

Alcance y valor de la jurisprudencia en el Derecho privado español

Scope and value of case law in Spanish Private Law

M^a Ángeles Parra Lucán

Catedrática de Derecho civil; Universidad de Zaragoza

Diciembre de 2016

RESUMEN: Este trabajo analiza el valor de la jurisprudencia en el Derecho privado español así como la relación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo con las decisiones de otros órganos (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y Tribunal Constitucional).

PALABRAS CLAVE: Jurisprudencia; recurso de casación; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Tribunal Europeo de Derechos Humanos

ABSTRACT: This piece of work analyzes the value of case law in Spanish Private Law as well as the interaction of the Supreme Court's case law with the decisions of other courts (European Court of Justice, European Court of Human Rights, High Courts of Autonomous Communities and the Constitutional Court).

KEY WORDS: Case law; appeal, European Court of Justice; European Court of Human Rights

SUMARIO*:

1. El alcance de las sentencias del Tribunal Supremo que resuelven recursos de casación
 2. La finalidad de la casación en relación con la jurisprudencia
 3. Criterios de selección de asuntos en la casación civil
 - 3.1. Introducción
 - 3.2. Regulación legal y realidad práctica: motivo único pero interés casacional
 4. Motivo del recurso de casación. La infracción de normas aplicables. Las cuestiones de hecho están excluidas de la casación: casos conflictivos
 5. Estabilidad de la jurisprudencia: la necesidad de doctrina reiterada, las excepciones y los cambios jurisprudenciales
 - 5.1. Doctrina reiterada y sus excepciones
 - 5.2. Un apunte sobre los cambios jurisprudenciales
 6. En especial, los casos del Pleno
 - 6.1. Las sentencias del Pleno y la jurisprudencia
 - 6.2. Pleno y voto particular
 7. Una referencia a la relación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo con las decisiones de otros órganos
 - 7.1. Introducción
 - 7.2. “Derecho europeo” en sentido amplio
 - 7.2.1. Casación y Tribunal de Justicia de la Unión Europea
 - 7.2.2. Casación, Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y Tribunal Europeo de Derechos Humanos
 - 7.3. Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas
 - 7.4. Casación, Constitución y Tribunal Constitucional
- Bibliografía citada
- Resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo español consultadas

* Versión escrita de la ponencia expuesta en el Congreso Internacional “Las transformaciones del proceso civil” (J. F. Herrero director), celebrado en la Universidad de Zaragoza los días 20 y 21 de octubre de 2016. Trabajo realizado en el marco de las actividades del Proyecto de investigación DER2014-52252-P (Ministerio de Economía y Competitividad) y del Grupo de investigación consolidado AUDEPRIV S110 (Gobierno de Aragón y Unión Europea-Fondo Social Europeo).

1. El alcance de las sentencias del Tribunal Supremo que resuelven recursos de casación

Con arreglo al sistema de fuentes diseñado por la Constitución española de 1978 y por el artículo 1 del Código civil¹, la jurisprudencia no es fuente del Derecho. Sin embargo, y sin entrar por el momento en que el Tribunal Supremo puede anular una sentencia que sea contraria a su jurisprudencia, la simple lectura de las sentencias del Tribunal Supremo que resuelven recursos de casación induce a pensar que los magistrados que las dictan consideran que están formulando verdaderos elementos de nuestro Derecho positivo.

En algunas sentencias, a la interpretación que de una norma jurídica mantiene el propio tribunal se la califica como "norma jurisprudencial"² y, de manera más habitual, sin llegar a esa exageración en el lenguaje, desde hace algunos años, muchas sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo que resuelven recursos de casación vienen afirmando, antes de señalar cuál es su interpretación de la norma infringida que, "se declara", "se fija", "se sienta como doctrina"...³

Hay en estas afirmaciones una pretensión de dar fijeza, estabilidad a la interpretación que se propone, pero con más fuerza de la que derivaría de la propia autoridad de sus razonamientos, que es el valor que debe corresponder en nuestro sistema a las sentencias del Tribunal Supremo. En definitiva, el Tribunal pretende atribuir a su interpretación un valor de futuro, como si se tratara de una norma. Como si la jurisprudencia fuera vinculante. Lo que, sin embargo, no solo es contrario a la función que le asigna nuestro ordenamiento, sino que tampoco es coherente con el modo de producción de las sentencias dictadas en los recursos de casación civil, dirigidos a valorar la corrección de la aplicación o inaplicación de una norma y su interpretación en la resolución de un caso concreto. Por mucho que el Tribunal Supremo pretenda formular con abstracción su interpretación de la norma, la misma no puede desvincularse de la situación fáctica concreta en la que esa interpretación se ha mantenido.

¹ Que es la norma por la que el legislador estatal desarrolla su competencia en materia de fuentes, conforme al art. 149.1.8ª de la Constitución.

² La búsqueda en la página del Cendoj muestra los siguientes resultados de sentencias en las que se utiliza la expresión de "norma jurisprudencial" para referirse a la doctrina jurisprudencial: STS 16.1.2013 (Roj: STS1152/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1152), STS 18.3.2010 (Roj: STS 1133/2010 - ECLI:ES:TS:2010:1133), voto particular de la STS 11.1.2007 (Roj: STS 822/2007 - ECLI:ES:TS:2007:822), STS 23.1.2004 (Roj: STS 280/2004 - ECLI:ES:TS:2004:28), STS 28.6.1996 (Roj: STS 3966/1996 - ECLI:ES:TS:1996:3966), STS 8.2.1989 (STS 782/1989 - ECLI:ES:TS:1989:782); en el resumen de los motivos del recurso de la STS 25.7.2002 (Roj: STS 5696/2002 - ECLI:ES:TS:2002:5696) y de la STS 24.6.2002 (STS Roj: STS 4642/2002 - ECLI:ES:TS:2002:4642), STS 1.12.1989 (STS 6959/1989 - ECLI:ES:TS:1989:6959), STS 7.4.1989 (Roj: STS 2385/1989 - ECLI:ES:TS:1989:2385), STS 20.2.1989 (Roj: STS 1199/1989 - ECLI:ES:TS:1989:1199), STS 10.2.1989 (Roj: STS 823/1988 - ECLI:ES:TS:1988:823), STS 10.6.1987 (Roj: STS 4058/1987 - ECLI:ES:TS:1987:4058).

³ Aun cuando se pueden encontrar muchas otras, a modo de ejemplo basta con citar alguna. Así, el fallo de la STS 15.6.2016 (ROJ: STS 2886/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2886) dice que "se declara como doctrina jurisprudencial que el art. 63.2 de la Ley de Haciendas Locales se ha de interpretar de forma que, en caso de ausencia de pacto en contrario, el vendedor que abone el IBI podrá repercutirlo sobre el comprador, en proporción al tiempo en que cada una de las partes haya ostentado la titularidad dominical y por el tiempo que lo sea; en la STS 15.6.2016 puede leerse que "esta Sala concluye, por tanto, y fija como doctrina que las personas jurídicas de Derecho público no son titulares del derecho al honor garantizado por el art. 18.1 de la Constitución".

El Tribunal Supremo se está permitiendo generalizar para las sentencias que dicta al resolver los recursos de casación algo que en la Ley solo está previsto para las sentencias del llamado "recurso" en interés de ley⁴, cuya única finalidad es la de unificar la doctrina jurisprudencial sobre las cuestiones legales discutidas, sin afectar a las situaciones jurídicas particulares resueltas por la sentencia contra la que se interpone. En la actualidad este recurso, del que se ha dicho que es un fósil procesal y que carece de utilidad, porque los únicos motores del recurso de casación son los ciudadanos interesados en hacer valer sus derechos⁵, a diferencia de su precedente en la LEC 1881, solo procede para unificar los criterios discrepantes sobre la interpretación de las normas y garantías procesales⁶.

Este formato de las sentencias de casación podría apoyarse en una interpretación de lo dispuesto en el art. 487.3 LEC, que prevé que, cuando el recurso de casación sea de los previstos en el número 3 del apartado 2 del artículo 477, si la sentencia considerara fundado el recurso, casará la resolución impugnada y resolverá sobre el caso, "declarando lo que corresponda" según los términos en que se hubiere producido la oposición a la doctrina jurisprudencial o la contradicción o divergencia de jurisprudencia. Pero el legislador, que pudo establecer en el art. 487 para la sentencia dictada en el recurso de casación la misma regla que introdujo para el "recurso" en interés de ley en el art. 493 (la sentencia estimatoria "fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial" y se publicará en el "Boletín Oficial del Estado"), no lo hizo⁷. Por otra parte, a pesar de las similitudes que se han puesto de relieve entre el criterio del "interés casacional" introducido para el recurso de casación en la LEC y la regulación de los recursos de casación para unificación de doctrina en los procesos administrativo y laboral, la opción de introducir un recurso para la unificación de doctrina en el ámbito civil no pasó del borrador y del AT LEC al proyecto de LEC, y se optó por el concepto nuevo de "interés casacional"⁸; por lo demás, por el momento no han prosperado los intentos de introducir la vinculación de las sentencias de la jurisprudencia previstos en el proyecto de LOPJ de 2006⁹ y en el Anteproyecto de LOPJ de 2014¹⁰.

⁴ Art. 493. Sentencia. La sentencia que se dicte en los *recursos en interés de la ley* respetará, en todo caso, las situaciones jurídicas particulares derivadas de las sentencias alegadas y, cuando fuere estimatoria, *fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial*. En este caso, se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" y, a partir de su inserción en él, *complementará* el ordenamiento jurídico, *vinculando* en tal concepto a todos los Jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo.

⁵ J. L. VÁZQUEZ SOTELLO, "Ineficacia de la casación bajo el peso de la dogmática", en *El recurso de casación civil*, J. Bonet, dir., en Aranzadi, 2010, p. 237.

⁶ Artículo 490. Resoluciones recurribles en interés de la ley. 1. 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.

⁷ En este sentido, R. BERCOVITZ, "La jurisprudencia y el principio de seguridad jurídica", en RDP 5, 2014, pp. 98-101.

⁸ M. ORTELLS RAMOS, "La casación en España", en *El recurso de casación civil*, J. Bonet, dir., en Aranzadi, 2010, pp. 46 y 58.

En el ámbito contencioso administrativo, la reforma del recurso de casación acometida por la disp. adicional de la LO 7/2015 suprime los recursos en interés de ley y para unificación de doctrina (arts. 96 a 101 LJCA), lo que se explica porque el nuevo recurso de casación integra los elementos fundamentales de estos otros dos (B. LOZANO CUTANDA, "La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo por la Ley Orgánica 7/2015: análisis de sus novedades", en <http://diariolaley.laley.es/Content/Inicio.aspx>, consulta el 14.9.2016).

⁹ M. ORTELLS RAMOS, "La casación en España", cit., p. 79.

¹⁰ Aprobado por el Gobierno el 4.4.2014, y accesible en la página del Ministerio de Justicia (mjusticiaa.gob.es, consulta el 14.9.2016). En su art. 32 se preveía: "Doctrina jurisprudencial vinculante del Tribunal Supremo.

1. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo a la que se atribuya el carácter de doctrina jurisprudencial vinculante será de obligada aplicación para todos los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Es verdad que el Tribunal "Supremo" se encuentra en la cúspide de la organización judicial. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 123 de la Constitución¹¹. Pero esta superioridad o supremacía no puede restar valor a lo dispuesto en el artículo 117.1 de la Constitución¹².

Una posible explicación de estas afirmaciones rotundas del Tribunal Supremo sobre la fijación de doctrina en sus sentencias podría ser la de encontrarnos ante una reacción a la crítica que se ha venido haciendo desde hace tiempo por la dificultad de identificar qué afirmaciones de las contenidas en las sentencias del Tribunal de casación pueden ser calificadas de jurisprudencia, de doctrina jurisprudencial¹³.

La afirmación expresa de que la doctrina jurisprudencial "se sienta", "se fija", debe ir acompañada de una mejora en la redacción de las sentencias del Tribunal Supremo, en ocasiones prolijas, cargadas de exposición de argumentos y de citas de sus propias sentencias, con la intención de justificar y apoyar la doctrina que se pretende establecer o confirmar, según los casos. Pero las sentencias no deben ser exposiciones doctrinales, impropias del género literario de una resolución judicial. Para contestar a la crítica de la dificultad de identificar la doctrina jurisprudencial es preferible aligerar las sentencias –no la motivación de los argumentos– y explicar de manera breve las razones por las que en el

Los poderes públicos están obligados a observar la doctrina jurisprudencial vinculante en sus actuaciones. Cuando un interesado invocare una doctrina jurisprudencial vinculante ante los poderes públicos, estos podrán rechazar motivadamente su aplicabilidad al caso concreto, justificando expresamente las razones de su decisión.

2. El Pleno de cada una de las Salas del Tribunal Supremo se reunirá trimestralmente para decidir cuales de los Fundamentos de Derecho de las resoluciones que hubiera dictado en ese periodo pudieren pasar a formar parte de la doctrina jurisprudencial vinculante.

El contenido exacto de la misma se expresará citando entrecomilladamente la parte del Fundamento Jurídico de la sentencia que constituya la doctrina jurisprudencial.

Si la cita literal del apartado concreto del Fundamento Jurídico de que se trate no fuera suficientemente expresiva del sentido de la doctrina a juicio de la Sala, esta formulará su contenido exacto.

Si la Sala estuviese conformada por secciones, el Presidente de Sala del Tribunal Supremo y los Presidentes de las Secciones que integren la misma comprobarán que, entre las propuestas aportadas por cada Sección, no existen contradicciones, antes de someterlas al Pleno de la Sala.

El Pleno de cada una de las Salas declarará mediante acuerdo la doctrina jurisprudencial vinculante, tras oír a la Administración o Administraciones públicas que hubieran sido parte en el procedimiento, exclusivamente a los efectos de atribución de carácter vinculante a dicha doctrina.

También revestirá carácter vinculante la doctrina del Tribunal Supremo emanada como consecuencia de una cuestión jurisprudencial previa, de conformidad con lo previsto en el artículo 38.

Para la adopción del acuerdo se exigirá una mayoría de al menos tres cuartas partes del número total de jueces que integran legalmente el Pleno de la Sala.

El acuerdo adoptado será remitido de inmediato por el Presidente de Sala al Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial a efectos de su inmediata publicación en el "Boletín Oficial del Estado" y su difusión entre la carrera judicial, produciendo efectos desde su inserción en aquél.

3. La doctrina jurisprudencial vinculante perderá tal carácter cuando el Pleno o la Sección que propuso tal doctrina modifique su criterio motivadamente y así se declare por el Pleno de acuerdo con el procedimiento establecido este artículo".

Vid. las duras críticas a esta pretensión de atribuir funciones propias del legislador a la jurisprudencia en el Informe al anteproyecto aprobado por el Pleno del CGPJ en fecha 27.6.2014 (pp. 57 ss.), accesible en www.poderjudicial.es/cgpj (consulta el 14.9.2016).

¹¹ Según el cual: "1. El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales".

¹² Conforme al cual: "La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley". En ningún caso, por tanto, los tribunales inferiores –juzgados, Audiencias Provinciales– están vinculados a la doctrina del Tribunal Supremo.

¹³ En cierto sentido, mantienen plena vigencia entre nosotros las palabras de Díez-Picazo escritas hace casi cincuenta años, en el prólogo a la primera edición de sus *Estudios sobre la jurisprudencia*, donde denunciaba la dificultad para identificar la jurisprudencia en una sentencia del Tribunal Supremo. Ello obedece al estilo literario de las sentencias. La exigencia de una lectura que facilite a los profesionales avezados la inteligencia de lo que se lee requiere, en primer lugar, que los magistrados cuiden el estilo literario y su pulcritud pero, sobre todo, una racionalización de la sentencia, abreviándola (L. Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, 2ª edición, Madrid, Editorial Tecnos, 1973, vol. I, prólogo a la primera edición, pp. 9 y 10).

caso existe, o no, infracción de norma, que es legalmente el único motivo del recurso de casación.

En ocasiones, sin embargo, los razonamientos de las sentencias se centran en si la sentencia recurrida en casación infringe o no la doctrina jurisprudencial, o en si no existe tal doctrina sobre el concreto problema jurídico planteado y, por tanto, es menester establecerla. Al ofrecer de manera desatada la doctrina que se sienta, si se hace con demasiada generalidad y abstracción, puede discutirse o replantearse si tal doctrina es aplicable a otros casos no idénticos, y en los que quizás las soluciones no resulten apropiadas¹⁴.

Hasta el punto de que, en ocasiones, el Tribunal Supremo, después de fijar determinada doctrina, se ve avocado en sentencias posteriores a interpretar y fijar el ámbito de su propia doctrina. No ya de la norma jurídica, que debería ser el objeto de interpretación por el Tribunal, sino a delimitar el alcance de la doctrina jurisprudencial sentada con anterioridad por el propio Tribunal¹⁵. Otras veces, realizada una afirmación con generalidad, se suscitan problemas ante casos no idénticos así como la necesidad de "matizar o precisar" la doctrina, con la explicación de que la primera que se sentó respondía a unas circunstancias fácticas concretas y era respuesta a unas afirmaciones de la sentencia impugnada que no concurren en el nuevo pleito que hay que resolver, por mucho que el asunto jurídico sea sustancialmente el mismo¹⁶. No debe olvidarse que la sentencia que resuelve un recurso de

¹⁴ Señalaré a modo de ejemplo, un caso. En la STS 11.9.2013 (Roj: STS 5269/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5269) se afirma que: "debe concluirse, como fijación de la doctrina jurisprudencial aplicable a la cuestión debatida, que el denominado derecho de transmisión previsto en el art. 1006 del Código Civil no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del *ius delationis* en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero transmisor. Inmediatamente después de su publicación, se ha puesto de relieve que tal afirmación tan rotunda tiene sentido para el caso para el que se formula (partición de la herencia del primer causante por un contador partidor judicial), pero presenta graves inconvenientes en otros supuestos que pueden plantearse (derechos del cónyuge viudo del transmitente, herederos del heredero que no habían nacido en el momento del fallecimiento del causante, acreedores del transmitente, etc.). Vid sobre todos estos supuestos J. M. GARCÍA COLLANTES, "Asuntos pendientes en la transmisión: el cónyuge viudo del transmitente y otros supuestos", en RCDI año XCII 753, pp. 75-124.

¹⁵ Es muy significativo el caso de la exigencia de forma (escritura pública) para la donación de inmuebles, requisito constitutivo de la donación, aplicable también según el Tribunal Supremo a la donación disimulada encubierta bajo la forma de compraventa. La STS, Pleno, 11.1.2007, en una situación de jurisprudencia contradictoria, afirma: "Esta Sala considera que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría. Aunque se probase que hubo 'animus donandi' del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación. La STS, también del Pleno, 4.5.2009, reitera que la doctrina "actual" de la Sala es la de la STS 11.1.2007, con cita de otras que la siguen. Y, más adelante, la STS 16.1.2013, Pleno, reitera esa doctrina y declara que es aplicable también en los casos de donación remuneratoria y en los casos en que los terceros que impugnan conocían la existencia de la donación, pero añade, para el futuro que: "Una vez señalado lo anterior, también conviene puntualizar la delimitación o alcance de la doctrina jurisprudencial expuesta. En este sentido, su alcance se proyecta, mientras no resulte modificado, sobre todos aquellos casos que resulten iguales o similares a los que dieron lugar a esta jurisprudencia, entre otras, Sentencia de 2 noviembre 2011 nº (43, 2009), esto es, respecto de aquellas causas de pedir cuya identidad refiera como hecho esencial la validez inter vivos de la donación de bien inmueble disimulada en escritura pública de compraventa, o negocio resultante. Con ello se quiere señalar que la referida interpretación de la nulidad *derivada puede resultar no determinante en aquellos supuestos en donde la causa donandi, como causa digna de tutela, venga integrada en otros hechos esenciales que diferencian la causa de pedir hacia otros ámbitos de aplicación del Derecho, particularmente del Derecho de sucesiones*". En definitiva, como digo a continuación en el texto, no puede prescindirse de los hechos a los que se vincula el pronunciamiento del Tribunal. Tampoco cuando declara sentar doctrina.

¹⁶ Ante una jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, la STS 4.11.2013 (Roj: STS 5185/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5185) declaró expresamente que: "La competencia para suspender el derecho que a los padres corresponde de visitar y relacionarse con un menor acogido es *exclusiva competencia de los órganos judiciales*, sin que dicho precepto haya sido expresa o tácitamente derogado por ningún otro de igual o superior rango, y sin que prevea la suspensión de este derecho por decisión administrativa".

casación, como acto jurídico, se pronuncia sobre un recurso interpuesto contra una sentencia que ya ha resuelto el pleito, de ahí el interés en conocer exactamente los antecedentes de hecho y el fallo¹⁷, de ahí la imposibilidad de atribuirle un carácter general fuera de los supuestos, más que semejantes, yo diría que iguales.

Cuando, con el argumento de que no existe un criterio legal, se establecen en las sentencias criterios que pretenden establecer efectos para cualesquiera otros casos futuros parece proporcionarse previsibilidad y cierta seguridad jurídica, pero ello es solo en apariencia, pues la doctrina que se establece carece de la publicidad propia de las normas jurídicas que asegure un conocimiento de la doctrina que se sienta¹⁸, y es razonable que así sea porque no se trata de normas jurídicas, de modo que lo que sucede es que se bordean los límites de la distribución constitucional de poderes diseñados en la Constitución¹⁹.

Posteriormente, en otro asunto diferente, la administración autonómica con competencia en materia de protección de menores interpone recurso de casación contra la sentencia que dejó sin efecto la suspensión administrativa del régimen de visitas por los padres biológicos de un menor –acordada cautelarmente en un procedimiento de acogimiento– ; en el caso, la administración adoptó la medida con el carácter de cautelar y tramitó expediente de jurisdicción voluntaria solicitando que se acordara la suspensión de las visitas y la Audiencia Provincial declaró que no entraba en las Facultades de la Administración la de suspender el régimen de visitas; con evidente error en la lectura de la sentencia, la administración interpone recurso de casación citando como único motivo la infracción de los arts. 162 y 172.4 CC e invocando para acreditar el interés casacional una única sentencia, la citada de 4.11.2013 afirmando –lo que no es cierto: el Tribunal Supremo no entró a revisar el criterio de la Audiencia Provincial sobre la valoración del interés del menor, que le llevó a concluir que había base para mantener la suspensión, pero el Tribunal Supremo previamente había declarado en un fundamento anterior que procedía estimar el motivo del recurso en el que se denunciaba la falta de competencia de la administración, de modo que la STS de 2013 afirma que la suspensión solo se podía acordar mediante una resolución judicial fundada y procedía declarar la nulidad de la resolución administrativa por no contar con la debida autorización – que en un caso similar mantuvo la suspensión de las visita acordadas por la administración por resultar favorables al interés del menor. Lo llamativo es que en este caso el Ministerio fiscal se adhiere al recurso, pero solicita de la Sala Primera del Tribunal Supremo que “revise o matice su doctrina para que pueda la administración, en base al supremo interés del menor, suspender el régimen de visitas cuando ese interés lo haga necesario, pero cuya decisión está sujeta al debido control judicial”. El recurso se estima, y el Tribunal Supremo tras afirmar que “se impone matizar o precisar la doctrina de esta Sala en el sentido de que la entidad pública, amparada además en una norma autonómica de cobertura tiene competencia para suspender las visitas y las relaciones del menor con la familia biológica. Se trata de garantizar de una forma inmediata el buen fin de la medida de protección adoptada”, fija como doctrina jurisprudencial la siguiente: “La Entidad Pública está legitimada para decidir sobre la suspensión del régimen de visitas y comunicaciones de los menores bajo su tutela por ministerio legal y en acogimiento residencial respecto de sus padres biológicos, a fin de garantizar el buen fin de la medida de protección acordada, sin perjuicio de la función supervisora del Ministerio Fiscal y del preceptivo control judicial de la resolución administrativa adoptada, a quienes se dará cuenta inmediata de la medida adoptada” [STS 18.6.2015 (Roj: STS 2571/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2571)].

Previamente, el Tribunal Supremo advierte que existe una razón para ello. Que la STS 4.11.2013 se dicta ante la afirmación de la sentencia recurrida de que, “acordada la suspensión de las visitas por el órgano administrativo, no es preceptivo dar cuenta a la autoridad judicial de tal medida, por lo que la medida cautelar, en sí misma, no es nula y lo que podía haberse atacado es la falta de notificación al tribunal, lo que no se hizo, no se responde ni con el art.161 ni con lo dispuesto en la Convención”. Como consecuencia, la sentencia entra a resolver sobre la medida de suspensión una vez que el Juez conoce de la misma y dicta la pertinente resolución judicial, lo que no ha hecho la sentencia que ahora se recurre.

¹⁷ L. Díez-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, 2ª edición, Madrid, Editorial Tecnos, 1973, vol. I, prólogo a la primera edición, p. 9.

¹⁸ Digo aparente porque falta la publicidad propia de las normas, que para su conocimiento, por evidentes razones de seguridad jurídica, se publican en el BOE y solo vinculan desde entonces. La Ley no dice que las sentencias del Tribunal Supremo que resuelven recursos de casación se publiquen en el BOE porque carecen de valor vinculante. En este sentido, R. BERCOVITZ, “La jurisprudencia y el principio de seguridad jurídica”, pp. 98-101.

¹⁹ En la STS (Pleno) 22.4.2015, Roj: STS 1723/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1723, por ejemplo, se fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado. Le sigue, después, la STS (Pleno) 3.6.2016, Roj: STS 2401/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2401. Puede verse el comentario crítico de I. GOMÁ LANZÓN, “¿Justicia material o populismo judicial?”, en *El Notario del Siglo XXI*, accesible en <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/6812-justicia-material-o-populismo-judicial> (acceso el 16.9.2016).

En mi opinión, la explicación real de por qué cada vez más el Tribunal Supremo “dicta”, “sienta”, “fija” doctrina jurisprudencial en las sentencias que resuelven recursos de casación en materia civil no es la de facilitar al intérprete y al operador la lectura de las sentencias y la identificación de la doctrina. La justificación debe encontrarse más bien en la necesidad de la autoafirmación del Tribunal Supremo, de la reivindicación de su posición en el conjunto de fuentes, en la interpretación de la ley y, aún más, en su papel de complemento del ordenamiento, que la reforma del recurso de casación llevada a cabo por la Ley de enjuiciamiento civil del año 2000 parecería, solo parecería, por lo que digo más adelante, haber relajado.

La introducción en 1974 de la jurisprudencia en el art. 1.6 del Código civil y la atribución de la función de "complemento" del ordenamiento, trató de definir el valor de la jurisprudencia en la doctrina de las fuentes²⁰. Desde su aprobación, ha sido opinión dominante la de que la dicción del art. 1.6 del Código civil en nada cambia el sistema de fuentes²¹ y que, incluso, el precepto, más que un mandato, era una constatación²². Cuando se introdujo la expresión "complementa el ordenamiento" sólo podía interpretarse en el sentido de que, sin ser fuente, tenía un papel importante en relación con las fuentes ("cierta trascendencia normativa", en palabras del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo), y en razón de ello su infracción constituía motivo del recurso de casación. Tras la reforma de la regulación de la casación por la LEC 2000, la doctrina civilista ha podido decir que esa importancia está legalmente devaluada y que la expresión "complementa el ordenamiento", ha quedado convertida en simple retórica, puesto que la jurisprudencia, en la regulación de la casación contenida en la Ley de Enjuiciamiento civil del año 2000, deja de ser motivo en el que fundar el recurso de casación²³.

Es ante esta aparente devaluación ante la que cabría entender que están reaccionando los magistrados del Tribunal Supremo cuando declaran expresamente que “sientan doctrina”. Porque esta doctrina jurisprudencial, se sienta con pretensiones de futuro, de integración en el ordenamiento, de consolidación, de una interpretación o de integración de una supuesta laguna²⁴.

²⁰ Por todos, E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, "Artículo 1.6", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Albaladejo, M. y Díaz-Alabart, S. (Dirs.), T. I, vol. 1, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1992, p. 357.

²¹ E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, "Artículo 1.6", op. cit., p. 359.

²² Su presencia, afirmaba Lacruz, no añade nada al concepto en que, desde antes, se venía teniendo a la jurisprudencia J. L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, I-1º, Barcelona, Librería Bosch, 1988, p. 218. Complementar, se ha advertido de forma repetida, no es completar: el ordenamiento está completo sin la jurisprudencia e, incluso, cuando "se cubre una laguna" lo que hace la jurisprudencia es declarar en el caso cuál es la regulación que procede a tenor de la ley, de la costumbre o de los principios generales del derecho. Por todos, M. ALBALADEJO, *Derecho civil I*, 17ª ed., Madrid, 2006, p. 131.

²³ En este sentido, P. DE PABLO CONTRERAS, en *Curso de Derecho civil I*, 5ª ed., Colex, 2015, p. 170.

²⁴ No era esta la voluntad del legislador, cuando en la Exposición de Motivos de la LEC 2000 explicaba que: “La jurisprudencia o el precedente goza de relevancia práctica por su autoridad y fuerza ejemplar, pero no por su fuerza vinculante. Esa autoridad, nacida de la calidad de la decisión, de su justificación y de la cuidadosa expresión de ésta, se está revelando también la más importante en los sistemas jurídicos del llamado "case law". Y ha sido la única atribuible, más allá del caso concreto, a las sentencias dictadas en casación”. Pero la confianza en que sus criterios se impongan persuasivamente es algo en lo que los magistrados del Tribunal Supremo no parecerían confiar y quizás por eso, cabría pensar, reaccionan con la formulación de afirmaciones rotundas con las que pretenden revalorizar una función que la ley no les habría atribuido.

Pero todo lo anterior no es sino un espejismo. Si pensamos detenidamente en el papel que se atribuye a la jurisprudencia en la Ley de enjuiciamiento a efectos del recurso de casación podemos valorar más cabalmente las consecuencias prácticas reales de lo que se establece en la regulación del recurso de casación. Porque resulta que ese "simple" valor de presupuesto o requisito que se atribuye a la jurisprudencia para que el Tribunal Supremo pueda conocer del recurso de casación va a ser determinante a la hora de que el Tribunal Supremo pueda llegara pronunciarse sobre el único motivo del recurso de casación, la infracción de norma, en definitiva valorar si la aplicación del Derecho ha sido o no correcta.

Todo esto tiene que ver con la regulación de la casación, pero también con la forma en la que el Tribunal Supremo interpreta y aplica esas normas, tanto a través del Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal (Acuerdo de 30 de diciembre de 2011)²⁵ como en todas y cada una de las sentencias que dicta.

2. La finalidad de la casación en relación con la jurisprudencia

El recurso de casación nace como un mecanismo para asegurar la vinculación de los jueces a la ley y a las demás fuentes del Derecho pero, casi inmediatamente, asume la función de asegurar una interpretación y aplicación uniforme de aquellas²⁶. En la función de garantizar la certidumbre y la igualdad de los ciudadanos ante la ley con la unidad de las decisiones

²⁵ Acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal de 30.12.2011 (accesible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia>). V. F. TORIBIOS FUENTES/A. DOMÍNGUEZ LUELMO/ A. MARTIN RUIZ, "Los recursos extraordinarios", *Recurso de casación civil*, pp. 15 a 40.

El Acuerdo se adopta al amparo del art. 264.1 LOPJ, conforme al cual: "1. Los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala se reunirán para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales, especialmente en los casos en que los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala o Tribunal sostuvieren en sus resoluciones diversidad de criterios interpretativos en la aplicación de la ley en asuntos sustancialmente iguales. A esos efectos, el Presidente de la Sala o Tribunal respectivo, por sí o a petición mayoritaria de sus miembros, convocará Pleno jurisdiccional para que conozca de uno o varios de dichos asuntos al objeto de unificar el criterio. 2. Formarán parte de este Pleno todos los Magistrados de la Sala correspondiente que por reparto conozcan de la materia en la que la discrepancia se hubiera puesto de manifiesto. 3. En todo caso, quedará a salvo la independencia de las Secciones para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos de que conozcan, si bien deberán motivar las razones por las que se aparten del criterio acordado". Evidentemente, lo acordado carece de todo valor normativo, pero lo que sucede es que a medida que el propio Tribunal Supremo lo ha ido aplicando lo ha convertido en jurisprudencia. En definitiva, ¿quién controla al controlador?

La STC 108/2003, de 2 de junio, afirmó en relación con el anterior Acuerdo 12.12. 2000 que "ha integrado la regulación de la Ley de enjuiciamiento civil de modo que *forma parte de la normativa sobre el recurso de casación*". Tal afirmación es excesiva y desproporcionada: el Tribunal Supremo está vinculado por la ley y debe limitarse a interpretarla y aplicarla. En el caso, tal afirmación se hace para argumentar que si se hubiera interpuesto un hipotético recurso de casación hubiera sido inadmitido porque el Acuerdo exige que las sentencias contradictorias sean como mínimo dos en un sentido y dos en otro y procedentes de órganos diferentes, de modo que en el caso, como solo había una sentencia contradictoria se habría inadmitido el recurso de casación y la Sentencia de la Audiencia Provincial contra la que se interpone el amparo agota la vía judicial previa que es un requisito para el recurso de amparo.

²⁶ Un resumen sobre los orígenes de la casación y el sentido y la evolución de la función nomofiláctica a la prioridad de la función unificadora, con cita de diversas opiniones doctrinales, LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El interés casacional*, op. cit., pp. 19-41.

judiciales, al igual que en la pura tutela de la ley (nomofilaquia) está implicado el interés público, el *ius constitutionis*²⁷.

En el Derecho español actualmente vigente, puesto que el único motivo de casación es la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, podría entenderse que se prima la función nomofiláctica sobre la tutela del *ius litigatoris*, ya que no se trata de permitir la casación frente a cualquier resolución desfavorable del litigante [si bien, cuando se considere fundado el recurso, el Tribunal resolverá el caso (art. 487.3 LEC)]²⁸. Pero, al mismo tiempo, en la ley, resulta clave el concepto de "interés casacional" como criterio relevante en la selección de asuntos que pueden acceder a la casación. Y en la forma en que legalmente se configura este concepto prima, más que la defensa de la norma, del Derecho objetivo, la finalidad de lograr una unificación jurisprudencial. La manera de interpretar y aplicar este criterio de selección por la Sala Primera del Tribunal Supremo está reforzando esta aspiración de unificación y fijación de la interpretación jurisprudencial de la normas.

La Exposición de Motivos de la Ley de enjuiciamiento civil del año 2000 entronca la finalidad de la casación y sus efectos con la elaboración de doctrina jurisprudencial especialmente autorizada²⁹. De forma coherente con este planteamiento, desde el primer momento, la doctrina procesalista ha venido destacando cómo la vigente ley procesal trata de establecer una casación que permita al Tribunal Supremo centrarse en la labor de creación de jurisprudencia, estableciendo criterios uniformes de interpretación del Derecho³⁰.

La relevancia del recurso de casación para la unificación de los criterios jurisprudenciales en la interpretación de las normas fue apuntada ya, con anterioridad a la vigente ley procesal, por la STC 56/1990, de 29 de marzo, que resolvió los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley Orgánica del Poder Judicial por parte del Parlamento de la Generalidad de Cataluña, del Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y de la Junta de Galicia³¹. Pero es en la STC 47/2004, de 25 de marzo donde con más fuerza se destaca la finalidad de la casación en relación con la jurisprudencia.

²⁷ Á. BONET NAVARRO, "La reforma de la casación. Efectos en la función casacional de los Tribunales Superiores de Justicia", en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 3, 1993, p. 53.

²⁸ Á. BONET NAVARRO, *Los recursos en el proceso civil*, Editorial La Ley, Madrid, 2000, pp. 212 y 213.

²⁹ En particular, puede leerse en el apartado XIV de la Exposición de Motivos de la LEC: "Así, pues, ha de mantenerse en sustancia la casación, con la finalidad y efectos que le son propios, pero con un ámbito objetivo coherente con la necesidad, antes referida, de doctrina jurisprudencial especialmente autorizada". Y más adelante, en el mismo apartado: "La presente Ley ha operado con tres elementos para determinar el ámbito de la casación. En primer lugar, el propósito de no excluir de ella ninguna materia civil o mercantil; en segundo término, la decisión, en absoluto gratuita, como se dirá, de dejar fuera de la casación las infracciones de leyes procesales; finalmente, la relevancia de la función de crear autorizada doctrina jurisprudencial. Porque ésta es, si se quiere, una función indirecta de la casación, pero está ligada al interés público inherente a ese instituto desde sus orígenes y que ha persistido hasta hoy".

³⁰ I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (junto a A. DE LA OLIVA SANTOS), *Derecho procesal civil, El proceso de declaración*, 3ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, p. 519; también, pp. 502, 503 y 521.

³¹ Frente a la impugnación por los recurrentes de que los términos en que la Ley Orgánica atribuye competencia al Tribunal Supremo para conocer de recursos extraordinarios en materia civil, podría resultar atribuido a la correspondiente Sala del Tribunal Supremo un recurso extraordinario, distinto de los de casación y revisión, en asunto regulado por el Derecho Civil propio de la Comunidad, explica el Tribunal Constitucional (fundamento 33) que el fundamento de la atribución del conocimiento de los recursos extraordinarios no es en todos los casos el mismo. En particular, para el recurso de casación afirma: "Puede sostenerse que la 'casación regional' atiende de manera equilibrada a los principios de unidad y diversidad del Derecho privado y que la supremacía

Para dilucidar si la eliminación del requisito de la cuantía litigiosa o *summa gravaminis* para acceder a la casación civil foral de Galicia encuentra acomodo competencial en el Estatuto de Autonomía, en relación con la salvedad o excepción que configura el inciso final del considerado art. 149.1.6ª de la Constitución, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 47/2004, considera relevante, además de indagar cuáles son las particularidades del ordenamiento jurídico-civil propio de Galicia, por lo que importa ahora aquí, "traer a colación la *función y finalidad que persigue el recurso extraordinario de casación, enderezado en este caso a formar jurisprudencia* acerca de las instituciones del Derecho civil foral o especial de Galicia".

Expresamente, por lo que se refiere a la función asignada al recurso de casación, afirma el Tribunal Constitucional que:

"... este medio impugnatorio extraordinario, del que conoce el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, se encamina no solo a tutelar los derechos en juego (*ius litigatoris*), sino también y esencialmente a *la protección de la norma aplicada e interpretada por los Tribunales inferiores, permitiendo así la formación de jurisprudencia y la uniformidad en la aplicación del Derecho civil sustantivo (ius constitutionis), ...*"³².

En el texto de la sentencia, la "protección de la norma" y "la uniformidad en la aplicación del Derecho sustantivo" aparecen como dos aspectos de la misma función, dando por supuesto que la protección de la norma dará lugar a la unidad de la interpretación.

Además de las sentencias citadas, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el carácter extraordinario de la casación civil en diversas ocasiones desde otras perspectivas

del Tribunal Supremo o sujeción a su jurisdicción en todos los órdenes, con independencia de lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, *queda salvaguardada* por los recursos previstos en *las materias* que le son propias; es decir, aquéllas *en las que resulta imprescindible unificar la jurisprudencia, circunstancia que no se da cuando se trata exclusivamente de Derecho civil autonómico*".

³² Continúa la sentencia: "Si la casación foral, decimos, persigue o se halla orientada a estas finalidades, la aplicación de la exigencia de una cuantía litigiosa mínima, como requisito para abrir la vía de la casación foral impediría, de facto, la uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho civil de Galicia, con el riesgo consiguiente de criterios dispares de las diversas Audiencias Provinciales del territorio gallego en torno a una misma institución jurídico-privada integrante de su Derecho civil propio, y sin posibilidad efectiva de su unificación por vía de la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, a través de las Sentencias dictadas en casación".

Sorprende la conclusión del Tribunal Constitucional porque la finalidad que le asigna a la casación se puede obtener en la regulación vigente de la casación sin necesidad de admitir el recurso de forma alternativa cualquiera que sea la cuantía del asunto: cuando existan sentencias contradictorias de las Audiencias Provinciales, el concepto de interés casacional del art. 477.2.3º LEC permitiría el acceso a la casación, resultando entonces absolutamente indiferente la cuantía del asunto.

Frente a la desconfianza hacia los Tribunales, que está en el origen de la casación, hoy se asume con normalidad la insuficiencia de la ley y la necesidad de interpretarla, integrarla, y adaptarla a las necesidades sociales que se van planteando. También, con normalidad, por los Tribunales, todos los Tribunales, el de casación y los inferiores. La jurisprudencia adquiere relevancia, entonces, como una tarea de mediación entre tesis encontradas: en este sentido, vid. J. A. XIOL RÍOS, "Notas sobre la jurisprudencia", en V. FERRERES/J.A. XIOL, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 100 y 101.

Por ello, la concepción de un recurso de casación como un recurso extraordinario encaminado a facilitar la unificación de criterios no sólo es conveniente desde el punto de vista del principio de igualdad y de seguridad jurídica, sino que además es la que mejor se aviene con las exigencias de legitimidad de las resoluciones judiciales y de evitación de una excesiva duración del proceso cuando, en general, se considera que el derecho de los ciudadanos a una respuesta razonablemente motivada en Derecho queda garantizada suficientemente con la doble instancia. Sobre todo ello, vid., J.A. XIOL RÍOS, "Reflexiones sobre la interacción entre justicia y economía. La jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *Justicia y Economía*, M. AYUSO GUTIÉRREZ, Dir., Manuales de formación Continuada, 49, 2009, Madrid, 2010, p. 27 y ss.

diferentes³³, de las que es especialmente relevante la relativa a la uniformidad jurisprudencial, abordada frecuentemente como manifestación del principio de igualdad en la aplicación de la ley, pero que también tiene que ver con los principios constitucionales de certeza y seguridad jurídicas³⁴.

Esta doctrina del Tribunal Constitucional, que respalda el valor del precedente judicial, puede resumirse de la siguiente manera: un mismo órgano (cualquiera, no solo el de casación) no puede modificar el sentido de una resolución anterior si no lo fundamenta de manera suficiente y razonable, de forma que la sentencia que no motive el cambio de criterio podrá ser anulada en vía de amparo.

Este enfoque conlleva algunas consecuencias aparentemente contradictorias, pero de gran trascendencia para valorar la fuerza de la jurisprudencia y de las decisiones judiciales: por una parte, relativiza la idea de reiteración, pues el precedente es solo una sentencia (y, como veremos, esto es casi lo que está sucediendo también a efectos del recurso de casación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo); por otra parte, relativiza la idea de jurisprudencia del Tribunal de casación, puesto que para cada Tribunal son dignos de tener en consideración sus propios precedentes; pero al mismo tiempo, finalmente, relativiza la fuerza vinculante del precedente, porque es lícito separarse de los precedentes propios y de los ajenos, permitiendo su evolución siempre que se lleve a cabo fundadamente³⁵.

3. Criterios de selección de asuntos en la casación civil

3.1. Introducción

La vigente Ley de enjuiciamiento civil (Ley 1/2000, de 7 de enero) introdujo cambios en los motivos y los presupuestos del recurso de casación. El único motivo del recurso de casación

³³ Así, en la STC 230/1993, de 12 de julio, para desestimar el recurso de amparo frente a la decisión judicial que declaró caducado el recurso de casación interpuesto, se afirma, con carácter argumentativo: "La Constitución no impone, en todo caso, la existencia o procedencia de la casación en materia civil, ya que tiene un carácter extraordinario y no ordinario, cuya finalidad básica en un Estado de Derecho consiste en fijar y unificar la interpretación jurisprudencial de las Leyes, y a la par asegurar el sometimiento del Juez a la Ley como garantía de su independencia. Desde esta perspectiva el legislador procesal, siempre que garantice la finalidad esencial de la casación, consistente en asegurar la aplicación uniforme de la Ley por el Tribunal Supremo en todo el territorio nacional (o, lo que es lo mismo, el principio constitucional 'igual en la aplicación de la Ley') es libre a la hora de configurar un recurso extraordinario, como es el de casación civil, que normalmente se prepara después de haber recaído dos resoluciones previas en primera y segunda instancia; libertad de configuración que abarca el determinar las resoluciones recurribles y la 'summa gravaminis', los casos en que procede, limitar las causas o motivos de impugnación y prescribir las demás exigencias materiales y formales para su admisión y tramitación, razón por la cual esa misma lógica justifica que el Tribunal Supremo interprete con el rigor que estime necesario tales requisitos procesales, siempre y cuando dicha interpretación supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional" [F.J. 2].

³⁴ M. ORTELLS RAMOS, "La casación en España", op. cit., pp. 42 a 45, donde se contiene un buen resumen de los matices de la doctrina del Tribunal Constitucional así como de diferentes opiniones doctrinales acerca del análisis del problema. Un resumen de la doctrina del Tribunal Constitucional, elaborada a partir de la STC 49/1982, de 14 de julio, acerca de los requisitos para entender que se vulnera el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, puede leerse en la STC 38/2011, de 28 de marzo. En materia de Derecho civil (filiación), separación de manera aislada y ocasional de una consolidada línea jurisprudencial acerca del valor de la negativa del afectado a someterse a la prueba biológica de paternidad, en la STC 29/2005, de 14 de febrero.

³⁵ J.A. XIOL RÍOS, "Notas sobre la jurisprudencia", en V. FERRERES/J.A. XIOL, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 102.

es la denuncia de que el tribunal inferior ha infringido una norma para resolver las cuestiones objeto del proceso; pero no basta con esta denuncia para poder acceder a la casación, puesto que se establece que solo son recurribles en casación determinadas sentencias –las dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales– y solo en ciertos casos: 1.º Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales (lo que se interpreta en el sentido, no de que se haya vulnerado un derecho fundamental, sino de que el proceso se haya tramitado por la vía del art. 249.1.2 LEC)³⁶, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución (cuya infracción ha de denunciarse en el recurso extraordinario por infracción procesal). 2.º Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros. 3.º Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional.

La regulación actual procede de la reforma operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, que elevó la cuantía mínima prevista de 150.000 a 600.000 pero, al mismo tiempo, flexibilizó el acceso a la casación por el criterio del interés casacional, reaccionando ante la interpretación realizada por el Tribunal Supremo en su Acuerdo adoptado por la Sala Primera en Junta General de 12 de diciembre de 2000, según el cual, y en contra del tenor literal de la ley, el interés casacional solo podía aducirse frente a sentencias dictadas en procedimientos dictados por la materia, pero no por la cuantía³⁷. en la redacción del actual art. 477.2.3º queda expresamente salvada la posibilidad de recurribilidad de las sentencias dictadas en asuntos tramitados por razón de la cuantía inferiores a la *summa gravaminis* prevista en el art. 477.2.2º.

No voy a insistir en la crítica de falta de adecuación a los fines de la casación del criterio de la cuantía como regla de selección de asuntos, en el sentido de que dificulta que la casación pueda cumplir con amplitud una función de unificación de la jurisprudencia y de garantía de la igualdad ante la ley³⁸. Es evidente que la cuantía es un criterio de discriminación, porque solo los justiciables con un poder económico más amplio pueden verse implicados en asuntos de alto nivel económico, y por ese motivo se les garantiza que sus asuntos puedan ser revisados en casación; al mismo tiempo, la elevada cuantía económica no significa complejidad jurídica del asunto ni, por tanto, oportunidad de una interpretación por el más alto tribunal de la jurisdicción ordinaria.

Con todo, puede ser razonable la opción del legislador de mantener de forma alternativa este criterio combinado con otros que permitan el acceso a la casación de cualquier asunto, con independencia de su cuantía, siempre que concurra algún interés que lo justifique. El

³⁶ Recogiendo lo que venía siendo jurisprudencia habitual, el Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal de 2011 recoge como causa de inadmisión en el recurso de casación para la tutela judicial civil de los derechos fundamentales la de “no haberse tramitado para la tutela judicial civil de los derechos fundamentales en el proceso en el que se dictó la sentencia recurrida (art. 477.2.1º LEC)” (Acuerdo, cit., p. 6).

³⁷ Muy criticado por la doctrina, por entender que contenía una interpretación *contra legem*. Por todos B. REVERÓN PALENZUELA, “Interés casacional y Tribunal Constitucional. La convalidación constitucional de un Acuerdo de dudosa constitucionalidad”, en Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna, 22, diciembre 2005, pp. 141-160.

³⁸ Por todos, con cita de doctrina, M. ORTELLS RAMOS, “La casación en España”, p. 35.

problema es cuando los criterios que introduce el legislador para justificar ese acceso a la casación cuando no se alcanza la cuantía sean tan restrictivos, y se vinculen a la misma existencia o inexistencia de jurisprudencia en determinadas circunstancias, que es lo que sucede en la regulación española de la casación.

Hasta el año 2000 era identificable el valor jurídico propio de la jurisprudencia, precisamente, por la idoneidad de la doctrina emanada de las sentencias del Tribunal de casación como causa o fundamento para la interposición del recurso de casación (la infracción de la jurisprudencia era motivo de casación)³⁹. En la actualidad, el único motivo que puede fundar el recurso de casación es la infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (art. 477.1 LEC). Si en la regulación del recurso de casación la jurisprudencia conserva alguna relevancia es a través del concepto de interés casacional, al convertirse en un simple presupuesto para que, en ciertos casos, el Tribunal pueda admitir el recurso (art. 477.2 y 3 y 483 LEC). Es motivo de apertura la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o la ausencia de jurisprudencia siempre que se den, además dos circunstancias: que las Audiencias Provinciales se estén pronunciando de modo contradictorio sobre el punto discutido o que la norma no lleve en vigor más de cinco años, de modo que, se presume, no ha dado tiempo a que se forme jurisprudencia (lo que, por lo demás solo podría suceder, con esta regulación, si las Audiencias estuvieran resolviendo de modo contradictorio).

Esto significa en definitiva, que, fuera de la tutela judicial de derechos fundamentales, y de los asuntos de cuantía superior a 600.000 euros, no se admite el recurso de casación, cuyo único motivo es la infracción de norma aplicable, aunque la interpretación de la sentencia de la Audiencia Provincial infrinja la norma aplicable, si no existe ya una jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esa norma o si, no habiéndola, en las circunstancias que expresa la ley, se quiere propiciar que se dicte esa doctrina. Esas circunstancias son exclusivamente que las Audiencias Provinciales se estén pronunciando de modo contradictorio o que la norma no lleve más de cinco años en vigor. El Tribunal Supremo no entrará a analizar si ha habido infracción de norma aplicable si el conflicto no se está planteando “masivamente” en otros pleitos y está siendo resuelto de modo diferente ni tampoco si la norma ya lleva cinco años en vigor y no ha llegado a ser polémica en su aplicación, de forma que no haya dado lugar a jurisprudencia. Por mucho, insisto, en que la resolución de la Audiencia Provincial cometa manifiesta infracción de la norma aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso.

³⁹ Centrándonos solo en el aspecto de la aplicación del Derecho sustantivo, el *error in iudicando* (pues el recurso de casación también incluía el recurso por quebrantamiento de forma, el *error in procedendo*), el Reglamento provisional para la administración de justicia de 1835 se refería al recurso contra los fallos “contra alguna ley clara y terminante” y la LEC 1855 establecía como motivo general del recurso el de ser la “sentencia contra ley o doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales”. En la LEC 1881, el art. 1691.1 y el art. 1692 admiten como motivo del recurso de casación *la infracción de ley o de doctrina legal*, y se venía entendiendo que la “ley” era la norma jurídica de Derecho material y la “doctrina legal”, la establecida en repetidas e idénticas resoluciones del Tribunal Supremo (por todos, E. GÓMEZ ORBANEJA, en *Derecho procesal civil, vol. primero, Parte General. El proceso declarativo ordinario*, Madrid, 1979, pp. 481-499. La reforma de la LEC 1881 en 1984 se refería al recurso de casación fundado en el motivo de “infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate”.

La función de la casación como garantía de la correcta interpretación de la ley solo se mantiene entonces cuando se trata de la tutela judicial civil de derechos fundamentales o cuando la aplicación de la norma se ha suscitado en un asunto cuya cuantía exceda de 600.000 euros. Frente a la situación anterior al año 2000, en que quedaba abierta la vía a la casación en cualquier asunto siempre que hubiera infracción de norma, y con el fin de obtener un pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la interpretación de la misma, la actual regulación de la casación reduce de forma severa la función de la casación de pronunciarse sobre la correcta interpretación de las leyes, de forma que, de hecho, y frente a la primera conclusión aparente que podría deducirse de la supresión de la infracción de la jurisprudencia como motivo del recurso de casación, su consideración como motivo de apertura a través del interés casacional –por tanto, cuando no se trate de la tutela judicial civil de derechos fundamentales o de asuntos de cuantía superior a 600.000 euros– determina que la existencia de jurisprudencia o la ausencia de la misma en determinadas circunstancias –jurisprudencia contradictoria de las Audiencias o norma de vigencia inferior a cinco años– sea la clave para que el Tribunal Supremo pueda pronunciarse sobre la interpretación adecuada de una norma.

Teóricamente, con independencia de la cuantía, cualquier asunto puede llegar a casación, y encontramos ejemplos paradigmáticos en los casos de reclamaciones de pensiones de alimentos⁴⁰. Pero para ello es necesario que verse sobre una materia sobre la que exista jurisprudencia del Tribunal Supremo por haberse tramitado el recurso de casación conforme a la anterior regulación del recurso de casación (LEC 1881, reforma de 1984, que admitían el motivo de infracción de norma en todo caso), o por tratarse de una materia en la que abundan los pleitos, la conflictividad social, y ha sido posible que, a partir de un número abundante de sentencias de Audiencias Provinciales desiguales se cree una interpretación del Tribunal Supremo que permita después considerar que hay jurisprudencia e interés casacional si la sentencia recurrida no es conforme a esa jurisprudencia.

Se da la paradoja de que se puede solicitar que el Tribunal Supremo cambie su doctrina (luego me refiero a esta cuestión), pero si la norma no es nueva no se puede argumentar que sería muy interesante que se pronuncie por primera vez sobre una interpretación porque no hay jurisprudencia. Es lo que ha sucedido, por ejemplo, con la obligación de alimentos de los abuelos y el problema de si cubren o no los gastos extraordinarios. La crisis económica explica que recientemente se reclamen alimentos a los abuelos, porque los padres están en paro, pero el Tribunal Supremo entiende que no existe interés casacional porque no existe

⁴⁰ STS 21.10.2015 (Roj: STS 4291/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4291, alimentos a los hijos): el Juzgado fijó la pensión en 100 euros para los dos hijos, la Audiencia la elevó a 250 y el Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el padre, atendiendo a la exigencia de proporcionalidad con la capacidad económica: el padre cobra, entre el paro y un bono de alimentos del Ayuntamiento, 516 euros, paga 300 de alquiler... Con todo, algunos de estos casos muestran la insuficiencia del Derecho civil y de su exigencia judicial y lo que importa es que existan unas medidas sociales alternativas.

Rastreando las sentencias citadas por el Tribunal Supremo para justificar la existencia de interés casacional por ser la sentencia recurrida poco respetuosa con el criterio jurisprudencial de la proporcionalidad, se observa que la primera citada, STS 28.3.2014 desestima la demanda por falta de prueba de las necesidades del menor, la STS 14.7.2015 tiene en cuenta el interés del menor pero no se pronuncia sobre el problema. En última instancia, la cita de citas de sentencias conduce a la STS 21.11.2005 (ROJ: STS 7037/2005 - ECLI:ES:TS:2005:7037), que tiene en cuenta el citado principio de proporcionalidad en una sentencia que resuelve un recurso de casación interpuesto al amparo del art. 1692 LEC 1881.

jurisprudencia sobre los gastos extraordinarios de los alimentos pagados por los abuelos, aunque sí haya sobre los gastos extraordinarios cuando los alimentos los pagan los padres, y de esta forma se niega a pronunciarse sobre si los gastos extraordinarios están incluidos o no en el art. 142 CC. Habrá que esperar a que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales para que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre la interpretación correcta del precepto⁴¹.

3.2. Regulación legal y realidad práctica: motivo único pero interés casacional

No vamos a partir del *a priori* de que es el máximo tribunal encargado de interpretar la norma y de ofrecer una interpretación uniforme que garantice la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. Vamos a ver las funciones que resultan de la regulación de la casación. Y la regulación de la casación es de lo más complejo.

Motivo del recurso, motivo de impugnación de la sentencia recurrida es siempre uno solo: la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso: normas materiales, sustantivas, de Derecho civil o mercantil (art. 477.1 LEC). Pero solo pueden recurrirse en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales en los casos a que se refiere el art. 477.2⁴². Es decir, el legislador no permite el acceso al recurso de casación de cualquier sentencia, sino solo de aquellas en las que concurren determinados presupuestos o condiciones, que son establecidos como criterios de selección de la casación, y que son controlables en la fase de admisión del recurso (arts. 479.2.II y 483 LEC).

En particular, no procede el recurso de casación si la sentencia no se ha dictado para la tutela judicial civil de derechos fundamentales (excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución), la cuantía del proceso no excede de 600.000 euros o se ha tramitado por razón de la materia, si la resolución del recurso no presenta interés casacional. Es decir, en estos casos, para admitir la tramitación del recurso es necesario (alternativamente):

⁴¹ STS 2.3.2016, Roj: STS 769/2016 - ECLI:ES:TS:2016:769 (reclamación por la madre de una menor de alimentos a los abuelos): "Motivo único. Al amparo de lo prevenido en el art. 477.1 en relación con el 477.2.3 de la LEC 1/2000, por infracción de las normas y principios aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, siendo las mismas: Indebida aplicación del principio de protección del interés del menor, art. 142 del Código Civil, arts. 143 y 144 del CC, arts. 145 y 146 del CC, arts. 14, 39, 41 y 43 de la Constitución Española, Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas de 20 de noviembre del año 1989 ratificada por España. Arts. 2, 3 y 11.2 de la LO 1/96 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Como fundamento del interés casacional se citan como opuestas a la recurrida las sentencias de esta Sala de fechas 5 de octubre de 1993, 5 de octubre de 1995, 3 de octubre de 2008, 16 de julio de 2002, 3 de abril de 2009, relativas a la pensión de alimentos. El Tribunal Supremo desestima el motivo porque: "La recurrente cita dentro de la jurisprudencia, sentencias que hacen referencia a las relaciones padre hijos, y no a las de los abuelos, por lo que no puede mantenerse la existencia de interés casacional por infracción de doctrina jurisprudencial".

⁴² 1.º Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución. 2.º Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros. 3.º Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional.

a) Que esa infracción de la norma se haya producido porque la sentencia recurrida ha interpretado la norma de manera diferente a como lo ha hecho el propio Tribunal Supremo en otras ocasiones.

En la práctica es como si se dijera que, cuando no se trata de derechos fundamentales ni de un asunto de cuantía superior a 600.000, es irrelevante, a efectos de la casación, la simple infracción de una norma (más exactamente, es una infracción sobre la que el Tribunal Supremo no va a tener la oportunidad de pronunciarse): solo es relevante la infracción de la norma si tal infracción consiste en que no se ha aplicado conforme a la interpretación del propio Tribunal Supremo.

Aunque se admita el recurso y realmente se dé ese presupuesto de accesibilidad, eso no significa que el recurso deba estimarse, pues (prescindiendo de los criterios prácticos de estricta apreciación de si existe esa jurisprudencia, si se refiere al mismo caso que se está resolviendo, valoración que determina la desestimación de la mayoría de los recursos de casación, como muestra –a falta de estadísticas– la lectura de las sentencias del Tribunal Supremo) el Tribunal Supremo puede cambiar su doctrina, o matizarla. En otro caso, la admisión del recurso determinaría siempre su estimación. Luego vuelvo sobre el tema de los cambios de la jurisprudencia.

b) Que esa infracción de la norma se haya producido sin que, hasta el momento, exista sobre la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo pero al mismo tiempo se haya producido jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Se trata de propiciar que el Tribunal Supremo establezca cómo debe interpretarse la norma cuando existen discrepancias en los tribunales inferiores y todavía no se haya producido una interpretación uniforme del Tribunal Supremo

c) Que esa infracción de la norma se refiera a una ley de menos de cinco años sin que, hasta el momento exista jurisprudencia del Tribunal Supremo (ni sobre la misma ni sobre una norma anterior de igual o similar contenido). Se trata de propiciar que el Tribunal Supremo establezca cómo debe interpretarse la norma cuando lleva poco tiempo en vigor.

La interpretación por el Tribunal Supremo de una norma, aunque puede cambiar, tiene un valor superior a la de otros tribunales porque cuando la sentencia de la Audiencia Provincial no sigue al Supremo, esa discrepancia sirve como criterio para la apertura del recurso de casación, con independencia de la cuantía del proceso.

Si el asunto es de más de 600.000 euros, a efectos de interponer el recurso de casación, legalmente no se toma en cuenta la interpretación que sobre la norma aplicable haya hecho el Tribunal Supremo, pero en la práctica si la sentencia recurrida ha interpretado la norma de forma coincidente a como lo haya hecho el Tribunal Supremo, previsiblemente este se sentirá inclinado a decir que la norma se ha interpretado y aplicado correctamente y que, por tanto, no hay infracción de norma. Es decir, en este caso no hace falta justificar que la sentencia que se recurre no sigue la jurisprudencia del Tribunal Supremo en una ocasión anterior, basta decir que infringe la norma, que es el motivo único, pero si de hecho la

sentencia es coherente con la doctrina del Tribunal Supremo, el Tribunal Supremo muy probablemente concluirá que la aplicación de la norma ha sido correcta, que no ha habido infracción de norma. Si no hay jurisprudencia del Tribunal Supremo (con independencia de la existencia de jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, contradictoria o no, con independencia de la vigencia de la norma) el Tribunal Supremo, al pronunciarse sobre el recurso de casación se pronunciará sobre si ha habido o no infracción de la norma, lo que puede dar lugar a que exprese cuál es la interpretación correcta de la norma. Pero puede suceder que, tratándose de un caso en el que la cuantía sea elevada, el asunto jurídico no presente ninguna complejidad, de modo que el Tribunal Supremo al resolver el recurso de casación no añada nada a lo que ya se podía entender con anterioridad: bien porque reitere su jurisprudencia anterior, si no la cambia, bien porque el asunto no mereciera llegar a casación.

El motivo único para fundar el recurso de casación es la infracción de norma aplicable, pero para los asuntos que no alcanzan la suma de los 600.000 euros, el motivo no es suficiente para la apertura del recurso. Si ya hay jurisprudencia sobre esa norma, la regulación del acceso a la casación mediante el concepto del interés casacional se dirige a permitir que en mi caso pueda lograr que se interprete la norma como ya la ha interpretado el Tribunal Supremo otras veces. Cabe preguntarse entonces si se trata de lograr la igualdad en la interpretación, tal y como en ocasiones señala la doctrina⁴³.

Realmente, la igualdad en la interpretación no está garantizada siempre. En el recurso de casación la igualdad sería, supuesto que la sentencia sea recurrible, con una interpretación anterior del Tribunal Supremo, y dentro de los límites de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre este punto y a los que me he referido antes (cuando el mismo juez o tribunal resuelvan de un caso sustancialmente igual a otro sobre el que él mismo hubiera resuelto, el principio de igualdad exige que resuelva de manera desigual por razones arbitrarias, lo que significa que en caso de cambio de criterio ha de justificarlo). Cuando el interés casacional derive de haber contradicción en la interpretación de las Audiencias Provinciales, o de no existir doctrina jurisprudencial si la norma lleva menos de cinco años en vigor, el recurso de casación servirá para decir qué interpretación es, según el Tribunal Supremo, la correcta, de modo que en casos futuros pueda servir para considerar que ya existe jurisprudencia (puesto que, además, según el Acuerdo del Tribunal Supremo citado de 2011, en estos casos basta con una sentencia para entender que existe jurisprudencia, sin exigirse el requisito de la reiteración).

La interpretación del Tribunal Supremo (la pasada, que se mantiene; la actual, consecuencia de un cambio o de una nueva fijación a la vista de que los tribunales inferiores no mantienen la misma posición o de que la norma es "relativamente" nueva) sirve entonces para afirmar que se ha infringido la norma aplicable porque se le ha dado una interpretación que no

⁴³ Así, por ejemplo, GIMENO SENDRA en <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-22/seccion-corporativa/1770-el-recurso-espanol-de-casacion-civil-perspectiva-de-reforma-0-7208105500049987>, El Notario del siglo XXI, nov. dic. 2008, nº 22, p. 2: "la aplicación del principio constitucional de igualdad es función esencial del recurso de casación mediante la emisión de su doctrina legal que ha de dotar seguridad a todo el ordenamiento".

coincide con la del Tribunal Supremo. Otra cosa es que, además, en los casos en los que no quepa recurso de casación, los tribunales inferiores se sentirán inclinados a mantener el criterio del Tribunal Supremo, bien por comodidad, bien por prestigio.

La interpretación uniforme de las normas favorece el principio de seguridad jurídica, la previsibilidad, y puede afirmarse que las normas no son lo que son sin su interpretación. Este planteamiento conduce a un debate en el que aquí no se puede entrar acerca del papel del Tribunal Supremo como pseudo-legislador, cuando ni por su origen, forma de acceso de los magistrados, ni por su función puede atribuirse a este órgano judicial una competencia legislativa. Las normas no son separables de su interpretación: la interpretación del Tribunal Supremo se integra con la norma, y esa interpretación a veces conlleva una adaptación de la norma a los cambios sociales (art. 3 CC), la integración de lagunas del Derecho positivo (art. 7 CC: el juez no puede negarse a juzgar, mediante la interpretación extensiva, la analogía, la aplicación de principios generales del derecho, etc.). Poco importa que la infracción de la jurisprudencia no sea un motivo del recurso de casación, y que no pueda invocarse si no se alega infracción de una norma: para los asuntos de cuantía inferior a 600.000 euros, lo cierto es que la infracción de la norma se entiende que se ha producido, si hay jurisprudencia, porque no se ha interpretado conforme a la jurisprudencia, y si no existe esa jurisprudencia, en las circunstancias concretas previstas en la ley (jurisprudencia contradictoria de las Audiencias, norma “novedosa”), con la finalidad de propiciar que se forme esa jurisprudencia

La lectura de las sentencias del Tribunal Supremo muestran cómo al resolver el recurso de casación, al Tribunal Supremo le importa su doctrina (finalidad de unificación jurisprudencial), no la norma, no la defensa del Derecho objetivo. Eso se aprecia en la cita de la formulación del recurso y en la redacción de la sentencia. A veces es por economía del lenguaje, pero evidencia la mezcla de conceptos. Es razonable que así sea, porque si no hay interés casacional no se abre el recurso. Pero llega un momento en el que, incluso, las sentencias, al resolver un recurso de casación ya no razonan sobre la norma y su interpretación, cosa que se debió hacer al menos la primera vez que el Tribunal Supremo se pronunció sobre el tema, sino que ya razonan directa y exclusivamente sobre su propia jurisprudencia, valorando si el asunto concreto que se les somete ahora encaja o no en la regla creada por el Tribunal Supremo. La norma y su interpretación pasan a ser secundarias: importan las propias reglas creadas por el Tribunal Supremo⁴⁴.

No siempre, pero a veces la lectura de los motivos recogidos en la sentencia muestra que se funden el motivo con el interés casacional: el motivo acaba siendo la infracción de la jurisprudencia sobre un precepto (o la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias).

⁴⁴ La primera vez, el Tribunal Supremo razona sobre la norma: STS 16.1.2015 (Roj: - ECLI:ES:TS:2015:426): cantidades anticipadas, sobre si el art. 1 de la Ley de 1968 era o no aplicable, no al que recibe dinero de los adquirentes, sino a quien lo recibe de quien lo recibió (el Tribunal Supremo entiende que el precepto no se refiere a la entidad financiadora de la promoción ni a aquellas entidades de crédito que pudieran percibir los fondos ulteriormente). En otras sentencias posteriores se limita a comprobar si el caso planteado encaja en la doctrina sentada con anterioridad (STS 7.7.2016, Roj: STS 3148/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3148).

Nada que reprochar cuando en la explicación del motivo se suma la interpretación que de la norma ha hecho el Tribunal Supremo, aunque esa interpretación sirve para apreciar si hay interés casacional⁴⁵, pero, a veces, ni se cita la norma⁴⁶, hasta el punto de que el Tribunal Supremo llega a calificar de "instrumental" la cita como infringida de una norma si no hay contradicción con la jurisprudencia: en definitiva, que no hay infracción relevante de norma si no hay "infracción" de jurisprudencia, o falta de jurisprudencia, o jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales⁴⁷.

4. Motivo del recurso de casación. La infracción de normas aplicables. Las cuestiones de hecho están excluidas de la casación: casos conflictivos

Vuelvo ahora sobre este punto, el del único motivo del recurso de casación, con otro objetivo, el de destacar cómo la casación no es una tercera instancia, sino un recurso excepcional dirigido a resolver conceptos jurídicos, a precisar la interpretación de las normas jurídicas.

⁴⁵ STS 16.2.2016, Roj: STS 512/2016 - ECLI:ES:TS:2016:512. El Tribunal Supremo resume que: "El motivo se funda en la infracción de la jurisprudencia relativa a la presunción *iuris tantum* de la validez de los contratos y al carácter excepcional de los vicios del consentimiento, así como por infracción de los arts. 1265 y 1266 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta, porque la sentencia recurrida confiere eficacia invalidante a la pretensión de nulidad contractual sobre la base de error en el consentimiento, cuando no se han acreditado los requisitos para ello, según lo previsto en los artículos citados y la jurisprudencia que los desarrolla". El motivo se estima: "Estimación del motivo. Jurisprudencia sobre el error vicio. El recurso denuncia la infracción de la jurisprudencia sobre los arts. 1265 y 1266 CC... Por esta razón, consideramos que se ha conculcado la jurisprudencia antes expuesta sobre el error vicio, ..."

STS 15.6.2016, Roj: STS 2871/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2871: "Contra la sentencia de la Audiencia, la Fundación ha interpuesto recurso de casación por razón de interés casacional, integrado por dos motivos en los que denuncia, en ambos, infracción del artículo 31.c) de la Ley 52/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. A fin de justificar el interés casacional de la resolución del recurso, se alega en el motivo primero la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. En el motivo segundo, el interés casacional, por alegada oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, ...".

STS 9.6.2016, Roj: STS 2638/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2638: "Los motivos del recurso de casación fueron: 'Primero.- La infracción, por no aplicación del artículo 184.1 de la LC, en relación con los arts. 197.7 de la LC y 448.1 de la LEC, sobre la condición de parte y legitimación para actuar en el procedimiento y recurrir de la mercantil concursada, en oposición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo expresada en las sentencias numero 227/2010, de 22 de abril o numero 534/2012, de 13 de septiembre'. Se estima."

⁴⁶ STS 8.6.2016, Roj: STS 2624/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2624: "Motivo único del recurso de casación. Vencimiento del crédito por honorarios de la administración concursal. Planteamiento:

1.- Se formula al amparo del art. 477.2.3 LEC, y se alega que existen resoluciones contradictorias de las Audiencias Provinciales, señalando por un lado -en el mismo sentido que la recurrida- las sentencias de la Sección 1a de Audiencia Provincial de Pontevedra de 7 de junio de 2012, de la Sección 3 de la Audiencia Provincial de Navarra de 5 de marzo de 2012 y de la Sección 9 de la Audiencia Provincial de Valencia de 26 de julio de 2012 ; y por otro, las sentencias de la Sección 1 de la Audiencia Provincial de Jaén de 26 de julio y 27 de noviembre de 2013. 2.- En el desarrollo del motivo se solicita que se resuelva dicha discrepancia entre las resoluciones judiciales y se determine que el vencimiento de los honorarios de la administración concursal, salvo que el juez determine expresamente otra fecha, se produce en la fecha de aceptación del cargo" (no se admite porque el Tribunal Supremo opta por una interpretación que es la sentencia recurrida).

⁴⁷ ATS 14.2.2012 (RJ\2012\3916): "En la medida que ello es así, la Sentencia recurrida no se opone a las Sentencias de esta Sala citadas como infringidas, debiendo recordarse que el interés casacional consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina de esta Sala (lo que constituye presupuesto del recurso), por lo que es obvio que ese conflicto debe realmente existir y ser acreditado por la parte, siendo improcedente todo intento de recurso en el que se invoque el "interés casacional" que se manifieste como meramente nominal, artificioso o instrumental, ya que no podría cumplirse el fin del recurso, que es el mantenimiento o el cambio motivado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sido contradicha".

Esta afirmación ha sido tradicional en las sentencias del Tribunal Supremo en las que el recurrente pretendía una revisión de los hechos considerados probados en la instancia o de su valoración. Pero también cuando la aplicación de una norma depende de las circunstancias fácticas que concurren en cada caso. La declaración del Tribunal Supremo que no son función de la casación las cuestiones fácticas se ha venido vinculando a la denominada función nomofiláctica de este recurso, y cobra pleno sentido en el reconocimiento legal del único motivo en el que puede fundarse el propio recurso: la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.⁴⁸

El art. 483.2.3 LEC se limita a decir que procede la inadmisión del recurso de casación “si no existiere interés casacional”, y el Acuerdo del Tribunal Supremo de 2011 declara que no es admisible la modalidad de recurso de casación por interés casacional cuando el criterio aplicable para la resolución del problema jurídico planteado dependa de las circunstancias fácticas de cada caso, salvo que estas sean idénticas o existan solo diferencias irrelevantes y cuando la aplicación de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo invocada solo pueda llevar a una modificación del fallo recurrido mediante la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considere probados.

En la práctica, la aplicación de estos criterios está dando lugar a que la interpretación y aplicación del concepto de interés casacional permita afirmar al Tribunal Supremo que, si el recurrente pretende una revisión de los hechos no concurre interés casacional. En definitiva, una muestra del proceso de identificación que se está produciendo entre la valoración de la infracción de la norma (motivo único) y la apreciación de la concurrencia de interés casacional (uno de los posibles presupuestos para la admisión del recurso).

Aplicando los criterios del Acuerdo 2011, el Tribunal Supremo declara que no hay interés casacional –y que procede la inadmisión del recurso (art. 483.2.3º LEC)⁴⁹ y, en

⁴⁸ Mención aparte debe hacerse del caso de los recursos de casación contra sentencias dictadas para la tutela judicial civil de derechos fundamentales. El Acuerdo del Tribunal Supremo 2011, p. 6, expresamente declara que: “En el recurso de casación para la tutela judicial civil de derechos fundamentales la Sala Primera del Tribunal Supremo debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados”.

Como ejemplo de este modo de proceder puede verse la STS 27.6.2011, Roj: STS 5044/2011 - ECLI:ES:TS:2011:5044 (honor/libertad expresión): “Es doctrina de esta Sala que cuando la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales, como ocurre en el caso examinado, esta Sala no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados (SSTS, entre otras, de 7 de diciembre de 2005, 27 de febrero de 2007, 18 de julio de 2007, RC nº 5623/2000, 25 de febrero de 2008, RC nº 395/2001, 2 de junio de 2009, RC nº 2622/2005).

Este criterio se admite, entre otras resoluciones, por la STC 100/2009, de 27 de abril de 2009, la cual, anulando el ATS de 24 de mayo de 2005, RC nº 2766/2001, declara (FJ 6), entre otros extremos, que “la falta de veracidad de la información (en el sentido que corresponde a este término, cuando se enjuicia la constitucionalidad del ejercicio del derecho de información) y el carácter vejatorio o no de las opiniones emitidas por el autor de los artículos periodísticos son cuestiones de estricto carácter jurídico, vinculadas a la ponderación sustantiva de los derechos fundamentales en conflicto”.

⁴⁹ No hay interés casacional porque no existe un conflicto jurídico sino disconformidad con la valoración de los hechos: ATS 1.6.2016, Roj: ATS 5000/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5000A, solicitud de modificación de medidas (custodia compartida y valoración del interés del menor); la aplicación de la doctrina citada en el recurso requiere la prueba de un hecho que en el caso no resultó acreditado: que el acreedor y promitente consintieron la firma en el pagaré por el representante: ATS 25.4.2016, Roj: ATS 3520/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3520A; la razón por la que se admitió una modificación de medidas fue la valoración por la instancia de que el hecho de comprarse el padre una vivienda y contraer un préstamo hipotecario no se había contemplado como posibilidad

consecuencia, una vez admitido, su desestimación– cuando entiende que el recurrente pretende una revisión de los hechos o de su valoración⁵⁰.

Con todo, hay casos difíciles en los que el Tribunal Supremo distingue entre las circunstancias fácticas y su calificación jurídica, que sí sería objeto de la casación. Lo que sucede es que hay algunos ámbitos en los que es difícil anticipar el criterio del Tribunal. Me referiré a algunos casos difíciles:

– En materia de interpretación de los contratos, de una parte, el establecimiento de los hechos es una tarea previa a la de la interpretación (qué declaraciones de voluntad emitieron las partes, qué se dijo, qué se escribió, qué conducta se ha tenido, etc.) que suscita, sobre todo, problemas de prueba (arts. 281 y ss. LEC), corresponde en exclusiva al juzgador de instancia y está excluida del recurso de casación (cfr. art. 477.1 LEC); por otra parte, se trata de averiguar el sentido de la voluntad contractual: debe realizarse conforme a las reglas dispuestas en los arts. 1281 a 1289 CC⁵¹. La cita concreta de uno de estos preceptos como motivo del recurso puede permitir la estimación del recurso, pero no la cita acumulada con la intención de que se cambie la interpretación realizada por la instancia porque, dice el Tribunal Supremo, se estaría propiciando que este tribunal se constituyera en una nueva instancia con la finalidad de llevar a cabo una nueva interpretación del contrato, pese a no existir una infracción concreta de las normas de interpretación⁵². Pero lo cierto es que estas afirmaciones las suele realizar el Tribunal Supremo después de manifestar que le parece razonable la interpretación motivada de la Audiencia Provincial.

– En materia de responsabilidad por culpa, el Tribunal Supremo declara que la apreciación de la culpa o negligencia es una cuestión jurídica que puede revisarse en casación⁵³. Pero, a continuación, precisa que “el juicio de la instancia debe permanecer incólume, no susceptible de revisión casacional, cuando no se demuestre ilógico, irracional o arbitrario o vulnerador de

al fijar los alimentos a la hija, lo que provoca un cambio de su capacidad económica: ATS 30.3.2016 ATS 2368/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2368A; la no procedencia de la revisión de la pensión de alimentos a favor del hijo mayor depende de la situación económica de la progenitora, valorada por la instancia: ATS 20.1.2016 Roj: ATS 222/2016 - ECLI:ES:TS:2016:222A; el recurrente entiende que la AP se equivoca al no tener en cuenta la modificación de circunstancias económicas del padre a la hora de reducir la pensión de alimentos fijada: ATS 22.4.2015 Roj: ATS 2996/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2996A; en el marco de una acción reivindicatoria, el tribunal de apelación, tras la valoración de los distintos medios de prueba practicados en las actuaciones, considera acreditado la clara extralimitación del recurrente en la extensión de su finca, lo que se niega: ATS 10.6.2014 Roj: ATS 5135/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5135A.

⁵⁰ STS 23.4.2012, Roj: STS 2861/2012 - ECLI:ES:TS:2012:2861: el recurrente se limita a aportar sentencias sobre cuestiones fácticas en la determinación de la cuantía de los alimentos, por lo que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, no concurre interés casacional, por lo que no puede entrarse a examinar el recurso de casación.

⁵¹ Frente a una primera opinión doctrinal y jurisprudencial contraria, en la actualidad es común la consideración de estas reglas de interpretación como auténticas normas jurídicas y, por tanto, de carácter vinculante. En consecuencia, su inaplicación o aplicación indebida es motivo de recurso de casación (art. 477.1 LEC). Pero la Sala 1ª Tribunal Supremo ha establecido de manera reiterada que debe mantenerse la interpretación del tribunal de instancia, aunque no sea la única posible, por ser “más objetiva y desinteresada” que la “más subjetiva y parcial del recurrente”, salvo que la primera sea absurda, arbitraria, ilógica o infrinja preceptos legales. El control de casación, en este ámbito, juega como un control de legalidad y, si se estima el recurso de casación no es porque exista otra interpretación mejor, sino porque la hecha por el tribunal de instancia es contraria a las normas de interpretación (vid. PARRA LUCÁN, en *Curso de Derecho civil II*, ed. Colex, 2015, p. 449).

⁵² STS 8.6.2016, Roj: STS 2624/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2624, con cita de otras anteriores.

⁵³ STS 3.6.2016, Roj: STS 2577/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2577, con cita de la de STS 185/2016, de 18 de marzo (Rec. 424/2014), STS 247/2014, de 19 de mayo (Rec. 2147/2012).

normas legales por no haberlas tenido en cuenta al analizar la culpa o negligencia de la acción u omisión”⁵⁴.

Esto significa que, al igual que en materia de interpretación de los contratos, una sentencia motivada y bien argumentada será mantenida en casación. La casuística impide que pueda elaborarse una doctrina jurisprudencial sobre algunas materias.

En dos sentencias recientes, de las que es ponente Pantaléon, se añade una reflexión en la que el Tribunal Supremo afirma algo que ya no sería necesario para resolver el recurso, pero que es muy revelador. Apreciado por el Tribunal Supremo que la valoración de los hechos contenida en la sentencia recurrida puede mantenerse, el recurso de casación, dice el Tribunal Supremo, debería desestimarse en todos los casos, con independencia de que la vía de apertura al mismo se el interés casacional o la cuantía del asunto⁵⁵. (en los supuestos a que se refieren estas sentencias los recursos se han interpuesto por interés casacional por discrepancia de las Audiencias Provinciales).

La observación del Tribunal Supremo es importante porque significa que lo que valora como que no existe interés casacional, por depender de las circunstancias concretas de cada caso, de modo que no se puede elaborar una doctrina jurisprudencial, en el recurso de casación por la cuantía llevaría al mismo resultado desestimatorio. Pero en el recurso de casación por la cuantía no hay que valorar si hay interés casacional. ¿Por qué se llegaría entonces al mismo resultado de desestimación del recurso?

En mi opinión porque, en definitiva, se está considerando que la valoración de los hechos y su interpretación supone una aplicación correcta de la norma. En la vía de la casación por la cuantía este razonamiento debe identificarse con el análisis de la norma, de su interpretación⁵⁶. En la casación por interés casacional por existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias es preciso comprobar, además, si existe para un caso semejante al que se discute una postura uniforme de las Audiencias Provinciales, lo que solo es posible si se han pronunciado sobre supuestos en los que no sean decisivas las concretas circunstancias del caso. En este sentido, señala el Tribunal Supremo que: «Siendo la función propia del recurso de casación por razón de interés casacional, en su modalidad de existencia

⁵⁴ STS 3.6.2016, Roj: STS 2577/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2577, con cita de la STS 772/2008, de 21 de julio (Rec. 2147/2001), que a su vez cita las de 2 de marzo de 2001 y 21 de octubre de 2002. Examinada la sentencia recurrida, esta Sala no encuentra ninguno de dichos defectos en la valoración jurídica de la Audiencia a quo de que, en el caso de autos, no concurrió culpa o negligencia del demandado.

⁵⁵ Se trata de las siguientes:

- STS 3.6.2016, Roj: STS 2577/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2577 (irrupción jabalí calzada): “Esta Sala habría debido desestimar también un hipotético recurso de casación que, en un caso con las ‘peculiares circunstancias’ concurrentes en el de autos, pero con resultado dañoso de mayor gravedad, hubiera podido interponerse y se hubiese interpuesto por razón de la cuantía del proceso”.

- STS 15.6.2016 (Roj: STS 2871/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2871): “A la luz de los hechos incontrovertidos del caso, esta Sala no habría hallado motivo bastante para corregir la valoración jurídica que la Audiencia *a quo* hizo de los mismos -que acreditaban la existencia de la causa de extinción de la fundación prevista en el art. 31.c) de la Ley de Fundaciones -, en la hipótesis de que el recurso de casación denunciando infracción de esa norma hubiera podido interponerse y la Fundación lo hubiese interpuesto por razón de la cuantía del proceso”.

⁵⁶ Confirma esta conclusión la STS 3.6.2016, Roj: STS 2566/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2566, en un caso de interpretación de un contrato marco en el que el recurso de casación alega como motivo infracción de las normas de interpretación y que el asunto llega a casación por la vía de la cuantía. El Tribunal Supremo desestima el recurso porque, tras analizar la interpretación realizada por la Audiencia Provincial entiende que es correcta y, en consecuencia, no se da la infracción denunciada por la parte recurrente de los arts. 1282 y 1283 CC: la interpretación que realiza la sentencia recurrida es acertada.

de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, la fijación o unificación de la doctrina jurisprudencial, requiere obviamente la posibilidad de que haya una doctrina -con una mínima dosis de generalidad- susceptible de ser fijada o unificada. Tal modalidad de recurso es, pues, en principio inviable para revisar valoraciones de los tribunales de instancia que, aunque jurídicas, vengan decisivamente determinadas por las concretas circunstancias fácticas del caso»⁵⁷. Eso significa, además, que en los recursos por interés casacional esta circunstancia debe valorarse en fase de admisión del recurso (art. 483.2.3), lo que resulta difícil de hacer si no se profundiza, y puede dar lugar a discrepancias de criterios ya en la fase de admisión de los recursos.

Pero este planteamiento no se mantiene por el Tribunal Supremo con la misma rigidez en todos los asuntos. ¿Puede haber jurisprudencia sobre los criterios para fijar si la pensión compensatoria en los procesos de separación y divorcio es temporal (art. 97 CC)? ¿O sobre los criterios para atribuir el uso de la vivienda familiar (art. 96 CC)?

El análisis jurisprudencial muestra cómo en estos casos el Tribunal Supremo identifica un criterio “jurídico” que engloba la valoración de las circunstancias concretas enumeradas en estos preceptos y a partir de allí acaba valorando los propios hechos del caso concreto, sin que pueda afirmarse con seguridad que se trate de una valoración jurídica que no venga decisivamente determinada por las circunstancias fácticas concretas del caso.

Así sucede en el ámbito de la fijación o no de la pensión compensatoria o en su atribución temporal o indefinida. Así, la STS 21.2.2014 casa la de instancia, que entendió que no existía desequilibrio porque, según el Tribunal Supremo, no tuvo en cuenta las diferentes situaciones económicas, la capacidad profesional, la edad y la minusvalía de la esposa⁵⁸. La STS 11.5.2016⁵⁹ casa la sentencia de la Audiencia, que limitó en el tiempo la pensión compensatoria a favor de la esposa porque, según el Tribunal Supremo, la Audiencia no

⁵⁷ STS 3.6.2016, STS 15.6.2016 (Roj: STS 2871/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2871) –en un caso en el que se discutía si concurría o no una de las causas de extinción de las fundaciones–. En esta última se termina diciendo: “Con seguridad no cabe identificar la mera inactividad de una fundación con la imposibilidad de que realice su fin fundacional. Y dicha imposibilidad existirá sin duda cuando ese fin haya devenido inconstitucional, ilegal o contrario al bien común, o cuando la fundación haya perdido total y definitivamente su patrimonio.

Pero, eso sentado, no encuentra esta Sala posible fijar una doctrina jurisprudencial, que precise más las concretas circunstancias fácticas cuya concurrencia sería necesaria o suficiente para que la inactividad de la fundación pudiera o tuviera que considerarse un reflejo de la imposibilidad determinante de su extinción a tenor del art. 31.c) de la Ley estatal 50/2002 de Fundaciones. *La casuística impone sus exigencias: reclama su espacio frente a la regla jurisprudencial. Por ende, un recurso de casación de la modalidad del ahora examinado no será, en principio, viable contra una sentencia del tipo de la dictada por la Audiencia a quo, con independencia de que tal sentencia venga a estimar, o no, la petición de disolución de la fundación de que se trate”.*

⁵⁸ Roj: STS 655/2014 - ECLI:ES:TS:2014:655: “Esta Sala debe declarar que en la sentencia recurrida no se ha tenido en cuenta el amplio periodo de tiempo que la demandante se dedicó en exclusiva a las atenciones familiares y su influencia negativa en el desarrollo profesional de la Sra. Paulina. Igualmente ese prolongado lapso de dedicación a la familia es el que determina que la pensión cotizada sea inferior, lo que exige la oportuna compensación.

Este dato, de esencial importancia y recogido expresamente como uno de los elementos a valorar en el art. 97 CC, *provoca un desequilibrio entre uno y otro de los cónyuges, en relación con sus respectivas situaciones económicas, habida cuenta que por la discapacidad y edad de ella, no es previsible que pueda mejorar su situación profesional o económica.* Por tanto, la sentencia recurrida infringe el art. 97 CC, cuando declara que la pensión de ella es “la justa y acoplada a las aptitudes y actitudes de la Sra. Paulina”. Igualmente es rechazable, en este caso, el argumento de que la pensión compensatoria “no es un mecanismo dador de cualidades profesionales que no se tienen”.

Por lo argumentado procede la casación de la sentencia recurrida, asumiendo, por su corrección jurídica, en su integridad, el fallo de la sentencia dictada en primera instancia.

⁵⁹ Roj: STS 2041/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2041.

valoró los criterios con "certidumbre o potencialidad real"⁶⁰. De forma parecida, la STS 24.5.2016⁶¹. Pero resulta inevitable para apreciar la corrección de la interpretación realizada por el tribunal de instancia y pronunciarse con los "altos índices de probabilidad" requeridos por el Tribunal Supremo tener en cuenta circunstancias fácticas tan concretas como la edad "avanzada" o no, estudios, tiempo trabajado por la mujer y posibilidad de abrirse un futuro profesional, etc.

Algo parecido sucede con la aplicación del art. 96 CC y la adjudicación del uso de la vivienda familiar, donde no se ve en qué se diferencia lo que dice el Tribunal Supremo de lo que podría decir un tribunal de instancia⁶². O con las sentencias que se pronuncian sobre la graduación de la incapacidad de una persona⁶³. O al valorar si la información proporcionada por la entidad financiera es suficiente en atención al tipo de operación realizada⁶⁴.

⁶⁰ "La valoración de esos factores, ya sea para fijar un límite temporal a la obligación como para fijar la cuantía de ella, el juicio prospectivo del órgano judicial debe realizarse con prudencia, y ponderación y con criterios de certidumbre. En definitiva, como recoge la sentencia de 10 de febrero de 2005, Rc. 1876/2002 (RJ 2005, 1133), con certidumbre o potencialidad real determinada por altos índices de probabilidad, que es ajena a lo que se denomina futurismo o adivinación (STS de 2 de junio de 2015, Rc. 507/2014 (RJ 2015, 4281)). El plazo habrá de estar en consonancia, por tanto, con la previsión de superación del desequilibrio. La aplicación de esta doctrina al caso determina la casación de la sentencia, por cuanto, desde el escrupuloso respeto a los hechos probados, realizando el juicio prospectivo a que se ha hecho mención, se ha de concluir que el de la sentencia recurrida no se muestra lógico y racional. Si se tiene en cuenta la edad de la recurrente, que su matrimonio ha durado más de 30 años, que durante ese tiempo ha sido ella quien de forma principal se ha ocupado del cuidado de la familia e hija habida en el matrimonio, que durante ese tiempo, a pesar de tener la licenciatura en Bellas Artes, sólo ha trabajado esporádicamente y que carece en la actualidad de ingresos, la conclusión, con alta probabilidad y certidumbre es que no supere el desequilibrio, pues por edad, según máximas de experiencia, le va a ser sumamente difícil acceder al mercado laboral, cuando precisamente comparten también tal dificultad las personas más jóvenes".

⁶¹ En la Sentencia del TS puede leerse: "La aplicación de esta doctrina al caso determina la casación de la sentencia, por cuanto, desde el escrupuloso respeto a los hechos probados, realizando el juicio prospectivo a que se ha hecho mención, se ha de concluir que el de la sentencia recurrida no se muestra lógico y racional. Si se tiene en cuenta la edad de la recurrente, que su matrimonio ha durado más de 30 años, que durante ese tiempo ha sido ella quien de forma principal se ha ocupado del cuidado de la familia e hija habida en el matrimonio, que durante ese tiempo, a pesar de tener la licenciatura en Bellas Artes, sólo ha trabajado esporádicamente y que carece en la actualidad de ingresos, la conclusión, con alta probabilidad y certidumbre es que no supere el desequilibrio, pues por edad, según máximas de experiencia, le va a ser sumamente difícil acceder al mercado laboral, cuando precisamente comparten también tal dificultad las personas más jóvenes".

⁶² STS 21.7.2016, Roj: STS 3888/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3888: Esta Sala ya lo ha declarado en sentencia de 24 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5180); rec. 2119 de 2013: ... Pues bien, el interés más necesitado de protección ya ha sido valorado en la sentencia por lo que restar por analizar si se debe imponer una limitación del derecho de uso, armonizando los dos intereses contrapuestos... Se trata de un tiempo suficiente que va a permitir a la esposa rehacer su situación económica puesto que si bien carece en estos momentos de ingresos, cuenta con apoyos familiares y puede revertir, por su edad, y cualificación (química) la situación económica mediante al acceso a un trabajo, que incrementa los ingresos que recibe tras la ruptura personal definitiva de su esposo, y le permita, como consecuencia, acceder a una vivienda digna para atender a las necesidades del hijo durante los períodos de efectiva guarda, siempre con la relatividad que, en ese mismo interés del menor, tienen estas y las demás medidas que puedan afectarle teniendo en cuenta que la guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores, y que el principio que rige los procesos de familia es la posibilidad de cambio de las decisiones judiciales cuando se han alterado las circunstancias, por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas'.

Aplicada la referida doctrina al supuesto de autos, ... El Juzgado fijó el momento de la desafectación de la vivienda, en la liquidación de la sociedad de gananciales. El ahora recurrente lo determina en dos años desde el dictado de la sentencia de casación, tiempo que debemos considerar más razonable y ponderado que el establecido en la sentencia recurrida, si tenemos en cuenta que desde la interposición de la demanda en mayo de 2012, han transcurrido cuatro años, unido a los dos que acepta el recurrente, se le estaría confiando, en la práctica, a la esposa un período de seis años para restablecer su situación económica. El pedimento del recurrente es congruente con sus peticiones hasta el momento y más beneficioso para la demandante, pues si bien el juzgado determinó que ostentaría la posesión de la vivienda hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, esta ya se llevó a efecto en el convenio regulador. Por lo que este nuevo plazo que admite el ahora recurrente resulta más beneficioso para la demandante que el obtenido del juzgado en la sentencia de primera instancia, que el esposo no recurrió".

⁶³ STS 3.6.2016, Roj: STS 2573/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2573: incapacidad total con nombramiento de tutor, el Tribunal Supremo cambia la calificación y dice que no procede incapacitar totalmente sino someter a curatela. El Tribunal Supremo repite toda la argumentación de la Audiencia para confirmar la sentencia que, motivadamente decía por qué no nombraba curadora a la designada voluntariamente por la incapaz. ¿Podría el

En definitiva, el Tribunal Supremo es menos riguroso en algunas clases de asuntos. Aunque no existe una regla fija puede firmarse, a la vista de la lectura de las sentencias del Tribunal Supremo de los últimos tiempos, que hay una tendencia a analizar en profundidad, aunque ello obligue a descender a la casuística de los hechos: para proteger a determinadas personas a las que se considera en situación de "debilidad" (menores, en situación de precariedad económica, personas con discapacidad, clientes de entidades financieras).

Coincide además que en muchos de estos casos existe elevada conflictividad y repercusión social. El dictar jurisprudencia sobre estas materias podría cumplir una función de reducir de la litigiosidad si la doctrina fuera generalizable y pudiera prescindirse de las circunstancias de cada caso, pero no siempre es así, como hemos visto, de modo que no puede asegurarse que una vez que el Tribunal Supremo resuelve de determinada manera sea más difícil que se inicien nuevos pleitos y la cuestión quede pacificada. Por el contrario se transmite la idea de que sea cual sea el sentido del fallo de la sentencia de instancia siempre cabe la posibilidad de que el tribunal superior valore las circunstancias de ese caso de otra manera.

No hay que olvidar, por lo demás que, junto a los casos en los que Tribunal Supremo se muestra flexible en el entendimiento de que existe una cuestión jurídica susceptible de ser decidida y valorada en el recurso de casación, con carácter general los hechos son muy importantes a otros efectos:

1) Para apreciar si hay jurisprudencia sobre el mismo tipo de caso que se le plantea al Tribunal Supremo en el recurso de casación que se está decidiendo⁶⁵. Este valor es predicable de los recursos de casación en los que la vía de acceso es el interés casacional.

Tribunal Supremo valorar los hechos de otra manera? ¿Debe respetar la valoración de la Audiencia si está motivada? ¿También si no le parece razonable?

⁶⁴ STS 18.4.2013, Roj: STS 2589/2013 - ECLI:ES:TS: 2013:2589; la Audiencia entendió que la información facilitada a los demandantes por el banco fue suficiente, porque se cruzaron correos electrónicos con información sobre los valores que adquirirían, uno de los clientes era empresario, actuaron asesorados por un tercero, etc. La recurrida, BBVA alega que los motivos del recurso de casación pretenden una revisión de la prueba realizada por la Audiencia, pero el Supremo entiende que la información suministrada sería suficiente para un contrato más sencillo, pero no para el concertado por los demandantes.

⁶⁵ A modo de ejemplo:

- STS 24.5.2016, Roj: STS 2296/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2296 (hospedaje, depósito, sustracción de joyas en la habitación de hotel: la AP dice que la responsabilidad se distribuye al 50%, porque las demandadas, que estaban en el 8º piso de un hotel de 5 estrellas no fueron muy diligentes al dejar por la noche sus objetos encima de la mesa del salón de la habitación de 350 m que ocupaban...). Recurrida la sentencia dice el Tribunal Supremo que no hay jurisprudencia y no hay interés casacional: "Su motivo único se ha basado en la infracción de los arts. 1783 y 1784 del Código civil y se ha fundado en el interés casacional 'por contradecir la sentencia recurrida y oponerse a la doctrina jurisprudencial que desarrolla la interpretación de dichos artículos contenida en las sentencias cuyo texto se ha acompañado, reseñadas como las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 8 mayo 2008 -recaída en el recurso número 338/2001 - 11 julio 1989 y 15 marzo 1990, todo ello al amparo de lo dispuesto en el art. 477. 2. 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil', tal como dice literalmente el encabezamiento del motivo. Los artículos mencionados se refieren al llamado 'depósito necesario' que ni es un verdadero contrato de depósito, que no se contrae sino que fija unos presupuestos (art. 1783) y unos efectos (art. 1784) que ni se han planteado en la *litis*. Y las sentencias que señala, en nada se refieren a un caso que pueda extrapolarse al presente. La sentencia de 11 julio 1989 se refiere a la legitimación pasiva de la entidad hotelera demandada y contempla el caso del robo de una bolsa que, al parecer contenía joyas de la huésped. La sentencia de 15 marzo 1990 desestima la demanda, casando la sentencia de la Audiencia Provincial, por tratarse de un robo a mano armada. Y la de 8 mayo 2008 trata de la sustracción de un vehículo de alta gama, del aparcamiento propio del hotel, sin aplicar las normas de llamado depósito necesario. Las demás sentencias citadas a lo largo del desarrollo del motivo no guardan relación con el caso ahora debatidos".

- STS 15.6.2016 (Roj: STS 2871/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2871): "El motivo primero del recurso que nos ocupa incurre claramente en esta causa de inadmisibilidad, ahora causa de desestimación. Esta Sala ha examinado las tres sentencias traídas a colación en el mismo motivo del recurso... En suma: en ninguna de las tres referidas sentencias se contempló un caso con circunstancias fácticas idénticas o sólo irrelevantemente

2) Para valorar si hay infracción de norma puede ser necesario comprobar si los hechos están incluidos en el supuesto a que se refiere la norma: la infracción de una norma puede producirse por aplicarla a un caso que no forma parte de su supuesto de hecho o por inaplicarla a un caso que sí está incluido en su supuesto de hecho, siempre según la interpretación que haga el Tribunal Supremo del supuesto de hecho de la norma⁶⁶.

5. Estabilidad de la jurisprudencia: la necesidad de doctrina reiterada, las excepciones y los cambios jurisprudenciales

5.1. Doctrina reiterada y sus excepciones

La letra del art. 1.6 del Código civil se refiere a la jurisprudencia como la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Se ha venido entendiendo como tal la que fundamenta, al menos, dos decisiones análogas, sobre casos iguales o muy semejantes⁶⁷. La exigencia de estos requisitos forma parte de nuestra cultura jurídica y venía siendo admitida por los autores con normalidad.

Ahora bien, si la reiteración está mencionada en el art. 1.6 del Código civil y ha venido siendo exigida por el Tribunal Supremo, desde hace tiempo que se trataba de un requisito sometido a revisión⁶⁸. Al amparo del art. 487.3 LEC, podía defenderse que una sola sentencia, cuando suponga una variación consciente de una línea jurisprudencial anterior, es suficiente para considerar que se ha producido un cambio en la jurisprudencia y, sin explicación, el Tribunal Supremo ha considerado que existía interés casacional en la doctrina sentada por una sola sentencia⁶⁹. Pero, en cualquier caso, ha sido esencial el criterio

diferentes a las del presente; lo que es también causa de inadmisibilidad según el Acuerdo de 30 de diciembre de 2011. Y en ninguna de ellas se desestimó una petición declarativa de la extinción de una fundación, contraponiendo la inactividad de la misma, mera o recalcitrante, a la imposibilidad de realizar su fin fundacional”.

– STS 26.2.2016, Roj: STS 620/2016 - ECLI:ES:TS:2016:620: no hay interés casacional porque la base fáctica es distinta a la que subyace en los casos resueltos por las sentencias que se invocan a efectos comparativos.

⁶⁶ Por ejemplo, ¿se debe equiparar la compraventa financiada con un préstamo hipotecario a la compra venta a plazos a efectos de determinar a quién pertenece la vivienda comprada antes de la celebración del matrimonio (arts. 1354 y 1357 CC)? La jurisprudencia ha dicho que sí (STS 31.10.1989, RJ 1989, 7038, argumentando sobre cómo debía interpretarse la norma por razón de su finalidad y de la justicia del caso; se reitera esa interpretación en la STS 7.7.2016, Roj: STS 3146/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3146, que ya no razona cómo debe interpretarse la norma, sino que cita la doctrina de la misma Sala).

⁶⁷ Por todos, M. ORTELLS RAMOS, "La casación en España", op. cit., pp. 61-63.

⁶⁸ Vid. J. PUIG BRUTAU, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, pp. 234, 236; J. LÓPEZ SÁNCHEZ, *El interés casacional*, op. cit., pp. 252-253; J. A. XIOL RÍOS, "Notas sobre la jurisprudencia", op. cit., p. 106.

⁶⁹ La cita de algunas muestras de ello puede ser útil.

– STS 26.3.2009 (RJ 2009, 1750), considera que la sentencia recurrida es conforme a la doctrina jurisprudencial declarada en una única sentencia, la STS 24.7.2008, en la que se declaró, en un caso en el que "jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales", "como doctrina jurisprudencial la de que el pago de la renta del arrendamiento de un local de negocio, fuera de plazo y después de presentada la demanda de desahucio, no excluye la aplicabilidad de la resolución arrendaticia, y ello aunque la demanda se funde en el impago de una sola mensualidad de renta, sin que el arrendador venga obligado a soportar que el arrendatario se retrase de ordinario en el abono de las rentas periódicas.

– STS 21.2.2014 (Roj: STS 655/2014 - ECLI:ES:TS:2014:655) el motivo denuncia infracción del art. 97 CC, concurriendo interés casacional al haber infringido en su interpretación el criterio doctrinal establecido por la

mantenido a este respecto en el Acuerdo de la Junta General del Magistrados de 30.12.2011⁷⁰.

Se dice en el citado Acuerdo, en relación con el recurso por interés casacional consistente en la oposición o desconocimiento en la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo⁷¹, que:

“El concepto de jurisprudencia comporta, en principio, reiteración en la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Es necesario, en consecuencia, que en el escrito de interposición se citen dos o más sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo, y que se razone cómo, cuándo y en qué sentido la sentencia recurrida ha vulnerado o desconocido la jurisprudencia que se establece en ellas.

STS Sala 1ª de 19 de enero de 2010 (Pleno). Se estima el motivo. En su razonamiento, el Tribunal Supremo cita otra sentencia que sigue a la de 2010 (STS 16.7.2013, recurso: 1044/2012).

– STS 19.2.2016, Roj: STS 644/2016 - ECLI:ES:TS:2016:644 (enriquecimiento injusto): En el motivo segundo, que ha resultado admitido (la tramitación), denuncia la aplicación indebida de la doctrina del enriquecimiento injustificado, particularmente de su carácter subsidiario; con cita de la STS de 7 de diciembre de 2011. Pero ni es del Pleno ni fija doctrina por razón del interés casacional. Posiblemente es que hay más, es una jurisprudencia reiterada (la S. 2011 cita otras en igual sentido), y el Tribunal Supremo no se ve en la necesidad de afirmarlo.

Son más llamativos aquellos casos, como el de la STS 19.12.2008 (RJ 2008, 159), en los que se estiman varios motivos del recurso y se entiende que la sentencia impugnada es contraria a la doctrina jurisprudencial, por lo que hay interés casacional, pero no se menciona ni una sola sentencia del Tribunal Supremo, lo que no le impide concluir que: “Como consecuencia de lo razonado, al estimarse fundado el recurso, de conformidad con lo establecido en el art. 487.3 LEC, debe casarse la resolución recurrida en el tema concreto relativo a la cuestión de interés casacional”.

⁷⁰ Frente al criterio de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley 4/2012, de 5 de marzo, del recurso de casación en materia de Derecho civil de Cataluña, establece unos “requisitos de acceso a la casación ante el Tribunal Superior de Justicia” (art. 3) con el propósito declarado expresamente en su Preámbulo de que “no exista ningún tipo de asunto que se quede sin la posibilidad de que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña pueda pronunciarse”. Se parte del presupuesto de que ello es necesario para el desarrollo del Derecho civil catalán y de que la regulación de la casación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil “supone una restricción que dificulta que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña alcance de forma efectiva los hitos que le confiere el ordenamiento catalán con relación a su Derecho civil”, a la vez que se constata que hay materias propias del Derecho civil catalán “que no han tenido o no tienen acceso al recurso de casación”. En particular, conforme al art. 3 de la citada Ley (Requisitos de acceso a la casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña), tienen acceso a casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña los asuntos cuyo motivo de impugnación se fundamente en una de las siguientes causas: a) En la contradicción con la jurisprudencia que resulta de sentencias reiteradas del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña o del Tribunal de Casación de Cataluña. b) En la falta de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña o del Tribunal de Casación de Cataluña. El tiempo de vigencia de la norma con relación a la cual se alega la falta de jurisprudencia no impide el acceso a la casación en ningún caso.

En definitiva: es irrelevante la cuantía del proceso y el acceso a la casación se produce, siempre que se invoque el motivo de infracción de normas del ordenamiento jurídico catalán (art. 2.2 de la citada Ley), tanto si hay contradicción de la resolución impugnada con la jurisprudencia como si no existe jurisprudencia, con independencia del tiempo de vigencia de la norma. Con todo, es fácil observar, el alcance de la ampliación del acceso a la casación a la vista del precepto legal es también reducido, pues no basta alegar la infracción de norma; se trata de garantizar la uniformidad de la jurisprudencia (es requisito de acceso a casación la contradicción con la jurisprudencia: habiendo jurisprudencia, la infracción de norma necesariamente se condiciona a que sea al mismo tiempo infracción de la jurisprudencia) o la creación de jurisprudencia cuando no la haya (es requisito de acceso la falta de jurisprudencia).

Por cierto, que se introduce también alguna diferencia respecto a la regulación estatal por lo que se refiere a la exigencia de reiteración de la jurisprudencia, sobre lo que volveré en el apartado 5 de este trabajo. El art. 3 de la Ley catalana refiere la contradicción de jurisprudencia que resulte de “sentencias reiteradas”, y el Acuerdo de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Cataluña de 22.3.2012 sobre criterios de admisión del recurso de casación en Cataluña (accesible en <http://www.poderjudicial.es/cqpi/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Cataluna>) refiere la reiteración a la existencia de dos sentencias que no hubiesen quedado sin efecto por leyes posteriores (arts. 1.6 CC y 111.2 CC Cataluña). Sin embargo, como es lógico, puesto que se admite la inexistencia de jurisprudencia como otra vía de acceso a la casación, se observa que si solo existe una sentencia y, por tanto, no hay jurisprudencia reiterada, no hay jurisprudencia, y puede invocarse esta causa de acceso. Por lo demás, se admite, con cita del Acuerdo del Tribunal Supremo de 2011 que, “excepcionalmente, podrá admitirse también el recurso cuando, a criterio de la Sala civil y penal del TSJC, 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”.

⁷¹ Acuerdo, p. 14.

La doctrina mantenida en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo invocadas en el escrito de interposición del recurso de casación no tiene carácter jurisprudencial cuando exista otra formulada en sentencias más recientes que se alejen de ella”.

Con todo, más adelante se dice que:

“Cuando se trate de sentencias del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo o de sentencias dictadas fijando doctrina por razón de interés casacional... basta la cita de una sola sentencia invocando su jurisprudencia, siempre que no exista ninguna sentencia posterior que haya modificado el criterio seguido”.

Esto significa que, para que existe interés casacional, es preciso que la jurisprudencia sea reiterada solo si se trata de sentencias que no sean del Pleno y que resuelvan un recurso de casación por razón de la cuantía o derechos fundamentales.

Tanto si se exige reiteración como si no, por tratarse de doctrina fijada en sentencias del Pleno o de sentencias dictadas fijando doctrina por razón de interés casacional, se reconoce que el Tribunal Supremo ha podido abandonar aquella interpretación en sentencias posteriores, de modo que la doctrina anterior habrá dejado de ser considerada como jurisprudencia de contraste para apreciar la existencia de interés casacional.

Se permite que el Tribunal de casación establezca criterios uniformes de interpretación y, al mismo tiempo, se favorece que la jurisprudencia no quede petrificada, reconociendo que, por el contrario, pueda evolucionar⁷². Por eso, el desconocimiento por el tribunal de instancia de la doctrina mantenida con anterioridad por el Tribunal de casación no prejuzga el resultado, es decir, no es suficiente para que prospere el recurso de casación.

Puesto que uno de los objetivos de la casación es lograr una interpretación uniforme de las normas, la seguridad jurídica perseguida requiere estabilidad en la jurisprudencia pero, al mismo tiempo, no hay que olvidar la conveniencia de que la interpretación de las normas se ajuste en cada caso a la cambiante realidad social y a las evoluciones que se consoliden en la doctrina. Es preciso un equilibrio entre la exigencia de adaptación del Derecho a las transformaciones de la sociedad y la permanencia necesaria de la norma.

¿Cómo afecta esta necesidad de permitir una evolución de la jurisprudencia a la selección de asuntos? Si ya existe una jurisprudencia consolidada y la sentencia de instancia la sigue, no habría interés casacional. Sin embargo, para facilitar la posibilidad de evolución, el Acuerdo del Tribunal Supremo admite que se puede volver a plantear un asunto diciendo que han cambiado las circunstancias sociales que justifican una nueva interpretación de la ley.

⁷² En este sentido, I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (junto a A. DE LA OLIVA SANTOS), *Derecho procesal civil, El proceso de declaración*, 3ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 521y 522. Por ello se ha podido afirmar que la regulación de la casación contenida en la LEC 2000 potencia la identificación de la jurisprudencia con una simple función interpretativa, si bien la exclusión de la jurisprudencia como motivo del recurso tiene el sentido de evitar su inmodificabilidad (al respecto, por todos, J. LÓPEZ SÁNCHEZ, *El interés casacional*, Civitas, Madrid, 2002, p. 209).

Con todo, cabe advertir que, ya con anterioridad, el propio Tribunal Supremo siempre se ha reservado la facultad de decidir el valor de la jurisprudencia anterior. Como puso de relieve Puig Brutau, el Tribunal Supremo atribuye a la función judicial una misión creadora del Derecho que no puede sufrir trabas por el hecho de que existan varias sentencias anteriores de sentido contrario (J. PUIG BRUTAU, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, p. 234).

En este sentido, en el Acuerdo 2011 se dice:

“Cuando, a criterio de la Sala Primera del TS, 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.

Esta última excepción tiene el *carácter extraordinario* que se desprende de su naturaleza. Por ello, el recurso no es admisible cuando la Sala Primera del Tribunal Supremo no aprecie la posibilidad razonable de que deba ser modificada la jurisprudencia”⁷³.

Se trata de una previsión que no está en la ley, sino en el Acuerdo del Tribunal Supremo. Queda en manos del propio Tribunal Supremo admitir la necesidad de modificación de la jurisprudencia solicitada (“a criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo”) y se advierte ya que se trata de una posibilidad “de carácter extraordinario”. Cabe pensar que será raro que se admita un recurso en el que se invoque esta solicitud de modificación de jurisprudencia y no el interés casacional. La admisión de un recurso en estas circunstancias requerirá ya de un análisis en la fase de admisión y será todavía más extraño que, admitido el recurso, se desestime con posterioridad.

5.2. Un apunte sobre los cambios jurisprudenciales

La estabilidad de la jurisprudencia proporciona seguridad jurídica y es casi una característica de determinada interpretación para que pueda hablarse propiamente de jurisprudencia respecto de determinada línea de interpretación y aplicación de una norma. En algunas ocasiones, el propio Tribunal Supremo declara expresamente la necesidad de un pronunciamiento que fije doctrina ante la disparidad y divergencia de criterios mantenidos con anterioridad por la misma Sala⁷⁴. Pero, al mismo tiempo, es deseable una flexible

⁷³ Acuerdo, p. 15.

⁷⁴ Así, en la STS 5.3.2007 (Pleno), RJ\2007\723, después de hacer un resumen de las diferentes líneas jurisprudenciales sobre la doble venta y la venta de cosa ajena afirma: “El panorama jurisprudencial que se acaba de describir aconseja que para resolver el presente recurso, fundado en infracción del art. 34 de la Ley Hipotecaria y de la jurisprudencia al respecto, se fije definitivamente la doctrina de esta Sala sobre si dicho precepto ampara o no las adquisiciones a *non domino*, especialmente cuando éstas se producen a consecuencia de procedimientos de apremio sobre bienes embargados después de haberlos enajenado ya su titular registral”. En la STS 15.7.2016 (Pleno), Roj: STS 3192/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3192, declara que: “Sobre la referida cuestión procede señalar que la sentencia de esta sala 751/2010, de 29 de noviembre (Rec. 1064/2007), consideró aplicable el art. 140.II CC al decidir un caso en que el reconocimiento fue anterior al matrimonio entre el reconocedor de complacencia y la madre del reconocido; y también la tan mencionada sentencia 300/2012, de 10 de mayo, pareció limitar la aplicación del art. 136 CC al supuesto de reconocimiento posterior a ese matrimonio; supuesto, éste, para el que ya la sentencia 1162/2002, de 28 de noviembre (Rec. 1362/1997), había declarado aplicable el art. 119 CC, lo que excluía la aplicación del art. 140 CC. Y antes, la sentencia 1131/2001, de 26 de noviembre, había decidido en igual sentido en un caso en el que el reconocimiento se realizó el mismo día de la celebración del matrimonio. Es necesario, pues, fijar aquí la doctrina de esta sala al respecto”. La cuestión 3ª era la siguiente: Habiendo contraído matrimonio el reconocedor de complacencia y la madre del reconocido con posterioridad al nacimiento de este, y habida cuenta de lo que dispone el art. 119 CC, la acción de impugnación de la paternidad que el reconocedor podrá ejercitar ¿es la regulada en el art. 136 CC con un plazo de caducidad de un año, o la regulada en el art. 140.II CC con un plazo de caducidad de cuatro años (dando por supuesto que existió la correspondiente posesión de estado, como es natural cuando se trata de un reconocimiento de complacencia)?

adaptación de la doctrina jurisprudencial a las necesidades sociales y a la evolución de la doctrina de los autores.

Los cambios en la jurisprudencia plantean otros problemas, como el de la retroactividad⁷⁵, pero interesa ahora aquí destacar otro aspecto de la evolución de la jurisprudencia, y es el de el origen de esos cambios, porque en buena medida es determinante de su propia consolidación.

Los cambios que proceden de un acuerdo de la mayoría, que no es norma ni es vinculante, se convertirán en jurisprudencia en cuanto el acuerdo empiece a ser seguido en las sentencias, lo que fácilmente sucederá si procede de la mayoría⁷⁶. Los que responden a una evolución madura de una línea de pensamiento, de una adaptación progresiva a ciertos problemas, a una nueva percepción de la realidad social que se valora de manera diferente, o que acoge consolidados planteamientos doctrinales es más probable que se consoliden⁷⁷. Por el contrario, serán más raramente continuadas posturas aisladas de magistrados brillantes que actúan improvisadamente en el panorama jurídico y que no van acompañadas de un respaldo científico mayoritario que permita aventurar una aceptación por la comunidad jurídica⁷⁸.

⁷⁵ Ampliamente, con numerosos ejemplos de cambios producidos en la jurisprudencia de la Sala Primera en los últimos años en R. BERCOVITZ, "La jurisprudencia y el principio de seguridad jurídica", pp. 87 y ss. El autor explica cómo la evolución de la jurisprudencia y sus cambios es esencial para que cumpla sus fines en función de los cambios de todo tipo sobrevenidos (en otras leyes y en otras fuentes del Derecho, cambios sociales, cambios doctrinales), pero también que esa posibilidad permanente de cambio se hace a costa de no aplicar a la nueva jurisprudencia derivada del cambio la regla de la irretroactividad de las leyes, lo que se produce en detrimento de la seguridad jurídica.

⁷⁶ Por ejemplo, sobre intereses moratorios la STS 5.5.2015, Roj: STS 1730/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1730, explica que: "La jurisprudencia de esta Sala, a partir del Acuerdo de 20 de diciembre de 2005, establece una nueva doctrina, en la que, prescindiendo del alcance dado a la regla "in illiquidis non fit mora", atiende al canon de la razonabilidad en la oposición para decidir la procedencia de condenar o no al pago de intereses y concreción del "dies a quo" del devengo. Este moderno criterio, como precisa la sentencia de 16 de noviembre de 2007, da mejor respuesta a la naturaleza de la obligación y al justo equilibrio de los intereses en juego, y en definitiva a la plenitud de la tutela judicial, tomando como pautas de la razonabilidad el fundamento de la reclamación, las razones de la oposición, la conducta de la parte demandada en orden a la liquidación y pago de lo adeudado, y demás circunstancias concurrentes, por lo que la solución exige una especial contemplación del caso enjuiciado (SSTS 4 de junio de 2006, 9 de febrero, 14 de junio y 2 de julio de 2007). Pues bien, en el supuesto que se examina, aun siendo menor el importe de la condena impuesta que el de la pretensión deducida en el suplico de la demanda, lo cierto es que, al margen del pronunciamiento que proceda sobre costas, la suma indemnizatoria es la consecuencia de una serie de partidas diferentes y si bien es cierto que en la instancia, primero, y ahora en el recurso han sido eliminadas alguna de ellas, las restantes, es decir, las que justifican la condena por un importe diferente, no han sido abonadas u ofrecidas a su legítimo acreedor. La solución contraria implicaría un evidente desajuste entre la posición de una y otra parte en orden a la disposición de la suma resarcitoria derivada del daño, respecto de estas concretas partidas derivadas de una obra mal hecha".

⁷⁷ La STS 7.9.2007 (RJ\2007\723), que rectifica errores de sentencias anteriores sobre la aplicación del art. 1473 CC, enlaza con la evolución de una línea jurisprudencial: "En la jurisprudencia de esta Sala sobre el art. 1473 del Código Civil cabe advertir un importante cambio de orientación a partir de los años 90. Mientras hasta entonces no hubo inconveniente en aplicarlo para resolver los conflictos planteados por dos ventas separadas entre sí incluso por más de diez años (SSTS 6-12-62 y 13-4-93 [RJ 1993, 2999]), y lógicamente también por menos tiempo (STS 4-3-88 [RJ 1988, 1554]), en los años 90 se impone el criterio de excluir de su ámbito la denominada "venta de cosa ajena", entendiéndose por tal no aquella en que el vendedor no propietario se obliga a entregar la cosa, sino la segunda venta de una misma cosa por quien, habiendo sido su propietario, ya se la ha vendido y entregado anteriormente a otro. En suma, para poder aplicar el art. 1473 del Código Civil empieza a exigirse el requisito de "una cierta coetaneidad cronológica" entre las dos ventas: si concurre, se dará un caso de "doble venta", a resolver aplicando dicho precepto; si no, se dará un caso de "venta de cosa ajena", excluido de su ámbito de aplicación (SSTS 8-3-93 [RJ 1993, 2052]) 25-3-94 [RJ 1994, 2535]) 6-5-04 [RJ 2004, 3569]) 24-6-04 [RJ 2004, 3637] y 30-12-05 [RJ 2006, 4286] entre otras muchas (...)". La sentencia merece un juicio favorable en la doctrina: por todos, P. DE PABLO, en *Curso de Derecho civil III, Derechos reales*, Edisofer, 2016, p. 362.

⁷⁸ Por ejemplo, las SSTS 30.6.2014 (Roj: STS 2823/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2823) y 15.10.2015 (Roj: STS 5090/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5090), recogen la opinión doctrinal personal del ponente, frente a una tradición

6. En especial, los casos del Pleno

6.1. Las sentencias del Pleno y la jurisprudencia

Según el art. 197 LOPJ, podrán ser llamados, para formar Sala, todos los magistrados que la componen, aunque la ley no lo exija, cuando el Presidente, o la mayoría de aquéllos, lo estime necesario para la administración de justicia. No existe una regulación de cuándo un asunto debe ser decidido en Pleno y, a la vista de lo dispuesto en el precepto citado, cabe pensar que se llevarán al Pleno, por iniciativa del Presidente o de una mayoría de magistrados, aquellos asuntos en los que los propios magistrados consideren importante que haya unidad de criterio por parte de la mayoría. En un paso más, de conformidad con el Acuerdo 2011, a efectos de apreciar el interés casacional, frente a la regla general que exige reiteración en el criterio mantenido por el Tribunal, se señala que basta una sola sentencia cuando es del Pleno. Su valor, a efectos de la unificación de doctrina, es por tanto superior. Bastará que un asunto se lleve al Pleno para que se forme jurisprudencia más rápidamente. Una sentencia del Pleno, vale por dos. Y son los propios magistrados (el Presidente o la mayoría) los que deciden qué asuntos se llevan al Pleno.

En las sentencias del Pleno no suele explicitarse las razones por las que se considera "necesario para la administración de justicia" (art. 197 LOPJ) la reunión de todos los magistrados en Pleno para resolver un recurso de casación. Puesto que en el futuro esa decisión podrá invocarse como jurisprudencia hay que pensar que esa necesidad está justificada en aquellos asuntos en los que existen dudas, divergencias de interpretación, o gran conflictividad, de modo que el fijar mediante una sola sentencia la doctrina jurisprudencial contribuirá a la uniformidad de la interpretación a la reducción de litigiosidad.

¿Confirma este criterio la lectura de las sentencias del Pleno⁷⁹? ¿Se puede averiguar cuáles son las razones para que un asunto se lleve al Pleno? Aunque pueda encomendarse la resolución de un asunto desde el primer momento al Pleno, en la mayoría de las sentencias del Pleno se indica que, iniciada la discusión y el debate entre los magistrados, se acordó someter el asunto al Pleno. En ocasiones se señala simplemente que "se acordó", a veces se añade que "por la complejidad" o "dada la materia" (¿qué materia?); excepcionalmente (en tema de menores) lo pide el Ministerio Fiscal y se atiende a esta solicitud.

La lectura de los temas que se han llevado al Pleno en los últimos tiempos muestra algunas preferencias del Tribunal Supremo por alguna materias en las que quiere favorecer que se forme jurisprudencia con mayor rapidez. Los asuntos que llegan a casación dependen de los

de aplicación muy restrictiva de la cláusula *rebus*, y no han sido seguidas por sentencias posteriores (A. LUNA Y M. XIOL BARDAJÍ, "Rebus sic stantibus: ¿Un paso atrás? Comentario a la STS, 1ª, 15.10.2014 (Ar. 6129) y a la jurisprudencia posterior de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre la regla *rebus sic stantibus*", InDret 2/2015], PARRA LUCÁN, "Riesgo imprevisible y modificación de los contratos", InDret 4/2015.

⁷⁹ En el buscador de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), las sentencias del Pleno no están especialmente destacadas: entre los criterios del buscador se puede elegir el orden (civil/penal...) pero para localizar las sentencias del Pleno hay que ir una por una, no existe este criterio de búsqueda. El propio Tribunal Supremo, cuando cita en su argumentación una sentencia del Pleno, sí se cuida de indicarlo expresamente.

litigantes, pero los asuntos que se deciden en el Pleno dependen del propio Tribunal Supremo.

Puede observarse que se trata de temas con mayor repercusión social, con mayor índice de litigiosidad⁸⁰. De esta forma, podría decirse, el Tribunal Supremo parece estar atento a las preocupaciones sociales, está al día y trata de facilitar la solución uniforme de problemas actuales que afectan a buena parte de la población y se plantean en los juzgados y tribunales de forma dispersa en todo el territorio nacional (consumidores, preferentes, cláusulas bancarias abusivas...). Se aprecia también una preocupación y preferencia por los temas de protección de menores y personas con discapacidad, por algunos temas familiares derivados de las crisis y divorcios, por casos en los que hay sentencias del Tribunal Constitucional (derechos fundamentales) o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como por supuestos especialmente mediáticos.

Las explicaciones, como ilustran los siguientes ejemplos, apenas son significativas.

A.- En materia de *protección del consumidor, cláusulas abusivas, compra de preferentes o, en general, asuntos que pueden plantearse en un número abundante de litigios:*

- STS 22.4.2015 (Pleno)⁸¹ : "Teniendo en cuenta la materia a que se refiere la cuestión litigiosa, se acordó pasar su conocimiento al Pleno de la Sala". ¿Cuál era la materia sobre la que el Tribunal Supremo quería fijar doctrina? La calificación como abusiva de determinadas cláusulas que fijan intereses de demora en los préstamos personales⁸².
- STS 3.6.2016 (Pleno)⁸³: "Se acordó someter el conocimiento del presente recurso a Pleno de los magistrados de esta Sala", sin más explicación. El asunto: la calificación como abusivo de determinado interés de demora en los préstamos hipotecarios⁸⁴.
- STS 18.4.2013 (Pleno)⁸⁵: "Teniendo en cuenta la materia sobre la que debe resolverse en los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos, se dejó sin

⁸⁰ Y que en buena medida coinciden con los destacados (con colores y distintos tamaños) por el CENDOJ en la página web de la jurisprudencia del Tribunal Supremo:



Sentencias por tema

[Personal interino](#)
[Cláusulas abusivas](#)
[Estafa](#)
[Responsabilidad patrimonial](#)
[Propiedad horizontal](#)
[Expropiación](#)
[Pensión compensatoria](#)
[Error en el consentimiento \(contratos\)](#)
[Contratos de servicios de inversión](#)
[Protección de menores](#)
[Despido](#)
[Empleo público](#)
[Prescripción](#)
[Contrato de obra](#)
[Marcas](#)
[Irretroactividad de las normas](#)
[Responsabilidad](#)
[Extracontractual](#)
[Reincidencia](#)
[Pensión compensatoria](#)
[Prevaricación](#)
[Tasación de costas](#)
[Divorcio](#)
[Concurso](#)
[Cláusulas abusivas](#)

⁸¹ Roj: STS 1723/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1723.

⁸² "Con base en los criterios expresados, la Sala considera abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal."

⁸³ Roj: STS 2401/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2401.

⁸⁴ Carácter abusivo de una cláusula que fija los intereses de demora de un préstamo hipotecario en el 19%. Conforme a la doctrina del TJUE, el límite legal previsto en el art. 114.3 LH no puede servir de parámetro para determinar la ausencia del carácter abusivo de una cláusula. Procede extender el mismo criterio establecido en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los intereses de demora en préstamos personales, a los intereses de demora pactados en préstamos hipotecarios, de tal forma que el límite de la abusividad lo fijamos en dos puntos por encima del interés remuneratorio pactado.

⁸⁵ Roj: STS 2589/2013 - ECLI:ES:TS:2013:2589.

efecto el señalamiento para votación y fallo fijado y se acordó someter al conocimiento del Pleno de la Sala". El asunto: preferentes⁸⁶.

— STS 10.9.2014 (Pleno)⁸⁷: "Teniendo en *cuenta la complejidad* de la materia a que se refiere la cuestión litigiosa, se acordó suspender la votación y fallo y someter el asunto al conocimiento del pleno" (Nulidad de contrato de inversión por vicios del consentimiento. Defectuosa información de la entidad financiera sobre la naturaleza del producto y los riesgos asociados al mismo. Clientes no profesionales⁸⁸).

— STS 3.2.2016 (Pleno)⁸⁹: "*Tomando en consideración la materia* a que se refiere la cuestión litigiosa, se acordó someter su conocimiento a Pleno de los magistrados de esta Sala" (Adquisición de acciones con motivo de una oferta pública de suscripción (OPS). Contenido del folleto informativo. Consecuencias de las inexactitudes graves en dicho documento. Compatibilidad entre la acción indemnizatoria contemplada en la legislación del mercado de valores y la acción de anulabilidad por error en el consentimiento).

B.- En materia de *protección de menores y personas con discapacidad*:

— STS 6.2.2014 (Pleno)⁹⁰, maternidad subrogada: "Advertida la posibilidad de que la resolución que hubiera de recaer en el presente recurso pudiera formar doctrina, se acordó someter su conocimiento al Pleno"⁹¹.

— STS 30.6.2016 (Pleno)⁹²: "Se acordó suspender el señalamiento, pasando a conocimiento del Pleno de la Sala el 18 de mayo, en que ha tenido lugar, no habiéndose dictado sentencia en el plazo establecido debido a la especial complejidad del asunto" (filiación)⁹³.

— STS 21.9.2011 (Pleno)⁹⁴: "Se acordó, vista la materia sobre la que debe resolverse, suspender el señalamiento y someter el contenido de dicho recurso al Pleno de la Sala"(divorcio por el tutor)

⁸⁶ Exigencia de un alto estándar de buena fe e información completa, clara y precisa de la empresa de gestión de carteras al cliente. No es admisible que la empresa de servicios de inversión no advierta al cliente sobre la incoherencia entre el perfil del riesgo conservador que ha elegido y la naturaleza compleja y de alto riesgo de los valores sobre los que autoriza contratar. Imputación a la empresa de servicios de inversión de la responsabilidad por los daños sufridos por el cliente por la inversión en ese tipo de valores.

⁸⁷ Id. Cendoj: 28079119912014100019.

⁸⁸ "La existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente".

⁸⁹ Id. Cendoj: 28079119912016100001.

⁹⁰ Roj: STS 247/2014 - ECLI:ES:TS:2014:247.

⁹¹ Asunto delicado, sobre el que no existía ninguna otra sentencia del Tribunal Supremo. El que vaya al Pleno no sería necesario si no fuera por la convicción de que el hecho de que participen todos en la deliberación y fallo de la sentencia refuerza su autoridad. La sentencia tiene un voto particular firmado por cinco magistrados que entienden que debió estimarse el recurso de casación a su vez, el Auto 2.2.2015 que resuelve el incidente de nulidades de la S. 2014 tiene un voto particular: se pedía nulidad de actuaciones tras las SS del TEDH sobre maternidad subrogada.

⁹² STS 2995/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2995.

⁹³ Reclamación por la madre, como representante legal de la paternidad extramatrimonial e impugnación de la paternidad del marido: falta de legitimación de la madre para representar a la hija, se debió nombrar un defensor judicial para que ejercitara la acción, dado el conflicto de intereses existente entre la madre y la hija. Se trata, sin embargo, de un supuesto para el que la doctrina viene admitiendo con normalidad desde hace tiempo la necesidad de nombramiento de un defensor judicial.

⁹⁴ Roj: STS 5855/2011 - ECLI:ES:TS:2011:5855.

— STS 18.6.2015 (Pleno)⁹⁵, es el Ministerio Fiscal el que pide que se vea en Pleno (competencia de la administración para acordar la suspensión de visitas de los padres biológicos)⁹⁶.

— STS 22.4.2010 (Pleno)⁹⁷: "Se señaló como día para votación y fallo del recurso el veinticinco de febrero de dos mil diez, acordándose en dicho acto su suspensión y someter su deliberación al Pleno de los magistrados de esta Sala señalándose a tal efecto el día ..., en que el acto tuvo lugar": lo deciden los magistrados en día de la votación. La razón, probablemente, que tanto la jurisprudencia como la doctrina han ofrecido distintas soluciones a un problema, el del tipo de ineficacia que afecta a los contratos o actos jurídicos realizados por los padres o tutores de menores de edad o incapacitados en nombre de estos sin contar con la preceptiva autorización judicial.

— STS 29.9.2016 (Pleno)⁹⁸ y STS 30.9.2016 (Pleno)⁹⁹: Sobre si, determinada judicialmente la filiación paterna de una persona, pueden reclamarse del padre alimentos con efectos retroactivos. Las dos sentencias versan sobre hechos sustancialmente parecidos, y se someten al Pleno del mismo día, probablemente para evitar discrepancias.

C.- Casos mediáticos:

— STS 20.6.2016 (Pleno)¹⁰⁰: "se acordó suspender el señalamiento acordado, pasando a conocimiento del Pleno de la Sala el día ...", sin ninguna explicación en la sentencia de las razones (Dalí: Utilización del nombre y la fotografía del artista fallecido para publicitar una exposición de sus obras. Legitimación para la defensa de la memoria del difunto. No inclusión en su ámbito de los derechos estrictamente patrimoniales a la imagen)¹⁰¹.

— STS 14.7.2016 (Pleno)¹⁰²: "Esta Sala ha visto, constituida en Pleno..." (demanda de Urdangarin contra los medios de comunicación que se hicieron eco del contenido de unos correos privados en los que se refería a unas infidelidades a su esposa).

— STS 20.10.2015 (Pleno)¹⁰³: "Se señaló para Pleno de la Sala..." (caso de la talidomida y prescripción de la acción contra el laboratorio alemán que comercializó el medicamento en los años cincuenta: ¿repercusión mediática?

⁹⁵ Roj: STS 2571/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2571.

⁹⁶ Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal, presentó escrito mostrando su adhesión al recuso de casación interpuesto y solicitó a esta Sala que revisará la doctrina en esta materia o la matice en el sentido expuesto y si es posible para Pleno de la Sala. 3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para Pleno de la Sala el día ...

⁹⁷ Roj: STS 2561/2010 - ECLI:ES:TS:2010:2561.

⁹⁸ Roj: STS 4176/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4176.

⁹⁹ Roj: STS 4184/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4184.

¹⁰⁰ Roj: STS 2781/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2781

¹⁰¹ El Tribunal Supremo establece que la Fundación Gala-Salvador Dalí no tiene legitimación para proteger el derecho de imagen del pintor. La sentencia indica que tanto por la falta de designación de la fundación para ejercer la acción de tutela, de acuerdo con el artículo 4.1 LO 1/1982, como porque la protección que pretende no es la memoria del difunto, sino intereses de carácter estrictamente patrimonial, debe confirmarse la sentencia de la Audiencia Provincial que estimó la falta de legitimación activa de la recurrente. Se considera que la fundación del artista no dispone de designación para ejercer la acción de tutela ya que el artista dispuso en su testamento al Estado Español como su heredero universal y libre de todos sus bienes, derechos y creaciones artísticas, con el objeto de conservar, divulgar y proteger sus obras de arte.

¹⁰² Roj: STS 3434/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3434.

¹⁰³ Roj: STS 4149/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4149.

— STS 15.10.2015 (Pleno)¹⁰⁴: derecho al olvido digital (Digitalización de hemeroteca sin utilizar códigos ni instrucciones que impidan la indexación de los datos personales vinculados a informaciones obsoletas sobre hechos pretéritos que afecten a la reputación y la vida privada de los implicados en tales informaciones. Caducidad de la acción. Ponderación de los derechos en conflicto. Medidas admisibles cuando se consideran vulnerados los derechos de la personalidad).

— STS 5.4.2016 (Pleno)¹⁰⁵: Google, derecho al olvido digital (Legitimación pasiva de la filial española de la empresa titular del buscador Google. El tratamiento de los datos personales vinculados con la concesión de un indulto en un buscador generalista de Internet deja de ser lícito una vez transcurrido un plazo razonable desde que se ha concedido el indulto si el afectado ejercita su derecho de oposición. Equilibrio entre el derecho a la información sobre la concesión de indultos y los derechos al honor, intimidad y protección de datos personales).

6.2. Pleno y voto particular

A diferencia de lo que sucede en otros sistemas, como el francés, donde la fuerza de las sentencias se respalda con la presentación de la opinión de la mayoría como indiscutida, en el Derecho español es posible la formulación de votos particulares y abundan las sentencias del Tribunal Supremo que resuelven recursos de casación que van acompañadas de votos disidentes del criterio de la mayoría. Resulta especialmente llamativo este fenómeno cuando se trata de una sentencia del Pleno, porque da la impresión de que la fuerza que resulta de haber sido decidido un asunto por el Pleno queda devaluada por el hecho de expresarse opiniones discrepantes, que muestran que el asunto puede no ser tan claro o que no ha quedado zanjada la discusión. Queda abierta la duda de la fuerza que puede tener el razonamiento del o de los disidentes en ulteriores debates, en especial cuando sea ponente de sentencias futuras sobre el mismo asunto.

Algunos ejemplos de sentencias del Pleno acompañadas de voto particular ilustran esta paradoja: STS 8.3.2016 ¹⁰⁶, título nobiliario/hijos extramatrimoniales/sometimiento al principio de igualdad¹⁰⁷; STS 12.1.2015¹⁰⁸, interpretación de precepto de la regulación concursal¹⁰⁹; STS 6.2.2014 (Pleno)¹¹⁰, maternidad subrogada¹¹¹; STS 8.5.2014 (Pleno)¹¹²,

¹⁰⁴ Roj: STS 4132/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4132.

¹⁰⁵ Roj: STS 1280/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1280.

¹⁰⁶ Roj: STS 781/2016 - ECLI:ES:TS:2016:781.

¹⁰⁷ No hay explicación de por qué se somete el asunto al Pleno: "acordándose someter su estudio y resolución al Pleno".

¹⁰⁸ Roj: STS 256/2015 - ECLI:ES:TS:2015:256.

¹⁰⁹ "Se acordó suspender el anterior señalamiento y someter el conocimiento del recurso al conocimiento del pleno". En el debate se decide someter a Pleno y el designado ponente ya anuncia su voto particular y que deja de ser ponente:

Se acordó suspender el anterior señalamiento y someter el conocimiento del recurso al conocimiento del Pleno, señalándose de nuevo la votación y fallo del mismo para el 15 de diciembre de 2014 (voto concurrente firmado por dos magistrados: "Nuestra disidencia no afecta a la decisión, pues entendemos que procede la desestimación del recurso de casación, sino a su fundamentación, y en concreto a la interpretación del

honor, derecho patrimonial/derecho moral; STS 4.7.2011 (Pleno)¹¹³ (impugnación reconocimiento complacencia)¹¹⁴, va acompañada de un voto particular que se emite con el propósito declarado de que se rectifique el criterio de la mayoría, pensando en una evolución posterior¹¹⁵: sin embargo, la STS 15.7.2016¹¹⁶ reitera la doctrina de la de 2011, matizando algunos extremos y fijando de modo expreso algunas doctrinas sobre el régimen de impugnación según que la madre y quien reconoce contraigan o no matrimonio. Es evidente, en mi opinión, la complejidad del problema, dada la falta de solución legal expresa. No es raro que se lleve al Pleno, aunque sería preferible una intervención expresa del legislador.

7. Una referencia a la relación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo con las decisiones de otros órganos

7.1. Introducción

Con el fin de ubicar adecuadamente en la complejidad normativa y de fuentes el valor de la jurisprudencia, conviene hacer referencia, siquiera de modo somero, a la relación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo con las decisiones de otros órganos. Empezaré planteando el tema de la propia denominación, o mejor, de la evocación que con la denominación del Tribunal Supremo se pretende hacer a su valor y a su función. Tribunal "Supremo"¹¹⁷: ¿de qué es "supremo" el Tribunal Supremo?, o supremo ¿respecto de qué?

originario art. 172.3 LC y del posterior art. 172 bis LC, en la redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, sobre todo tras la modificación sufrida por el RDL 4/2014, de 7 de marzo...").

¹¹⁰ Roj: STS 247/2014 - ECLI:ES:TS:2014:247.

¹¹¹ "En el curso de la deliberación en Pleno, el Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana mostró su disconformidad con el voto de la mayoría y declinó la redacción de la resolución, anunciando voto particular, por lo que el Presidente de la Sala encomendó la redacción de la sentencia al Magistrado que es ponente en este trámite". La sentencia tiene un voto particular firmado por cinco magistrados que entienden que debió estimarse el recurso de casación. A su vez, el Auto 2.2.2015 (RJ\2015\141) que resuelve el incidente de nulidades contra la STS 6.2.2014 a la vista de las sentencias de ese mismo año del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre maternidad subrogada tiene un voto particular.

¹¹² Roj: STS 2226/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2226.

¹¹³ Roj: STS 5546/2011 - ECLI:ES:TS:2011:5546.

¹¹⁴ "Esta Sala sienta la siguiente doctrina: la acción de impugnación de la filiación extramatrimonial, determinada por el reconocimiento de complacencia, puede ejercitarse por quien ha efectuado dicho reconocimiento, al amparo del art. 140, dentro de los cuatro años siguientes la fecha de reconocimiento". Se citan en el mismo sentido varias sentencias del Tribunal Supremo dictadas entre los años 2004 y 2011 en las que se admitió la viabilidad de la acción de impugnación de un reconocimiento de complacencia al amparo del 140 CC.

¹¹⁵ "Se ha dicho en la doctrina que el Derecho avanza, en muchos casos, a través de los votos particulares. Esto se pretende en el presente caso. Tenemos una reiterada jurisprudencia que estimo equivocada y, peor aún, contraria al sentido jurídico, a la realidad social y al ordenamiento vigente. En palabras llanas y en síntesis, el caso lo resolvemos en forma verdaderamente sangrante: un hombre se enamora de una mujer soltera que tiene un hijo reconocido sólo por ella, de una relación anterior; él, en el calor de su enamoramiento reconoce a aquel hijo como suyo, a sabiendas que no lo es; más tarde, se extingue aquel amor y rompe, como si fuera un simple papel, aquel reconocimiento y, con ello, el estado civil de aquel niño (o ya chico o ya hombre). En otras palabras, su reconocimiento depende exclusivamente de la voluntad del reconocedor; cuando el reconocedor se pelea con la mujer, se separa y se termina la posesión de estado con el reconocido ¿Se aplica realmente el párrafo primero del artículo 140 del alegando el reconocedor que no es padre (lo que es cierto), prescindiendo que lo sabía y aceptaba cuando reconoció (lo que también es cierto)? La realidad social y el ordenamiento entiendo que no lo admiten y espero que la Sala -más pronto o más tarde- cambie el criterio que ahora ha mantenido en el Pleno e impida este desaguisado. Amén."

¹¹⁶ Roj: STS 3192/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3192.

¹¹⁷ RAE. Superior. 1. adj. Altísimo o enorme. 2. adj. Que no tiene superior en su línea.

Conforme al art. 123.1 de la Constitución: "El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales"¹¹⁸. Esa posición preferente explica la función encomendada de ser el máximo intérprete de las normas. Se puede aspirar a lograr la uniformidad en la interpretación precisamente porque esa función se atribuye a un único órgano. Del precepto constitucional resultaría que dos serían entonces los rasgos esenciales del Tribunal Supremo: a) ser *superior*; y b) ser *único* para toda España.

La idea de *superioridad*, de la atribución de esta posición jerárquica exclusiva era propia de un sistema de Derecho estatal único y centralizado. Pero en la actualidad se confirma que esta posición ha quedado devaluada, o al menos matizada, tanto si dirigimos la mirada hacia el exterior como si la dirigimos hacia el interior.

De una parte, hacia el exterior, la internacionalización del Derecho y la pluralidad de fuentes producidas por organismos a los que se ha cedido parcialmente la soberanía o la ratificación de tratados y convenios ha dado lugar a que esa posición de estar en la cima, en la cumbre de la organización, se refiera solo al Derecho nacional. Este es un fenómeno común a las Cortes de Casación europeas y procede de la integración en la Unión Europea (y consiguiente competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea) y de la ratificación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (y atribución de competencias al Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Un reflejo de esa pérdida de valor, no solo jurídica, sino también social, de la superioridad del Tribunal Supremo se refleja en la creencia generalizada, al menos como aparece habitualmente en los medios de comunicación, de que, después del Tribunal Supremo, se puede acudir a obtener tutela de los derechos al Tribunal Constitucional y en última instancia, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹¹⁹. No siempre es así, evidentemente, pues cada uno de estos órganos tiene delimitada sus competencias en sus normativas correspondientes en consideración a sus objetivos, naturaleza y ámbitos.

Por otra parte, hacia el interior, en el Estado de las Autonomías, hay pluralidad de fuentes de producción de jurisprudencia civil según cuál sea el origen de la norma aplicable. En Derecho español, como consecuencia de la pluralidad de Derechos civiles hay en las Comunidades Autónomas unos Tribunales Superiores de Justicia que, en principio, serían los "superiores" en su ámbito respectivo: aunque, como veremos, las relaciones entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la de los Tribunales Superiores se mezcla tanto sobre el Derecho estatal como sobre el foral o especial. Es decir, hay sentencias del Tribunal Supremo que se

¹¹⁸ La página web del CGPJ destaca que "El Tribunal Supremo tiene su sede en Madrid y es un órgano jurisdiccional único en España con jurisdicción en todo el territorio nacional, *constituyendo el tribunal superior en todos los órdenes* (civil, penal, contencioso-administrativo y social), salvo lo dispuesto en materia de garantías y derechos constitucionales, cuya competencia corresponde al Tribunal Constitucional."

¹¹⁹ Una muestra del tipo de noticias que reflejan esta percepción ciudadana: después de que el Tribunal Supremo declarara prescrita la acción de responsabilidad interpuesta por los demandantes contra el laboratorio alemán que comercializó la talidomida en España, e incluso antes de que el ATC 22.7.2016 inadmitiera el recurso de amparo contra la sentencia del Tribunal Supremo, los representantes de la Asociación de Víctimas de la talidomida anunciaron que irían si era necesario para que se reconocieran sus derechos ante el Tribunal de Estrasburgo, y en Asamblea General de 19 de septiembre de 2016 han acordado presentar la demanda (<http://www.avite.org/avite-vota-asamblea-continuar-exigiendo-justicia-via-judicial-politica/>).

pronuncian sobre normas civiles autonómicas y hay sentencias de los Tribunales Superiores que contienen pronunciamientos sobre normas de Derecho civil estatal.

En definitiva, la complejidad del Derecho y de sus fuentes exige averiguar la relación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo con la doctrina de otros órganos judiciales que ocupan también posición de preeminencia en sus respectivos ámbitos.

7.2. "Derecho europeo" en sentido amplio

Es preciso, en primer lugar, atender a lo que podríamos llamar en sentido amplio "Derecho europeo" y, en consecuencia, a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

7.2.1. Casación y Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Como consecuencia de la pertenencia a la Unión Europea, entre las leyes que aplican los jueces y tribunales españoles se encuentran las normas del Derecho procedente de la Unión Europea. Los tribunales españoles deben aplicarlo, pero el Tribunal Supremo no es el "superior" intérprete de este Derecho, sino que esa función corresponde al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ante el que se puede plantear una cuestión prejudicial.

Conforme al art. 4 bis.1 LOPJ¹²⁰: "Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea". La expresión jurisprudencia, referida al Tribunal de Justicia debe entenderse referida sencillamente a la doctrina de sus sentencias, sin ningún requisito especial.

La regla del art. 4 bis.1 LOPJ es coherente con la integración –y la primacía– del Derecho de la Unión Europea y del papel asignado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea de garantizar que la legislación de la Unión Europea se interprete y aplique de la misma manera en cada uno de los países miembros y de garantizar que los países miembros y las instituciones europeas cumplan la normativa de la Unión Europea. Por eso tampoco es extraño que, a efectos del recurso de casación, el Tribunal Supremo haya considerado que existe interés casacional por infracción de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹²¹.

¹²⁰ Se añade por el art. único.2 de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (BOE 22/07/2015, en vigor a partir del 01/10/2015). Pero esto ya era así con anterioridad sin necesidad de que estuviera en la LOPJ.

¹²¹ En la STS 3.6.2016 (Pleno): Roj: STS 2401/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2401, se afirma que "el interés casacional queda justificado por la infracción de jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre el control de las cláusulas abusivas relativas a los intereses de demora".

Para cuando todavía no existe esa jurisprudencia es útil recordar que en los Tratados se prevé que los tribunales nacionales, de manera facultativa o necesaria¹²², según las circunstancias, planteen una cuestión prejudicial: la decisión de suscitar una cuestión prejudicial tiene por efecto la suspensión del curso del litigio interno (art. 23 del Estatuto del TJUE); las sentencias prejudiciales son leídas en sesión pública y publicadas en la Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su resumen en el Diario Oficial de la Unión Europea (arts. 37 del Estatuto del TJUE, 88 y 92 del nuevo Reglamento de procedimiento del TJUE); las sentencias prejudiciales son obligatorias (art. 91 del nuevo Reglamento de procedimiento del TJUE) y tienen, como regla, eficacia *ex tunc*, lo que significa que el juez nacional remitente ha de resolver el litigio interno a la luz de lo que en ellas se disponga; se trata, además, de una fuerza obligatoria *erga omnes*, de tal suerte que son vinculantes no sólo para el juez *a quo* sino también para cualquier jurisdicción nacional que conozca de un caso análogo en el que se plantee la aplicación de la norma comunitaria interpretada¹²³.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, en alguna ocasión, ha llegado a modificar su doctrina como consecuencia de una jurisprudencia posterior del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹²⁴, o ha dejado la puerta abierta a que se dictara esa jurisprudencia, suspendiendo la tramitación del procedimiento cuando llega a su conocimiento que otro tribunal ha planteado una cuestión prejudicial sobre el mismo asunto¹²⁵. De modo más amplio puede

¹²² Art. 267 TFUE: El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: sobre la interpretación de los Tratados; sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano *podrá pedir* al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones *no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado* a someter la cuestión al Tribunal.

¹²³ Ampliamente, A. ALONSO GARCÍA, "Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)", en WP IDEIR nº 4 (2011); M. CIENFUEGOS MATEO, "La cuestión prejudicial comunitaria (Artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)", *The Jean Monnet/Robert Schuman Paper Series* 14, 1, 2014, accesible en www.miami.edu/eucenter.

¹²⁴ En materia de propiedad intelectual, la STS 16.4.2007 (Roj: STS 3246/2007 - ECLI:ES:TS:2007:3246). Tras explicar el anterior criterio interpretativo de la Sala Primera sobre si la comunicación de programas de TV en las habitaciones de hoteles es comunicación pública realizada por los gestores de los hoteles, añade que "dicha doctrina jurisprudencial debe ser modificada, en el sentido de entender que hay acto de comunicación pública, como consecuencia del criterio interpretativo establecido en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera) de 7 de diciembre de 2006, Asunto prejudicial C-306/05, que exige mantener un criterio uniforme en la materia".

¹²⁵ ATS 12.4.2016, Roj: ATS 2927/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2927A acuerda la suspensión del recurso de casación interpuesto hasta la resolución de la cuestión prejudicial tramitada ante el TJUE (C-154/15). Esta cuestión prejudicial había sido planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada (España) el 1 de abril de 2015 en el asunto Francisco Gutiérrez Naranjo contra BBK Bank Cajasur. El MF se opuso porque ya se ha pronunciado sobre la nulidad de la cláusula suelo y ya hay jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el tema, pero el Supremo reitera la importancia de la futura resolución del TJUE: "La existencia de directa vinculación entre las cuestiones jurídicas planteadas ante esta Sala y el objeto de la cuestión prejudicial C-154/15, hacen procedente la decisión de suspensión del presente recurso hasta que el TJUE dicte sentencia en que resuelva dicha cuestión prejudicial, por los siguientes motivos: 1) El juicio de relevancia exigido por el art. 267 del Tratado sobre Funcionamiento de la Unión Europea ha de ser positivo: la norma respecto de la que se ha planteado la cuestión prejudicial C-154/15 es de aplicación para resolver el recurso. 2) Respecto de las dudas sobre la interpretación de la norma, objetivamente han sido suscitadas dichas dudas ante el TJUE por el Juzgado que ha planteado la cuestión prejudicial, y por otros que igualmente han planteado cuestiones similares, y la persistencia de las mismas se desprende del contenido de las alegaciones de algunos de los intervinientes en el proceso seguido ante dicho tribunal. 3) Contra la sentencia que debe dictar esta Sala no cabe interponer recurso alguno en vía judicial. 4) Aunque la concurrencia de los anteriores requisitos determinarían de ordinario la procedencia del planteamiento de una cuestión prejudicial conforme al art. 267 TFUE, al estar planteadas varias cuestiones prejudiciales sobre dicha materia, algunas en avanzado estado de tramitación, carece de sentido el planteamiento de la cuestión por este tribunal, pues nada añadiría a la

observarse que, cuando ello es posible, el Tribunal Supremo hace un uso abundante de la cita de las sentencias del Tribunal de Justicia¹²⁶.

7.2.2. Casación, Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Cada vez está más presente en la vida jurídica española el recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, creado con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para los Estados del Convenio y sus Protocolos (art. 1 del Convenio). Antes de acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos deben haberse utilizado todos los recursos internos (art. 35 del Convenio) y los Estados se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes (art. 46 del Convenio¹²⁷).

En alguna materia encontramos que, sobre el mismo asunto, hay sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en un caso de pleitos sobre títulos nobiliarios¹²⁸, o en "caso Preysler", que probablemente bate el récord de pronunciamientos, y muestra las fricciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, al que finalmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos refuerza. La secuencia de resoluciones dictadas sobre el mismo

resolución de la cuestión por el TJUE y supondría una mayor dilación en la resolución de este recurso. 5) Dada la cercanía de la fecha señalada para la vista ante dicho tribunal y, consiguientemente, de la sentencia que haya de dictarse, la suspensión del proceso no se prevé extensa, por lo que no se causa un perjuicio relevante a las partes. Por tanto, en una interpretación conjunta del art. 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que determina la suspensión del proceso en el que la cuestión prejudicial ha sido planteada, y el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, procede la suspensión del presente recurso de casación hasta la resolución que la cuestión prejudicial C- 154/1".

¹²⁶ A modo de ejemplo pueden consultarse:

- STS 23.12.2015 (Pleno), Roj: STS 5618/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5618. La Sala sostiene que la validez general de las cláusulas de vencimiento anticipado no excluye la posibilidad de que sean consideradas abusivas, y por tanto, nulas, atendiendo a las circunstancias del caso, en la forma explicada por el TJUE en la sentencia 4.3.2013 (asunto Aziz).

- STS 15.10.2015 (Pleno), Roj: STS 4132/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4132 (derecho al olvido digital: digitalización de hemeroteca sin utilizar códigos ni instrucciones que impidan la indexación de los datos personales vinculados a informaciones obsoletas sobre hechos pretéritos que afecten a la reputación y la vida privada de los implicados en tales informaciones, con cita de resoluciones del TJUE y del TEDH).

- STS 1.6.2016 (Pleno), Roj: STS 2594/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2594 (propiedad intelectual, norma que es trasposición de Directiva, hay STJUE y el Tribunal Supremo se apoya en la interpretación de ese Tribunal para resolver: en particular, el Tribunal Supremo afirma que el argumento de la Audiencia Provincial "no es correcto" porque no coincide con la interpretación hecha por la STJUE 3.7.2012 (asunto C 128/11, caso UsedSoft GmbH y Oracle International Corp.).

¹²⁷ Redactado por el Protocolo 14, Instrumento de Ratificación, BOE 114, de 28.5.2010: Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias.

¹²⁸ STEDH de 28.10.1999 (De la Cierva Osorio de Moscoso, Fernández de Córdoba, Roca y Fernández Miranda et O'Neill Castrillo c. Espagne). Las demandantes son cuatro ciudadanas españolas, cada una de ellas había iniciado un pleito en la vía civil en España; interponen su demanda de manera independiente ante el TEDH a lo largo de 1998 y principios de 1999 y es el tribunal el que decide acumularlas. En el caso de la primera, la AP planteó una cuestión de inconstitucionalidad que dio lugar a la STC 126/1997, que declaró que no era inconstitucional la normativa histórica que otorgaba preferencia al hombre sobre la mujer en la sucesión de los títulos (opinión disidente de tres magistrados e intervención posterior del legislador); en los pleitos entablados por la segunda y la tercera, el asunto llega a casación y el Tribunal Supremo antes de resolver, esperó al resultado del recurso de inconstitucionalidad interpuesto ante el Tribunal Constitucional en el proceso relativo a la primera recurrente; en el pleito entablado por la cuarta, cuando el Juzgado dicta sentencia ya se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, y aquél resuelve conforme al criterio de este; interpone recurso de apelación sabiendo que sus posibilidades eran nulas.

asunto son las siguientes: STS 31.12.1996¹²⁹, STC 115/2000, de 5 de mayo (que anula la anterior), STS 20.7.2001 (dictada por el Tribunal Supremo tras la anulación de su sentencia de 1996)¹³⁰, STC 186/2001, de 17 de septiembre (dictada por el Tribunal Constitucional como consecuencia del recurso de amparo interpuesto por Isabel Preysler contra la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en 2001, por entender que no era conforme con lo determinado por el Tribunal Constitucional) y, finalmente, Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13.5.2003 (tras la denuncia a España ante el Tribunal por el director de la revista tras la última sentencia del Tribunal Constitucional)¹³¹.

Junto a ello, y de manera más general, en la práctica, no resulta extraño que las sentencias del Tribunal Supremo que resuelven recursos de casación citen abundantemente la jurisprudencia del Tribunal Europeo, en general como argumento de autoridad que refuerza determinada interpretación¹³².

En algún ámbito, hay pronunciamientos del Tribunal Europeo, aunque el recurso no se haya interpuesto contra el Estado español, y lo paradójico es que, cuando se requiere al Tribunal Supremo para que modifique su criterio, a la vista del sostenido por el Tribunal Europeo, los magistrados españoles no se ponen de acuerdo acerca del alcance y ámbito de la sentencia europea ni de la forma en que debe tenerse en cuenta para interpretar y aplicar el Derecho español. Esto ha sucedido, en particular, con la maternidad subrogada¹³³.

¹²⁹ RJ 1996, 9226.

¹³⁰ RJ 2000, 6184.

¹³¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (Sección 4ª), Caso Bou Gibert y El Hogar y la Moda, S.A. contra España. Decisión de 13 mayo 2003 (TEDH\2003\52).

¹³² Y no solo las que citan la posición del Tribunal sobre requisitos de admisibilidad de los recursos (por ejemplo, STS 20.7.2016, Roj: STS 3709/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3709). Hay otros ejemplos:

- Así, en materia de filiación, ATS 20.7.2016 (Roj: ATS 7513/2016 - ECLI:ES:TS:2016:7513): "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando existen intereses contrapuestos entre el del progenitor a ver declarada su paternidad y la situación familiar que vive el hijo, legitima los límites que las legislaciones nacionales hayan establecido para la satisfacción del interés del progenitor. Se cita a tal fin aquellas soluciones adoptadas por los Estados, protegiendo la seguridad jurídica y afectiva del hijo inserto en una familia frente a la pretensión de quien afirma ser progenitor biológico (Decisión de inadmisión de la Comisión de 6 de abril de 1994 -M.B. Contra Reino Unido-, la del Tribunal de 29 de junio de 1999 -Nylund contra Finlandia-, la SEEDH de 8 de octubre de 2002- Yousef contra Países Bajos-), decisiones que no cita nuestro Tribunal Constitucional pero que debió tener presente cuando exige, que ante la insuficiencia normativa del precepto, sea el legislador el que regule con carácter general la legitimación de los progenitores para reclamar la filiación no matrimonial en los casos de falta de posesión de estado. Al no haberse llevado a cabo por el legislador tal exigencia la situación actual en España es de legitimación abierta al progenitor sin plazo, con independencia de la existencia o no de posesión de estado. De ahí que la doctrina científica sostenga que se hace imprescindible una modificación legislativa que señale límites a la legitimación del progenitor, para evitar un ejercicio abusivo de su derecho".

- En la colisión del derecho al honor con la libertad de expresión y sindical en un contexto de conflicto laboral en una residencia pública de ancianos: Colocación de pasquines con nombre y fotografía de un directivo y con juicios de valor sobre su actuación, STS 20.7.2016 (Roj: STS 3615/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3615): La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de octubre de 2011, caso *Vellutini y Michel contra Francia*, sobre la libertad de expresión en el ámbito de la acción sindical, afirma sobre este particular: "... En este sentido, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de julio de 2011, caso *Heinisch contra Alemania*, que versaba sobre el caso de una enfermera de un geriátrico que había sido despedida por haber denunciado las deficiencias en la atención a los pacientes.

- En materia de libertad de expresión, la STS 14.7.2016 (Roj: STS 3434/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3434), acumulando citas de sentencias del TC y del TEDH sobre libertad de información, expresión e intimidad. La conformidad con los criterios del TEDH determina la suerte del recurso de casación. Así, tras larga explicación de la doctrina, concluye el Tribunal Supremo: "Decisión de la Sala: Como ha quedado expuesto, la sentencia recurrida se ajusta a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo, que, por lo demás, ya hemos expuesto. Por lo que, sin mayores consideraciones, este segundo motivo de casación debe seguir la misma suerte desestimatoria que el anterior".

¹³³ Tras la STS 6.2.2014, Roj: STS 247/2014 - ECLI:ES:TS:2014:247 (maternidad subrogada), el TEDH dicta dos sentencias con fecha de 26.6.2014. Los demandantes promueven ante el Tribunal Supremo la nulidad de

Importa destacar que en el ATS 2.2.2015 (Pleno), se admite la idoneidad del expediente de nulidad para valorar si se ha producido una vulneración de derechos fundamentales conforme a la interpretación que de los mismos realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal Supremo aclara que ante las sentencias del TEDH “no es de aplicación la doctrina que con carácter general ha sentado esta Sala en el sentido de que el incidente de nulidad de actuaciones no permite volver a plantear las cuestiones de trascendencia constitucional que hayan constituido justamente el objeto del proceso y sobre las que la sentencia se haya pronunciado” (F. J. 6º).

7.3. Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas

Para obtener la uniformidad en la interpretación y la creación de una jurisprudencia llamada a consolidar argumentos de autoridad, es imprescindible que haya un único tribunal de casación. Sin embargo, en el caso del Derecho español, al dirigir la mirada hacia el interior, nos encontramos con la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia para resolver los recursos de casación que denuncian infracción de las normas del Derecho civil foral o especial¹³⁴.

actuaciones y solicitan que se anule la sentencia dictada por el Tribunal Supremo por entender que hay vulneración de derechos fundamentales de acuerdo con la interpretación del TEDH.

En el ATS 2.2.2015 (Pleno), ATS 335/2015 - ECLI:ES:TS:2015:335A, el Tribunal Supremo analiza las dos sentencias y, a continuación, compara los casos de origen (impugnación contra dos sentencias de la *Cour Cass.* francesa) con la sentencia española cuya nulidad se solicita. Para la mayoría, el Tribunal de Estrasburgo, en las sentencias Labassee y Mennesson, no afirma que la negativa a transcribir al Registro Civil francés las actas de nacimiento de los niños nacidos en el extranjero por gestación por subrogación infrinja el derecho al respeto de la vida privada de esos menores. Lo que afirma es que a esos niños hay que reconocerles un estatus definido, una identidad cierta en el país en el que normalmente van a vivir. Ese estatus debe ser fijado conforme a las normas esenciales del orden público internacional del Estado en cuestión sobre filiación y estado civil, siempre que sean compatibles con esta exigencia, como lo son en el ordenamiento jurídico español. En el caso de España, ese estatus puede proceder del reconocimiento o establecimiento de la filiación biológica con respecto a quienes hayan proporcionado sus propios gametos para la fecundación, puede proceder de la adopción, y, en determinados casos, puede proceder de la posesión de estado civil, que son los criterios de determinación de la filiación que nuestro ordenamiento jurídico vigente ha considerado idóneos para proteger el interés del menor". Para los cuatro magistrados que firman el voto particular, las diferencias existentes entre las sentencias de la *Cour Cass.* francesa (para las que el TEDH entiende que sí dan lugar a vulneración de los derechos fundamentales de los menores) y el caso de que se ocupa el Tribunal Supremo español no justifican un tratamiento distinto entre las sentencias dictadas por el TEDH y la dictada por la Sala Primera, por lo que creen que debió darse lugar a la nulidad de actuaciones en la forma interesada.

¹³⁴ Conforme al art. 73.1.a) LOPJ: “La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá, como Sala de lo Civil: Del recurso de casación que establezca la ley contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas del derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución”. Prevista esta atribución en los Estatutos de Autonomía de varias Comunidades Autónomas, algunas de ellas, además, han promulgado leyes autonómicas de casación, que son leyes de selección de asuntos, promulgadas con el propósito declarado de favorecer que haya más jurisprudencia sobre los Derechos civiles forales:

- Galicia, Ley 11/1993, de 15 de julio, reguladora del recurso de casación en materia de derecho civil especial, declarada parcialmente inconstitucional por la STC 47/2004 de 25 de marzo; con posterioridad, Ley 5/2005, de 25 de abril, reguladora del recurso de casación en materia de Derecho civil de Galicia: considera como motivo casacional el error en la apreciación de la prueba que demuestre desconocimiento de hechos notorios que supongan infracción de uso o costumbre y establece que las sentencias objeto de casación no están sometidas a limitación alguna por causa de su cuantía litigiosa.

- En Aragón, la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, cifró en tres mil euros la cuantía mínima, precisó que el acceso por interés casacional es posible aunque la determinación del procedimiento se

Sin entrar en los detalles de las disfunciones a que puede dar lugar la existencia de una pluralidad de tribunales de casación, me limitaré a recordar aquí alguno de los datos más significativos que pueden dificultar la consolidación de una jurisprudencia uniforme, tanto sobre el Derecho foral o especial como sobre el Derecho civil estatal.

De una parte, la competencia de estos Tribunales Superiores de Justicia solo procede cuando la sentencia ha sido dictada por un órgano judicial con sede en la propia Comunidad Autónoma. Esto significa que cuando resulte aplicable el Derecho foral, pero el asunto se haya resuelto fuera de la Comunidad Autónoma, el recurso de casación deberá tramitarse y resolverse por el Tribunal Supremo. En consecuencia, puede convenirse en que habrá dos fuentes de producción de jurisprudencia foral, la procedente del Tribunal Superior de Justicia correspondiente y la procedente del Tribunal Supremo¹³⁵.

Por otra parte, cuando la sentencia ha sido dictada por un órgano judicial con sede en la propia Comunidad Autónoma, la competencia del Tribunal Superior de Justicia se establece tanto para el caso de que el recurso se funde únicamente en infracción de las normas del Derecho civil propio como cuando se funde, junto a ese, en otros motivos¹³⁶. Cabe pensar

haga por razón de la cuantía y declara que se considerará que un recurso presenta interés casacional en los siguientes casos: 1. Cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Aragón o del Tribunal Supremo, dictada en aplicación de normas del Derecho civil aragonés, o no exista dicha doctrina en relación con las normas aplicables 2. Cuando la sentencia recurrida resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. 3. Cuando la sentencia recurrida aplique normas del Derecho civil aragonés que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que no exista doctrina jurisprudencial relativa a normas anteriores de igual o similar contenido (art. 3). – En Cataluña, la Ley 4/2012, de 5 de marzo, del recurso de casación en materia de Derecho civil de Cataluña, a la que me he referido ya, así como el Acuerdo de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de 22.3.2012 sobre criterios de admisión del recurso de casación en Cataluña y un Acuerdo complementario posterior de 4.7.2013 que trata de resolver algunas dudas, accesibles ambos en <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Cataluna>.

– En Navarra, que carece de ley propia, el Tribunal Superior de Justicia expone su interpretación, o la doctrina mantenida con anterioridad por la Sala, y añade que “parecidamente” o que “a esta misma conclusión llega la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, de 30 de diciembre de 2011, cuando señala que...” (por ejemplo, STSJ Navarra 28.4.2016, Roj: STSJ NA 245/2016 - ECLI:ES:TSJNA:2016:245).

Presuponiendo que la Ley estatal es aplicable a todos los recursos de casación, el art. 477.3.II LEC establece que: “Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente”.

¹³⁵ El art. 3 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, considera que hay interés casacional no sólo cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma sino, también, cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, dictada en aplicación de normas del Derecho civil aragonés, o no exista dicha doctrina en relación con las normas aplicables. Al referirse a los recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, el art. 477.3.II LEC no menciona de forma explícita la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, y puede defenderse fundadamente que sólo será doctrina jurisprudencial foral, a efectos del recurso de casación ante el Tribunal Superior, la elaborada por este órgano. Sin embargo, me parece preferible la interpretación de que la oposición a la jurisprudencia que pueda seguir produciendo el Tribunal Supremo abra la vía de la casación ante el Tribunal Superior : se trata de un cauce para que éste tenga ocasión de pronunciarse sobre tal doctrina que, naturalmente, no le vincula. Puesto que existen dos órganos con competencia para conocer del recurso de casación, parece deseable propiciar la posibilidad de comunicación entre sus interpretaciones: no estando ninguno de ellos vinculado por el criterio del otro, la interpretación motivada y coherente de uno debería sin embargo ser aceptada razonablemente por el otro en atención a la fuerza de sus argumentos. La doctrina del Tribunal Supremo anterior a la existencia del Tribunal Superior está llamada a jugar un papel cada vez menos decisivo, incluso en el ámbito del propio Tribunal Supremo, puesto que el desarrollo legislativo del Derecho autonómico producido en los últimos años le irá privando de utilidad.

En Cataluña, la Ley 4/2012 solo tiene en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia y la del “Tribunal de Casación de Cataluña” de la segunda república.

¹³⁶ El Acuerdo de la Sala Penal y civil del TSJ de Cataluña de 4.7.2013, complementario al Acuerdo de 22.3.2012 sobre criterios de admisión del recurso de casación en Cataluña, precisa lo siguiente: “En el caso de

que, al atribuir competencia a los Tribunales Superiores en los casos en que el recurso se funde conjuntamente en infracción de norma foral y norma común, los Tribunales Superiores pueden llegar a generar una jurisprudencia en un ámbito –el Derecho civil estatal– que no les es propio.

La indivisibilidad del recurso ha determinado que la competencia se atribuya al Tribunal Superior de Justicia (art. 478 LEC¹³⁷). Cuestión distinta es la referente a la trascendencia de la doctrina del Tribunal Superior de Justicia sobre los preceptos de Derecho común. Aunque teóricamente sea razonable defender que los Tribunales Superiores de Justicia no elaboran doctrina jurisprudencial sobre las normas de Derecho común¹³⁸ es indudable que el propio Tribunal, en el futuro, si no mantiene la interpretación sobre precepto del Código civil, deberá motivar su cambio de criterio de forma adecuada¹³⁹.

que en el litigio se hayan ejercitado conjuntamente pretensiones regidas por el ordenamiento civil catalán y por el ordenamiento civil estatal y el recurso de casación se interponga para denunciar la infracción de la normativa catalana y la normativa estatal, los arts. 2, 3 y 4 de la llei 4/2012 se aplicarán en aquel o aquellos motivos del recurso de casación en que se alegue como infringida la normativa catalana, mientras que en aquel o aquellos otros motivos del recurso de casación en que, en su caso, se alegue exclusivamente la infracción de normas civiles estatales, se estará para examinar la admisibilidad del recurso de casación a la comprobación de si concurre alguna de las modalidades previstas en el art. 477, 2,1º; 2,2º; 2,3º y 3 de la LEC 1/2000, interpretado conforme al acuerdo del Tribunal Supremo Sala 1a de 30-12-2011”.

¹³⁷ Art. 478. Competencia. Simultaneidad de recursos. 1. El conocimiento del recurso de casación, en materia civil, corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo. No obstante, corresponderá a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución. 2. Cuando la misma parte interponga recursos de casación contra una misma sentencia ante el Tribunal Supremo y ante el Tribunal Superior de Justicia, se tendrá, mediante providencia, por no presentado el primero de ellos, en cuanto se acredite esta circunstancia.

Vid., también, art. 1 de la Ley aragonesa 4/2005 y art. 2 de la Ley catalana Ley 4/2012.

¹³⁸ Por todos, J. LÓPEZ SÁNCHEZ, *El interés casacional*, op. cit., p. 303. Contra F. de P. BLASCO GASCÓ, *El interés casacional. Infracción o inexistencia de doctrina jurisprudencial en el recurso de casación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 87.

¹³⁹ Más detalle sobre las disfunciones de la multiplicación de órganos de casación, en PARRA LUCÁN, "La jurisprudencia foral", en *La casación foral*, Ángel Bonet (director), Ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, pp. 263–360. Como explicaba allí, respecto de la jurisprudencia aragonesa, en la práctica, fuera de los recursos mixtos, los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia no siempre se refieren a la interpretación de la norma aragonesa, de forma que, en realidad, contra lo previsto en la Ley de enjuiciamiento civil y en la Ley aragonesa sobre la casación, lo relevante parece ser la naturaleza foral de la institución que dio lugar al pleito resuelto por la sentencia recurrida, sin que el Tribunal Superior de Justicia, para resolver el recurso de casación, llegue a razonar sobre la interpretación de normas aragonesas. En otras ocasiones, el pleito no tiene en su origen una institución de naturaleza foral, si bien alguna de las partes invoca que la legitimación, el título de propiedad, o el derecho a poseer, se basan o proceden de una adquisición hereditaria sometida al Derecho aragonés, o que el bien sobre el que se discute un problema que no está sometido al Derecho civil aragonés pertenece a la sociedad conyugal de una de las partes, o es privativo de su cónyuge..., sin que realmente resulte preciso pronunciarse sobre tal punto para decidir la casación. Siendo así, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón razona exclusivamente sobre normas de Derecho común. En mi opinión, si la sentencia del Tribunal de casación no contiene razonamiento alguno sobre normas aragonesas no aporta certeza al ordenamiento aragonés sobre la interpretación de sus normas. En definitiva, no está haciendo jurisprudencia foral.

Cuando ni el eje nuclear del recurso de casación es la calificación jurídica de una institución aragonesa conforme al Derecho aragonés, ni los derechos que incumben a las partes en virtud de la misma ni, en definitiva, la interpretación de una norma aragonesa, el Tribunal Superior de Justicia no elabora doctrina jurisprudencial y pasa a ser una última instancia que revisa la actuación de los Tribunales inferiores. Para evitar este riesgo, el Tribunal Superior debería extremar el cuidado en no admitir el recurso sobre asuntos en los que la invocación de la infracción de la norma aragonesa carece de conexión con la cuestión controvertida. Si entendiendo que es así debería remitir las actuaciones al Tribunal considerado competente (art. 484 LEC). Admitida la competencia, sólo le quedará después la posibilidad de desestimar el motivo del recurso. Un caso peculiar viene integrado por aquellas hipótesis en las que el Derecho general del Estado es supletorio del Derecho civil aragonés (arts. 149.3 de la Constitución y art. 1.2 de la Compilación). Aun cuando podría sostenerse lo contrario, la doctrina aragonesa se ha manifestado en el sentido de considerar competente al Tribunal Superior de Justicia de Aragón cuando se denuncia la infracción de la norma del Derecho estatal aplicable como supletorio y también ha defendido que la doctrina elaborada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón permitirá apreciar la existencia de interés casacional cuando la sentencia de instancia se oponga a la doctrina sentada por el Tribunal Superior. El Tribunal Superior de Justicia también lo ha entendido así. En este ámbito,

7.4. Casación, Constitución y Tribunal Constitucional

La Constitución, concebida como verdadera norma, puede ser alegada como norma infringida en el recurso de casación. Así, conforme al art. 5.4 LOPJ: "En todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional".

Además, con independencia de ello, la interpretación de todas las normas, también las de Derecho civil, debe llevarse a cabo conforme a la Constitución, y para ello debe tenerse en cuenta la interpretación realizada en su caso por el Tribunal Constitucional. Todos los tribunales deben interpretar y aplicar la Constitución, y deben hacerlo conforme a la interpretación mantenida por el Tribunal Constitucional, que es el máximo garante de la interpretación de la Constitución. En este sentido, según el art. 5.1 LOPJ: "La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos".

Es explicable la existencia de fricciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional como consecuencia de la simple admisión por el segundo del recurso de amparo contra una sentencia del primero¹⁴⁰. Hay que advertir que, aunque el Tribunal Constitucional no es órgano judicial, sino órgano constitucional (Título IX de la Constitución), cuando resuelve el recurso de amparo contra una sentencia judicial (art. 44 LOTC)¹⁴¹, ejerce un control de la actividad del tribunal: del Tribunal Supremo cuando resuelve un recurso de casación o del tribunal de instancia contra cuya sentencia no se admita el recurso de casación y que, por tanto, agota todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial¹⁴².

Con todo, la lectura de las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo muestra en la actualidad cómo, para interpretar en un recurso de casación una ley se tiene en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional que se ha pronunciado, como intérprete supremo de la

resultan especialmente interesantes los pronunciamientos que valoran si la aplicación supletoria del Código civil es compatible con los principios que informan las normas aragonesas.

Al proceder de esta forma, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón integra la norma aragonesa con la norma de Derecho civil general en virtud de la remisión contenida en el art. 1.2 de la Compilación. La cuestión es que, entonces, en mi opinión, los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia sobre la norma supletoria valdrán como jurisprudencia foral sólo en la medida en que integran la norma aragonesa.

¹⁴⁰ Vid. R. SARAZÁ, "Recurso de amparo y recurso de casación civil. Tribunal Constitucional, jueces ordinarios y Derecho privado", en *Jueces para la Democracia*, 76, 2013, pp. 21-31.

¹⁴¹ Conforme a este precepto: 1. Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes: a) Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial. b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional. c) Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello. 2. El plazo para interponer el recurso de amparo será de 30 días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial.

¹⁴² Me remito a lo explicado más arriba sobre el "caso Preysler".

Constitución (art. 1 LOTC) sobre el alcance constitucional de determinada regulación civil¹⁴³, o que ha interpretado algún precepto constitucional en el seno de recursos de amparo¹⁴⁴ o, incluso, que ha inadmitido a trámite una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un tribunal en relación con un precepto del Código civil¹⁴⁵.

Bibliografía citada

- ALBALADEJO, M., *Derecho civil I*, 17ª ed., Madrid, 2006.
- BERCOVITZ, R., "La jurisprudencia y el principio de seguridad jurídica", en RDP 5, 2014.
- BLASCO GASCÓ, F. de P., *El interés casacional. Infracción o inexistencia de doctrina jurisprudencial en el recurso de casación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- BONET NAVARRO, Á., "La reforma de la casación. Efectos en la función casacional de los Tribunales Superiores de Justicia", en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 3, 1993.
- BONET NAVARRO, Á., *Los recursos en el proceso civil*, Editorial La Ley, Madrid, 2000.
- DE PABLO CONTRERAS, P., en *Curso de Derecho civil I*, 5ª ed., Madrid, Colex, 2015.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I./DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal civil, El proceso de declaración*, 3ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004,
- DÍEZ-PICAZO, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, 2ª edición, Madrid, Editorial Tecnos, 1973.
- GARCÍA COLLANTES, J.M., "Asuntos pendientes en la transmisión: el cónyuge viudo del transmitente y otros supuestos", en RCDI, año XCII 753.
- GIMENO SENDRA, V., en <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-22/seccion-corporativa/1770-el-recurso-espanol-de-casacion-civil-perspectiva-de-reforma-0-7208105500049987>, El Notario del siglo XXI, nov. dic. 2008

¹⁴³ A modo de ejemplo pueden citarse los de las siguientes sentencias:

– STS 30.5.2016 (custodia compartida), Roj: STS 2568/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2568. Tras citar varias sentencias de la Sala Primera, añade: "Por tanto, no tiene sentido cuestionar la bondad objetiva del sistema, tras la constante y uniforme doctrina de la Sala, con el cambio sustancial que supuso la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 185/2012, de 17 de octubre)".

– STS 3.12.2014 (filiación), Roj: STS 5107/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5107. Resuelve el recurso con cita de las SSTC 273/2005, de 27 de octubre y 52/2006, de 16 febrero (resuelven cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra determinados preceptos del Código civil en materia de filiación).

¹⁴⁴ Así, por ejemplo, la STS 7.10.2010 (intrusión ilegítima en el honor), Roj: STS 4291/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4291, para estimar el recurso de casación comienza su argumentación con la frase: "Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala..."

¹⁴⁵ Se trata del ATC 301/2014, de 16 de diciembre, que inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 1525-2014, planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Palma de Mallorca en relación con el artículo 148, párrafo primero en su inciso final del Código civil. La STS 29.9.2016, Roj: STS 4176/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4176,

se apoya en los argumentos utilizados por el ATC para considerar que la irretroactividad de la prestación de alimentos no es inconstitucional. Para un caso semejante, la STS 30.9.2016, Roj: STS 4184/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4184, considera que la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera "ha recibido el aval del Pleno del Tribunal Constitucional (ATC 301/2014, de 16 de diciembre)".

GOMÁ LANZÓN, I., "¿Justicia material o populismo judicial?", en *El Notario del Siglo XXI*, accesible en <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/6812-justicia-material-o-populismo-judicial> (acceso el 16.9.2016).

GÓMEZ ORBANEJA, E., en *Derecho procesal civil, vol. primero, Parte General. El proceso declarativo ordinario*, Madrid, 1979.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil, I-1º*, Barcelona, Librería Bosch, 1988.

LAGUNA DOMÍNGUEZ, E., "Artículo 1.6", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Albaladejo, M. y Díaz-Alabart, S. (Dirs.), T. I, vol. 1, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1992.

LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El interés casacional*, Civitas, Madrid, 2002.

LOZANO CUTANDA, B., "La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo por la Ley Orgánica 7/2015: análisis de sus novedades", en <http://diariolaley.laley.es/Content/Inicio.aspx>, consulta el 14.9.2016

ORTELLS RAMOS, M., "La casación en España", en *El recurso de casación civil*, J. Bonet, dir., en Aranzadi, 2010.

PARRA LUCÁN, M.A., "La jurisprudencia foral", en *La casación foral*, Ángel Bonet (director), Ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011.

PUIG BRUTAU, J., *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Barcelona, 1954.

REVERÓN PALENZUELA, B. "Interés casacional y Tribunal Constitucional. La convalidación constitucional de un Acuerdo de dudosa constitucionalidad", en *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, 22, diciembre 2005.

SARAZÁ, R., "Recurso de amparo y recurso de casación civil. Tribunal constitucional, jueces ordinarios y Derecho privado", en *Jueces para la Democracia*, 76, 2013.

TORIBIOS FUENTES, F., DOMÍNGUEZ, A., MARTIN RUIZ, A., "Los recursos extraordinarios", *Recurso de casación civil. Cómo lograr su admisión*, 2ª ed., Aranzadi, 2016.

VÁZQUEZ SOTELO, J. L., "Ineficacia de la casación bajo el peso de la dogmática", en *El recurso de casación civil*, J. Bonet, dir., en Aranzadi, 2010.

XIOL RÍOS, J. A. "Reflexiones sobre la interacción entre justicia y economía. La jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *Justicia y Economía*, M. AYUSO GUTIÉRREZ, Dir., Manuales de formación Continuada, 49, 2009, Madrid, 2010,

XIOL RÍOS, J. A., "Notas sobre la jurisprudencia", en FERRERES, V./XIOL, J. A., *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

Resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo español consultadas

ATS 14.2.2012 RJ 2012, 3916

ATS 10.6.2014 Roj: ATS 5135/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5135A

ATS 2.2.2015 ATS 335/2015 - ECLI:ES:TS:2015:335A

ATS 22.4.2015 Roj: ATS 2996/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2996A

ATS 20.1.2016 Roj: ATS 222/2016 - ECLI:ES:TS:2016:222A

ATS 30.3.2016 ATS 2368/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2368A

ATS 12.4.2016 Roj: ATS 2927/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2927A

ATS 25.4.2016 Roj: ATS 3520/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3520A

ATS 1.6.2016 Roj: ATS 5000/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5000A

ATS 20.7.2016 Roj: ATS 7513/2016 - ECLI:ES:TS:2016:7513

STS 10.6.1987 Roj: STS 4058/1987 - ECLI:ES:TS:1987:4058

STS 8.2.1989 STS 782/1989 - ECLI:ES:TS:1989:782

STS 10.2.1989 Roj: STS 823/1988 - ECLI:ES:TS:1988:823

STS 20.2.1989 Roj: STS 1199/1989 - ECLI:ES:TS:1989:1199

STS 7.4.1989 Roj: STS 2385/1989 - ECLI:ES:TS:1989:2385

STS 31.10.1989 RJ 1989, 7038

STS 1.12.1989 STS 6959/1989 - ECLI:ES:TS:1989:6959

STS 28.6.1996 Roj: STS 3966/1996 - ECLI:ES:TS:1996:3966

STS 24.6.2002 STS Roj: STS 4642/2002 - ECLI:ES:TS:2002:4642

STS 25.7.2002 Roj: STS 5696/2002 - ECLI:ES:TS:2002:5696

STS 23.1.2004 Roj: STS 280/2004 - ECLI:ES:TS:2004:28

STS 21.11.2005 ROJ: STS 7037/2005 - ECLI:ES:TS:2005:7037

STS 11.1.2007 Roj: STS 822/2007 - ECLI:ES:TS:2007:822

STS 5.3.2007 RJ 2007, 723

STS 7.9.2007 RJ, 2007, 723

STS 19.12.2008 RJ 2008, 159

STS 26.3.2009 RJ 2009, 1750

STS 18.3.2010 Roj: STS 1133/2010 - ECLI:ES:TS:2010:1133
STS 22.4.2010 Roj: STS 2561/2010 - ECLI:ES:TS:2010:2561
STS 7.10.2010 Roj: STS 4291/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4291
STS 27.6.2011 Roj: STS 5044/2011 - ECLI:ES:TS:2011:5044
STS 21.9.2011 Roj: STS 5855/2011 - ECLI:ES:TS:2011:5855
STS 21.9.2011 Roj: STS 5855/2011 - ECLI:ES:TS:2011:5855
STS 23.4.2012 Roj: STS 2861/2012 - ECLI:ES:TS:2012:2861
STS 16.1.2013 Roj: STS1152/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1152
STS 18.4.2013 Roj: STS 2589/2013 - ECLI:ES:TS: 2013:2589
STS 18.4.2013 Roj: STS 2589/2013 - ECLI:ES:TS:2013:2589
STS 11.9.2013 Roj: STS 5269/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5269
STS 4.11.2013 Roj: STS 5185/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5185
STS 6.2.2014 Roj: STS 247/2014 - ECLI:ES:TS:2014:247
STS 21.2.2014 Roj: STS 655/2014 - ECLI:ES:TS:2014:655
STS 30.6.2014 Roj: STS 2823/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2823
STS 10.9.2014 Id. Cendoj: 28079119912014100019
STS 3.12.2014 Roj: STS 5107/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5107
STS 16.1.2015 Roj: - ECLI:ES:TS:2015:426:
STS 22.4.2015 Roj: STS 1723/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1723
STS 5.5.2015 Roj: STS 1730/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1730
STS 18.6.2015 Roj: STS 2571/2015 - ECLI:ES:TS:2015:2571
STS 15.10.2015 Roj: STS 5090/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5090
STS 21.10.2015 Roj: STS 4291/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4291
STS 3.2.2016 Id. Cendoj: 28079119912016100001
STS 16.2.2016 Roj: STS 512/2016 - ECLI:ES:TS:2016:512
STS 19.2.2016 Roj: STS 644/2016 - ECLI:ES:TS:2016:644
STS 26.2.2016 Roj: STS 620/2016 - ECLI:ES:TS:2016:620
STS 2.3.2016 Roj: STS 769/2016 - ECLI:ES:TS:2016:769
STS 11.5.2016 Roj: STS 2041/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2041
STS 24.5.2016 Roj: STS 2296/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2296

STS 30.5.2016 Roj: STS 2568/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2568
STS 3.6.2016 Roj: STS 2401/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2401
STS 3.6.2016 Roj: STS 2577/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2577
STS 3.6.2016 Roj: STS 2573/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2573
STS 3.6.2016 Roj: STS 2401/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2401
STS 3.6.2016 Roj: STS 2566/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2566
STS 8.6.2016 Roj: STS 2624/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2624
STS 9.6.2016 Roj: STS 2638/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2638
STS 15.6.2016 Roj: STS 2886/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2886
STS 15.6.2016 Roj: STS 2871/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2871
STS 20.6.2016 Roj: STS 2781/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2781
STS 30.6.2016 Roj: 2995/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2995
STS 7.7.2016 Roj: STS 3148/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3148
STS 7.7.2016 Roj: STS 3146/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3146
STS 15.7.2016 Roj: STS 3192/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3192
STS 21.7.2016 Roj: STS 3888/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3888
STS 29.9.2016 Roj: STS 4176/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4176
STS 30.9.2016 Roj: STS 4184/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4184