 3-504-47014-3, Comentario al art. 543 ZPO, pág. 1322, (traducción propia).

⁵² JAUERNIG, O., HESS, B., *Zivilprozessrecht*, 30 Auflage, München, C.H. Beck, 2011, ISBN 978 3 406606809, pág.305.

⁵³ Traducción propia del 545 ZPO.

relevancia en la praxis ya que abarca no sólo resoluciones verdaderamente discrepantes sino también decisiones contrarias a la jurisprudencia, la violación de principios procesales o incluso un "error sintomático" en un caso particular que implicase la posibilidad de repetición del error por otros tribunales. Existe un cierto grado de incertidumbre sobre si se admitirá o no el recurso de última instancia en una causa particular, pero en 2007 el Tribunal Supremo falló que debía admitirse como recurso heterogéneo si se planteaba contra la inadmisión del órgano *a quo* en el caso de que la parte recurrente alegase con claridad circunstancias de las que pudiese inferirse que en la sentencia recurrida se había incurrido en violación de las normas procesales ("absoluter Revisionsgrund"), se piensa que es necesario para mantener la confianza del público en un sistema judicial eficiente

5. COMPARACIÓN Y CONCLUSIONES

En ambos casos ha habido una reforma para descongestionar la carga del respectivo Tribunal Supremo, con el fin de garantizar y posibilitar la creación de una jurisprudencia uniforme que sirva de referente a los demás tribunales del País y al mismo tiempo que se pretende garantizar la seguridad jurídica poner un tope o crear una especie de "embudo" para que el Tribunal no se vea colapsado por todas las posibles pretensiones de particulares. Así en Alemania se considera la casación como una tercera instancia, mientras que en el sistema español esta es totalmente descartada; aún así en la práctica en los casos del art. 477. 1 y 2 LEC funciona como tal y por lo tanto es utilizada en la realidad por los abogados como una tercera instancia, ya que por infracción de derechos fundamentales y si la cuantía excede de 600.000 € se tiene acceso directo a la casación.

El problema respecto de la descongestión es que al pretenderse una línea clara de jurisprudencia que debe ser de lo más coherente en aras de la seguridad jurídica, no se puede solventar el problema utilizando más gente ya que aportarían más opiniones e interpretaciones, lo que a su vez desvirtuaría la esencia de su función y la claridad directiva de sus decisiones. Por lo tanto debe restringirse el acceso a la casación por un lado y por el otro garantizar la seguridad jurídica necesaria en un Estado de Derecho a los ciudadanos. Estos dos conceptos son básicamente contradictorios, polos opuestos entre los que el legislador de cada país ha debido encontrar una posición intermedia con mayor o menor suerte. Justo en esta postura intermedia es donde a mi parecer se encuentran un par de debilidades en el sistema español.

Respecto a la diferenciación entre cuestiones procesales y materiales y posteriormente su separación en dos recursos veo un problema ya que la línea divisoria entre las dos no está siempre claramente definida por lo que una actitud restrictiva de la admisión por formalismos puede entrar en conflicto con la función de rellenar lagunas en derecho o cuestiones, que, para el buen funcionamiento de la justicia, deberían ser analizadas y resueltas por el Tribunal Supremo por el bien de la sociedad. En este punto parece que el sentido común debería mandar que, si las funciones del Tribunal son la monofilaxis y la creación de jurisprudencia para el bien de una sociedad concreta, el hecho de que no pueda entrar a valorar según que asuntos por razones de procedimiento dañando o impidiendo la evolución y por tanto perjudicando a dicha sociedad, no fuera posible, lo que puede suceder en la elección entre los dos recursos.

A diferencia del recurso de casación alemán, en España no se ha configurado esta institución como una tercera instancia aunque a pesar de ello si la sentencia es casada, es el mismo tribunal el que decide ejerciendo como tribunal de instancia. Cabe por tanto la reflexión de que en casos en los que no se accede por la vía del interés casacional (cuantía o vulneración de ciertos derechos fundamentales) en la práctica sí se convierte en una tercera instancia, influenciando especialmente las estrategias elegidas por las partes durante todas las instancias.

Respecto de la cuantía señalar que a pesar de que el derecho a recurrir es de configuración legal no fundamental, es posible que se vulnere el derecho a la igualdad al permitir el acceso a

casación por dicha cuantía. El TS lo justifica por la importancia o repercusión social que tiene la cantidad, pero a mi juicio no tiene demasiado sentido permitir una tercera instancia a litigios que posiblemente no tengan ningún tipo de interés casacional justificados solamente en la cuantía ya que esa no es la función de la casación, ni la del TS que ya suficiente trabajo tiene con regular la jurisprudencia y cumplir con sus obligaciones de liderazgo frente al resto de tribunales del país.

Lo mismo sucede con el motivo del 477.1 (defensa de derechos fundamentales), en la jurisdicción Civil básicamente sólo juzgarán casos relacionados con el derecho al honor y a la intimidad, se produce así para empezar un posible doble enjuiciamiento por parte del TS y del TC que en caso de no coincidir da una pobre imagen de las más altas esferas jurídicas ya que en un principio deberían ser coherentes las directrices que rigen este y cualquier otro sistema que ordena socialmente a los seres humanos. Visto desde afuera parece bastante lamentable que el TS de un país, con toda la importancia social y consecuencias que tienen sus fallos, tenga que entretenerse con asuntos de la prensa de intimidades de personajes pseudopúblicos que no tienen ningún tipo de interés para el perfeccionamiento del derecho, que se pueden resolver sin problemas en dos instancias como el resto de casos y se les obligue perder el tiempo a los altos magistrados en este tipo de menesteres. Quizás parece que el TC bastaría para encargarse de estos problemas, si es que este tipo de asuntos debieran llegar tan alto, y que el TS se encargara de sus originarias funciones.

Así las cosas, entiendo que las restricciones en forma de formalismos en la reforma del 2000 eran necesarias para poco a poco ir rebajando la cantidad de asuntos pendientes del Tribunal como se deriva de la tabla expuesta, pero que ahora que está estabilizado debería poder entrar de oficio en cualquier tema de su competencia independientemente del cauce por el que haya llegado al TS. Si existe una necesidad de rellenar algún vacío legal o cuestión de derecho que impulse un mejor funcionamiento de la justicia o un cambio social que sirva de fundamento para nuevas interpretaciones de la Ley para el bien de la sociedad debería poder hacerse, sin barreras formales que entorpezcan un sano desarrollo del Derecho. Quisiera mencionar la loable labor del TS en cuanto a la reducción de casos en los últimos años a pesar de la bochornosa situación en la que se encuentra el recurso de casación debido a la incompetencia de la clase política (independientemente del partido gobernante) que no sólo imposibilita una reforma aprobada durante más de 11 años sino que tampoco parece tener ningún interés en un debate futuro sobre esta situación dañando así a la sociedad que supuestamente representa con fines de estrategia política totalmente contraria a cualquier reflexión dirigida desde el sentido común y la sana reflexión sobre la utilidad de las decisiones.

Parece razonable pues reflexionar sobre la conveniencia de introducir como en el sistema alemán un único motivo: el interés casacional, que permita al TS entrar en todas aquellas cuestiones de importancia fundamental para la evolución de la jurisprudencia y un mejor función de la Justicia que en principio debería estar al servicio de una sociedad en la que la Ley es reflejo de la voluntad de la mayoría.

Por el mismo motivo también considero conveniente para un sistema jurídico la “Casación per saltum” ya que a la hora de enjuiciar asuntos en los que se sabe desde el principio que no existe unificación de la doctrina, existe el deber de evitar la inseguridad jurídica que causa la posible volatilidad de una decisión judicial en función del tribunal que juzga, por lo que parece razonable que, en el caso de que sea previsible la existencia de cuestiones no reguladas o lagunas legales que se solucionan de varias maneras, acudir directamente a TS para que los solucione definitivamente, sin necesidad de perder el tiempo si de todas maneras el litigio acabará allí por causas de interés casacional.

Bastian Frank Pohle.

CARACTERES: 51.245