

**LA ASUNCIÓN DE LA INSTANCIA Y LA PRÁCTICA DEL
REENVÍO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PRIMERA
DEL TRIBUNAL SUPREMO**

Guillermo SCHUMANN BARRAGÁN
Contratado Predoctoral FPU
Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid
gschuman@ucm.es

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1934-7808>

Trabajo publicado en CACHÓN CADENAS, M., PÉREZ DAUDÍ, V. (coords.), *El enjuiciamiento civil y penal hoy: IV Memorial Manuel Serra Domínguez*, Atelier, Barcelona, 2019, pp. 797-809. ISBN: 978-84-17466-75-6.

LA ASUNCIÓN DE LA INSTANCIA Y LA PRÁCTICA DEL REENVÍO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Guillermo SCHUMANN BARRAGÁN
Contratado Predoctoral FPU
Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se ha observado una práctica llevada a cabo por la Sala Primera del Tribunal Supremo (en adelante, el “TS”) por la cual, tras la estimación de un recurso de casación, reenvía las actuaciones a la Audiencia Provincial de origen (en adelante, la “AP”) para que resuelva sobre el fondo del asunto. Los litigios en los que se suele observar esta práctica tienen como elemento común el hecho de que las sentencias dictadas tanto en primera como en segunda instancia se limitan a apreciar alguna excepción o cuestión material —*v.gr.* la falta de legitimación activa o pasiva, la prescripción o caducidad de la acción— que convierte en innecesario que se lleve a cabo un enjuiciamiento sobre el resto de los elementos que integran el fondo de la cuestión controvertida. Pues bien, cuando el TS en casación revoca la estimación en la instancia de ese tipo de excepciones, se enfrenta a un escenario en el que, ante la inexistencia de un juicio de hecho y derecho, opta por negarse a «asumir la instancia»— *i.e.* resolver él mismo el recurso de apelación interpuesto en su día frente a la sentencia— y reenvía el asunto a la AP.

El objeto de estas líneas es analizar con algo más de detenimiento este fenómeno, teniendo en cuenta la regulación vigente del recurso de casación civil y su relación con la asunción de la instancia y la práctica del reenvío llevada a cabo por el TS. Para ello nos proponemos *(i)* examinar la configuración legal de la cuestión en nuestro ordenamiento; *(ii)* realizar un breve estudio de derecho comparado sobre la regulación existente en Alemania, Francia e Italia; y *(iii)* efectuar un análisis crítico de la jurisprudencia del TS.

II. LA AUSENCIA DE REENVÍO Y LA ASUNCIÓN DE LA INSTANCIA EN EL RECURSO DE CASACIÓN CIVIL

Como es de sobra conocido, suele decirse que el origen del recurso de casación se encuentra en el *pourvoi en cassation* francés, encomendado a un Tribunal especial, el *Tribunal de cassation*. Este «Tribunal», que no era un órgano jurisdiccional —y, por tanto, tampoco formaba parte del poder judicial—, estaba inspirado en las ideas

revolucionarias de la división de poderes y tenía una clara función nomofiláctica de preservación de la ley como expresión de la voluntad popular.¹ En lógica sintonía con esta concepción, su única finalidad era casar la sentencia de instancia y reenviar el asunto a los órganos *jurisdiccionales* para que resolvieran el litigio.² Así, el reenvío del asunto era una consecuencia directa de la propia naturaleza y función que se podía predicar tanto del recurso de casación como del órgano al cual se le encomendaba su resolución. Incluso posteriormente, y pese a la progresiva jurisdiccionalización del *Tribunal* hasta su conversión en la *Cour de cassation*, el reenvío de las actuaciones se mantuvo como una característica esencial del recurso de casación.³

Dicho esto, si atendemos a la recepción del recurso de casación en nuestro ordenamiento, aunque suele decirse que fue el recurso de segunda suplicación e injusticia notoria el primero con verdadera naturaleza casacional en España, lo cierto es que no es hasta la LEC de 1855 cuando se introduce en nuestro país con la denominación con que ahora lo conocemos el recurso de casación. La LEC de 1855 preveía en su art. 1060⁴ una ausencia de reenvío cuando se estimaran aquellos recursos basados en vicios *in iudicando*. Esta ausencia de reenvío, como ha tenido ocasión de apuntarse, fue «absolutamente original en la Europa de la época, ha sido una de las características distintivas más notables de nuestra casación, y tiene la virtud de haberse avanzado en más de cien años».⁵ Esto conllevó que el TS pasara a tener una auténtica *jurisdicción positiva*.⁶ En la posterior LEC de 1881 se mantuvo también la asunción de la instancia por el TS en recursos de casación por vicios *in iudicando*.⁷ Es de interés destacar que el art. 1745 de la LEC 1881 establecía que una vez estimado el recurso de casación por motivos de fondo, el TS procedería a dictar «por separado [...] la sentencia

¹ MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES. J., *Tratado de Recursos en el Proceso Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2014, págs.779-780.

² «El *Tribunal de cassation*, en su origen, tuvo una única función, en lo que ahora interesa: casar, sin motivar, las sentencias que contuvieran una contravención expresa al texto de la ley. Sin embargo, dicha imposibilidad se estableció como una auténtica prohibición, como si se pretendiera hacer especial hincapié en que el *Tribunal* no era un órgano jurisdiccional, a pesar de su nombre. Y ya para acabar, una vez casada la sentencia, dentro de un escrupuloso respeto por la división de poderes, el *Tribunal* debía reenviar el asunto a los Tribunales jurisdiccionales para que dictaran la nueva sentencia, que podía volver a ser llevada al *Tribunal de cassation* para que fuera casada otra vez, en caso de haberse dictado de nuevo la sentencia con el mismo contenido. Sólo la tercera vez, el caso ya no era llevado al *Tribunal de cassation*, sino directamente al Legislativo [*référé obligatoire au législateur*]» NIEVA FENOLL, J., *El recurso de casación civil*, Ariel, Barcelona, 2002, pág. 26. MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES. J., *op. cit.*, pág. 783.

³ MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES. J., *op. cit.*, págs.786-789. NIEVA FENOLL, J., *op. cit.*, pág. 28.

⁴ LEC 1855 art. 1060: «Si el recurso se hubiere fundado en infracción de ley o de doctrina admitida por la jurisprudencia, *dictará el Tribunal a continuación, pero separadamente, sobre la cuestión objeto del pleito, la sentencia que crea conforme a los méritos de los autos* y a lo que exigieren la ley o doctrina quebrantadas en la ejecutoria» (énfasis añadido).

⁵ NIEVA FENOLL, J., *op. cit.*, pág. 32.

⁶ MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES. J., *op. cit.*, pág.794.

⁷ Para una interesante exposición histórica del recurso de casación en nuestro ordenamiento *vid.* NIEVA FENOLL, J., *op. cit.*, págs. 28-38.

que corresponda sobre la cuestión objeto del pleito».⁸ No es hasta la reforma del recurso de casación efectuada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, cuando se produce una modificación del precepto y se establece que, de estimarse el recurso, el TS resolverá conforme a Derecho la cuestión controvertida «en una sola sentencia».⁹

Nuestra actual LEC dice en su art. 487.2 que la sentencia que resuelva el recurso de casación tramitado para la tutela civil de derechos fundamentales (art. 477.2.1º LEC) o en función de la cuantía (art. 477.2.2º LEC) «confirmará o casará, en todo o en parte, la sentencia recurrida». Y, cuando se considere fundado el recurso de casación tramitado por interés casacional (art. 487.3 LEC en relación con el art. 477.2.3º LEC), la sentencia estimatoria «casará la resolución impugnada y resolverá sobre el caso, declarando lo que corresponda». De una interpretación literal, parece que la LEC establece una diferencia en el contenido «necesario» de la sentencia estimatoria en función de la modalidad del recurso: el recurso de casación tramitado por interés casacional deberá casar la sentencia y resolver sobre el caso (art. 487.3 LEC); mientras que el resto únicamente deberán casar la sentencia recurrida (art. 487.2 LEC).

De un estudio del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁰ y de su tramitación en el Congreso de los Diputados podremos comprobar que, pese al cambio del ordinal —del art. 490 al actual art. 487—, la redacción de la norma no fue objeto de modificación durante la tramitación parlamentaria.¹¹ En el plazo de enmiendas no fue planteada —desde luego, siempre refiriéndonos al recurso de casación por motivos de fondo o *in iudicando*— el reenvío de las actuaciones a la AP.¹² En definitiva, no puede extraerse de los antecedentes legislativos del apartado 2 del

⁸ LEC 1881 art. 1745: «Si el Tribunal estimase que en la sentencia se ha cometido la infracción de ley o de doctrina en que se funde el recurso, declarará haber lugar a él y casará la sentencia, mandando devolver el depósito si se hubiere constituido. *Acto continuo, y por separado, dictará la sentencia que corresponda sobre la cuestión objeto del pleito, o sobre los extremos respecto de los cuales haya recaído la casación*» (énfasis añadido).

⁹ LEC 1881 art. 1715: «Si se estimare el recurso por todos o algunos de los motivos, la Sala *en una sola sentencia*, casando la resolución recurrida resolverá conforme a derecho» (énfasis añadido).

¹⁰ Boletín Oficial de las Cortes Generales. VI Legislatura. Serie A. Núm. 147-1. 13 de noviembre de 1988. pág. 105.

¹¹ En el Borrador de Anteproyecto de la LEC, en cuyo ordinal 491 se encontraba contemplado el precepto, no existía ninguna diferencia —más allá de las referencias normativas— entre el apartado 2 y 3. No se ordenaba en ninguno de los casos que el TS asumiera la instancia. El cambio esencial se produce al pasar del Borrador de Anteproyecto al Proyecto de Ley, cuando se incorpora en el apartado 3 que la sentencia «resolverá sobre el caso». Es claro que el modelo querido y adoptado por el legislador es el relativo a la ascunción de la instancia. “Borrador de Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil” en *Tribunales de Justicia*, Número especial, Mayo, 1997, pág. 103.

¹² El Grupo Parlamentario Vasco (Enmienda 996) proponía sustituir los apartados 2 y 3 en uno solo. La motivación de la propuesta era una «mejora técnica». Boletín Oficial de las Cortes Generales. VI Legislatura. Serie A. Núm. 147-9. 26 de marzo de 1999. pág. 469. En el mismo sentido, el Grupo Parlamentario Socialista (Enmienda 453), al plantear la eliminación del recurso extraordinario por infracción procesal, proponía que cuando el recurso de casación se tramitara por motivos de fondo, «la Sala resolverá lo que corresponda dentro de los términos en que aparezca planteado el debate» Boletín Oficial de las Cortes Generales. VI Legislatura. Serie A. Núm. 147-9. 26 de marzo de 1999. pág. 305. En el Senado tampoco se presentó ninguna enmienda dirigida a plantear el reenvío del asunto. Boletín Oficial de las Cortes Generales. VI Legislatura. Serie II. Núm. 154. 27 de octubre de 1999.

art. 487 LEC que el legislador contemplara la posibilidad de que la Sala reenviara las actuaciones a la AP.

La doctrina científica da por supuesto que el TS debe asumir la instancia con independencia de la modalidad casacional que se presente o, dicho en otros términos, que no puede reenviar el asunto a la AP;¹³ y, por tanto, que la redacción del art. 487.2 LEC contiene una laguna legal que no faculta al TS en ningún caso a optar por el reenvío.¹⁴ Esta tesis, además, vendría avalada por la propia tradición del recurso de casación en nuestro ordenamiento y, principalmente, por la ausencia de una regulación legal expresa respecto a cómo debe proceder el reenvío al tribunal de instancia.¹⁵

No obstante, y como se verá, esta diferencia gramatical entre el apartado 2 y 3 del art. 487 LEC ha sido el principal argumento jurídico de nuestro TS para justificar el reenvío del asunto. Y es que es esa falta de previsión expresa —tanto respecto de la asunción de la instancia como, no lo olvidemos, del reenvío del asunto— lo que la Sala interpreta como una auténtica facultad o permiso de hacerlo o no.

III. UN BREVE APUNTE DE DERECHO COMPARADO

Así las cosas, y pese a las limitaciones propias del presente estudio, nos parece de interés hacer una breve referencia a la regulación del reenvío —y la correlativa asunción de la instancia— en países de nuestro entorno. Esto nos permitirá comprender mejor que la ausencia de reenvío en nuestro ordenamiento ha sido —y es— una de las principales singularidades del sistema, así como algunas razones que podrían inspirar la práctica del reenvío llevada a cabo por el TS.

La regulación del «recurso de casación» en *Alemania* prevé, como regla general, que tras la estimación del recurso se reenvíe el asunto al tribunal de apelación (§ 563 I

¹³ MONTERO AROCA / FLORS MATÍES sostienen que «[d]e la redacción que se ha dado en la Ley a los apartados 2 y 3 del art. 487, parece como si el contenido del pronunciamiento de la sentencia de casación hubiera de ser diverso, según el motivo que se acoja. [...] no puede interpretarse este artículo 487 en el sentido de que, en un supuesto (el del apartado 2), se ejerza por el tribunal de casación una jurisdicción puramente negativa, anulatoria o rescíndete (como lo fuera en sus orígenes en Francia), limitándose a casar la sentencia sin resolver sobre la cuestión objeto del pleito, mientras que en el otro (el del apartado 3) ejerza, además, una jurisdicción positiva, resolviendo sobre el caso debatido» MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J., *op. cit.*, pág. 1036. En el mismo sentido, MUERZA ESPARZA, J., en CORDÓN MORENO, F., *et. al.*, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Volumen I. Arts. 1 a 516*, Aranzadi, Cizur Menor, 2ª ed., págs. 2074-2075. GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Ley de Enjuiciamiento Civil Comentada y con Jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 2017, pág. 657. DE LA OLIVA SANTOS, A., *et. al.*, *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte Especial*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 3ª ed. pág. 306. NIEVA FENOLL, J., *op. cit.*, pág. 324. SERRA DOMÍNGUEZ, M., “El recurso de casación en la LEC 1/2000” en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2001, núm. 4, págs. 195-200.

¹⁴ «Los términos de comparación entre dichos apartados 2 y 3 del artículo 487 son otros. *En ambos casos, si se estima el recurso, se casará la sentencia y se revolverá sobre la cuestión litigiosa*, pero en el último de ellos, en el del interés casacional, además: 1) Se declarará lo que proceda sobre la doctrina jurisprudencial relativa a la correcta interpretación y aplicación de la norma [...]» (énfasis añadido) MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J., *op. cit.*, pág. 1036.

¹⁵ NIEVA FENOLL, J., *op. cit.*, págs. 323-324.

ZPO)¹⁶. Este último —que podrá tener una composición distinta— se encuentra vinculado por la valoración jurídica derivada de la sentencia estimatoria del recurso (§ 563 II ZPO). Ahora bien, de forma excepcional cuando los hechos son claros y se consideran suficientes para resolver sobre la controversia, existe la posibilidad de que el BGH no reenvíe las actuaciones y decida sobre la controversia asumiendo la instancia (§ 563 III ZPO). Se exige, en definitiva, que la controversia esté lista para ser juzgada —*die Sache zur Endentscheidung reif ist*—. ¹⁷

En el (moderno) recurso de casación en *Francia* se prevé, como norma general, el reenvío de las actuaciones a la instancia (art. 626 CPC). En este caso, se ordena que el reenvío se efectúe a un tribunal distinto del que conoció de la instancia o al mismo con una composición distinta. Es de destacar que en la regulación francesa el reenvío no es automático sino que, por el contrario, son las partes las que deben promoverlo ante el tribunal de instancia en un plazo determinado.¹⁸ De forma excepcional, la *Cour de cassation* podrá excluir el reenvío y asumir la instancia cuando, partiendo de los hechos probados, «*l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie*» (art. 627 CPC en relación con el art. L411-3 del Código de Organización Judicial)¹⁹. Sin embargo, la excepcionalidad del reenvío es tal que se calcula que solo en el 4% de los asuntos la instancia es asumida por la *Cour*.²⁰

En *Italia* el reenvío se encuentra regulado en el art. 383 del CPC.²¹ En su sentencia casacional, la Corte deberá enunciar el «*principio di diritto*» (art. 384 CPC) que vinculará al tribunal de instancia en la resolución del asunto.²² Como en el caso francés, el reenvío no es automático y debe ser instado por las partes en el plazo de tres meses desde la publicación de la sentencia. Por último, se prevé de forma excepcional que se

¹⁶ «Section 563. Referral to a court of lower instance; decision on the merits of the case by the court hearing the appeal on points of law: (1) In the event the judgment is reversed, *the matter is to be referred to the court of appeal*, which is to hear it once again and is to decide on it. The matter may also be referred to another formation of the court of appeal. [...] (3) *However, the court hearing the appeal on points of law is to decide on the matter as such if the judgment is reversed only due to a violation of the law, in application of the law to the situation of fact as established, and if in light of said situation the matter is ready for the final decision to be taken.* [...]» (énfasis añadido). Traducción al inglés disponible en: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html

¹⁷ JAUERNIG, O., HESS, B., *Manual de Derecho procesal civil* (trad. de ROIG MOLÉS, E.) Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2015, págs. 440-441; GOTTWALD, P., “El recurso ante el Tribunal Supremo Federal Alemán tras la reforma de 2001” en ORTELLS RAMOS, M. (coord.), *Los recursos ante Tribunales Supremos en Europa*, Difusión Jurídica, Madrid, 2008, pág. 113; NIEVA FENOLL, J., *op. cit.*, págs. 57-59.

¹⁸ CADIET, L. “El sistema de la casación francesa” en ORTELLS RAMOS, M. (coord.), *op. cit.*, pág. 44, nota 49.

¹⁹ Art. L411-3 del Código de Organización Judicial: «La Cour de cassation peut casser sans renvoi lorsque la cassation n'implique pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond. Elle peut aussi, en matière civile, statuer au fond lorsque l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie [...]».

²⁰ CADIET, L. *op. cit.*, págs. 43-45.

²¹ Art. 383 del CPC: « La Corte [...] rinvia la causa ad altro giudice di grado pari a quello che ha pronunciato la sentenza cassata [...]».

²² NIEVA FENOLL, J., *op. cit.*, págs. 48-49.

asuma la instancia cuando no sean necesarias ulteriores averiguaciones o valoraciones sobre los hechos —*decide la causa nel merito qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto*— (art. 384 CPC).

En definitiva, podemos concluir que en los países de nuestro entorno la regla general tras la estimación de un recurso de casación por motivos de fondo o *in iudicando* es el reenvío de las actuaciones al tribunal de instancia. Solo de forma excepcional, las modernas legislaciones europeas permiten la asunción de la instancia por parte del tribunal casacional. Aunque varían los estándares o criterios para permitir la asunción de la instancia de un ordenamiento jurídico a otro, es común la idea de que será posible cuando exista el suficiente enjuiciamiento fáctico —material y valoración probatoria— que conlleve que solo sea necesaria una operación intelectual de subsunción de los hechos en la norma jurídica.²³

IV. EL RECURSO DE CASACIÓN EN ESPAÑA Y LA ASUNCIÓN DE LA INSTANCIA: EL ENJUICIAMIENTO NEGATIVO Y POSITIVO DEL TS

El recurso de casación en nuestro ordenamiento se ha caracterizado tradicionalmente²⁴ —y se caracteriza en nuestra actual LEC— por la ausencia de reenvío. O, dicho en términos positivos, en que tras la estimación de un recurso de casación el TS debe asumir la instancia y resolver sobre la cuestión controvertida.

Cuando el TS estima un recurso de casación la sentencia de la AP es casada y, por ello, desaparece del ordenamiento jurídico. La labor casacional es aquella que le da verdadero sentido a la función nomofiláctica del recurso de casación. Mediante esta *jurisdicción negativa* el TS expulsa de la vida jurídica aquella resolución que infringe la ley material. Sin embargo, la asunción de la instancia es una labor distinta a la casacional. Es un trámite absolutamente diferenciado y diferenciable del recurso de

²³ En todo caso, y como puede deducirse, la adopción del reenvío de las actuaciones genera la necesidad de regular varias cuestiones: (i) si el reenvío es automático o debe ser instado por las partes y el plazo en el que debe ser instado; (ii) la composición del tribunal de instancia que volverá a conocer del asunto; (iii) el alcance de la vinculación del tribunal de instancia a la sentencia casacional; (iv) el ámbito objetivo de la (nueva) instancia; (v) la alegación de nuevos hechos o fundamentos jurídicos; (vii) los recursos extraordinarios que eventualmente se podrán interponer frente a la nueva sentencia, entre otras cuestiones. El reenvío es una opción legislativa posible, pero su adopción debe estar acompañada de una serie de normas procesales que lo hagan operativo en la práctica.

²⁴ La ausencia de reenvío en nuestra casación «ha sido motivo de profundo orgullo entre nuestra doctrina y, además, ha sido característica de modernidad y madurez de nuestra casación, puesto que solo en estos momentos [...] están empezando los legisladores europeos a suprimir el reenvío en el caso de estimación de motivos *in iudicando*, sencillamente por considerar que constituye una miserable pérdida de tiempo en muchos casos. En realidad, a mi juicio, se trata de un anacronismo proveniente de la época en que el *Tribunal de cassation*, como ya se relató, no era un órgano jurisdiccional. Y si no lo era, resultaba impensable que pudiera dictar una sentencia, inmiscuyéndose en la labor del Poder judicial. Pero superada esa fase histórica, se hace muy difícil entender por qué ha sobrevivido el reenvío» (NIEVA FENOLL, J., *op. cit.*, pág. 71).

casación.²⁵ A través de ella, el TS se constituye en un auténtico tribunal de instancia²⁶ y ejerce una *jurisdicción positiva*.²⁷ Esto es, dice el derecho respecto al caso concreto. La distinta naturaleza, función y labor encomendada al TS nos permite afirmar que al asumir la instancia «en este momento ya no hace funciones de casación, sino de auténtico tribunal de instancia».²⁸ El TS deja de actuar como órgano casacional y se convierte en órgano de apelación.²⁹

Es imprescindible entender esta distinción ya que ello tiene consecuencias prácticas directas en la labor del TS. Cuando se estima el recurso de casación y el TS se constituye en auténtico tribunal de instancia *(i)* cambia su objeto de enjuiciamiento —pasa a ejercer *jurisdicción positiva* y a resolver el recurso de apelación interpuesto en su día frente a la sentencia de primera instancia— y *(ii)* al asumir la instancia desaparecen todas aquellas limitaciones —principalmente, respecto de la valoración probatoria— que la Sala tenía al ejercer su labor casacional.³⁰ Solo teniendo clara esta diferencia ontológica y funcional pueden entenderse algunas soluciones —y confusiones— del TS. Y es que la mayoría de los problemas que han surgido en torno a la asunción de la instancia en la jurisprudencia se deben justamente a la falta de claridad y confusión con su labor casacional.

La falta de diferenciación entre el enjuiciamiento negativo y positivo puede deberse, en primer lugar, al hecho de que desde que se estableció en 1984 (*vid. supra*) que ambas funciones se realizarán en la misma sentencia, se produjo una auténtica «confusión».³¹ La segunda razón se debe al propio objeto del recurso de casación. Según los criterios de admisión del TS, la infracción de ley material que se alegue debe ser directamente relevante para el fallo atendiendo a la *ratio*

²⁵ De hecho, la existencia o exclusión del reenvío no cambia o afecta a la naturaleza y función del recurso de casación en un ordenamiento concreto. Nos encontramos, en definitiva, ante una cuestión de (mera) política legislativa que suele justificarse por criterios de economía procesal y por ser una solución que se muestra más acorde con el carácter jurisdiccional del TS. En este sentido, NIEVA FENOLL, J., *op. cit.*, págs. 71-72 y GUASP, J., ARAGONESES, P., *Derecho procesal Civil. Tomo II. Parte especial: procesos declarativos y de ejecución*, Civitas, Madrid, 7ª ed. 2006, pág. 535.

²⁶ GUASP, J., ARAGONESES, P., *op. cit.*, pág. 535.

²⁷ MONTERO AROCA, J., FLORS MATÍES, J., *op. cit.*, pág. 1036.

²⁸ NIEVA FENOLL, J., *op. cit.*, pág. 87.

²⁹ «Si el recurso de casación es estimado [...] hace que la Sala del Tribunal Supremo asuma la doble función de tribunal de casación y de tribunal de apelación: la labor propiamente casacional [...] la llevará a cabo casando o anulando la resolución judicial recurrida; la de tribunal de instancia, en cambio, resolviendo el fondo del litigio mediante la aplicación de la ley, con el sentido y alcance que el mismo tribunal ha dado al realizar el auténtico cometido casacional. Ambas funciones, aunque se realicen en una sola sentencia, son, en esencia, distinta, y no deben por ello confundirse [...] [e]l hecho de que se ejerciten en una misma sentencia no altera la naturaleza de ambas funciones que siguen siendo ontológicamente diferentes». GIMENO SENDRA, V. (dir.), *et. al. Proceso Civil Práctico. VI. Artículos 448 a 516.*, La Ley, Madrid, 3ª ed., pág. 447. Igualmente se ha afirmado que «la hipótesis de la resolución favorable a la casación lleva consigo que en la misma sentencia se resuelva sobre el fondo, con el carácter de fallo de instancia pero atribuido al propio Tribunal Supremo» GUASP, J., ARAGONESES, P., *op. cit.*, pág. 535.

³⁰ NIEVA FENOLL, J., *op. cit.*, pág. 87.

³¹ GIMENO SENDRA, V. (dir.), *et. al., op. cit.*, pág. 447. En este mismo sentido MORÓN PALOMINO, M., *La nueva casación civil*, COLEX, Madrid, 2001, pág. 222.

decidendi de la sentencia.³² Por tanto, lo normal es que la resolución del recurso de casación influya directamente en el fallo de la sentencia recurrida. Por ello, tras el extenso despliegue argumentativo llevado a cabo en lo que propiamente es su labor casacional, el TS al asumir la instancia se limita a extrapolar lo dicho y estima el recurso de apelación interpuesto en apenas unas líneas. Sucede, sin embargo, que este esquema general o «normal» no se reproduce en todos los casos. Y es justamente en esta clase de litigios en los que se puede apreciar con mayor claridad la labor de enjuiciamiento positivo del TS.

Al asumir la instancia la Sala debe resolver el recurso de apelación interpuesto en su día frente a la sentencia de primera instancia.³³ Y ello con independencia de la parte que lo hubiere presentado. No es inusual que el TS resuelva el recurso de apelación de la parte recurrida en sede casacional (STS 102/2016)³⁴ e, incluso, que estime su recurso (STS 563/2010).³⁵ O, por el contrario, que estime el recurso de casación del recurrente en sede casacional y que, al asumir la instancia, desestime su recurso de apelación (STS 452/2015)³⁶. Además, este cambio en el objeto de enjuiciamiento puede producir que al asumir la instancia, la Sala deba pronunciarse sobre acciones o excepciones que quedaron imprejuizadas en la instancia o que no fueron objeto del recurso de casación (STS 23/2015).³⁷ Este fenómeno que a veces genera cierta confusión en la Sala lo denominamos el falso *per saltum*.

El segundo de los aspectos —probablemente el que mayor interés tiene y confusión crea— es el relativo a la valoración probatoria al asumirse la instancia. Es conocido que

³² Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017 de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

³³ STS núm. 68/2016 de 16 febrero [RJ 2016\56]: «La estimación del recurso determina que esta Sala, asumiendo funciones de instancia, se pronuncie sobre las pretensiones contenidas en la demanda, en los términos en que han sido mantenidas en el recurso». En el mismo sentido la STS núm. 224/2016 de 8 abril [RJ 2016\1232].

³⁴ STS núm. 102/2016 de 25 febrero [RJ 2016\1514]. En este litigio sobre contratación bancaria, tras la estimación del recurso de casación interpuesto por el cliente, la Sala afirma que «[a]sumida la instancia, debemos resolver el recurso de apelación interpuesto por "Caixa Catalunya" contra la sentencia de primera instancia».

³⁵ La STS 563/2010 de 28 de septiembre [RJ 2010/7146] estima el recurso de casación interpuesto por el demandado y, al asumir la instancia, estima el recurso de apelación interpuesto es su día por el demandante lo que conllevó, finalmente, la estimación de la demanda.

³⁶ STS núm. 452/2015 de 16 julio [RJ 2015\2781]: «debe casarse en parte la sentencia de la Audiencia Provincial en tanto que esta consideró caducada la acción del demandante respecto de todas las conductas que en su demanda alegaba como determinantes de la intromisión en su derecho al honor, y consecuentemente debe estimarse también en parte el recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que consideró caducada la acción, *la demanda debe ser desestimada pues aunque la acción no estaba caducada respecto de determinadas actuaciones de las demandadas, tales actuaciones no pueden ser consideradas vulneradoras del derecho al honor*» (énfasis añadido).

³⁷ STS núm. 23/2018 de 17 enero [RJ 2018\161]: «la posible caducidad de la instancia siguió planteada en segunda instancia y que en esta vía casacional no se hace un planteamiento *per saltum*». En el mismo sentido la STS núm. 653/2016 de 4 noviembre [RJ 2016\520]: «[l]a formulación de una serie de pretensiones subsidiarias en la demanda, sobre las que los órganos de instancia no se pronunciaron al haber sido estimada la primera pretensión, obliga a examinarlas y resolverlas». O la STS 386/2018 núm. 386/2018 de 21 junio [RJ 2018\2913]: «[a]l asumir la instancia debemos dar respuesta en primer lugar a la excepción de caducidad de la acción que fue opuesta por la demandada en su contestación a la demanda. El juzgado desestimó la demanda por razones de fondo, por lo que la demandada no impugnó la sentencia, pero la alegación de tal excepción, que quedó imprejuizada, subsiste en la apelación».

el TS no puede cambiar la valoración probatoria en sede casacional. Sucede, sin embargo, que no es inusual encontrar supuestos en los que el TS, al asumir la instancia, valore parte del material probatorio no valorado por los tribunales de instancia o, incluso, que critique o modifique las valoraciones realizadas (STS 161/2018 o 227/2018)³⁸. Esta (aparente) contradicción, no es más que una manifestación de la doble función que en nuestro ordenamiento tiene el TS. Con absoluta rotundidad y claridad la STS 371/2017 afirma que «[a]l actuar como órgano de instancia en la resolución del recurso de apelación, la sala tiene facultades plenas de revisión no solo de las cuestiones jurídicas planteadas en el recurso, sino también de las fácticas, pudiendo realizar una revisión plena de la valoración de la prueba, sin estar constreñida por las estrictas limitaciones que en esta materia son propias».³⁹

Por último, y para el tema que ahora centrará nuestra atención, esta libertad en la valoración probatoria ha sido también utilizada por el TS para resolver la cuestión controvertida en aquellos supuestos en los que, como consecuencia de la estimación de alguna excepción o cuestión material en la instancia, carece de todo enjuiciamiento de hecho o derecho sobre el fondo del asunto [STS (Pleno) 492/2017]⁴⁰.

En definitiva, podemos concluir sin ningún género de dudas que la asunción de la instancia por parte del TS es, por mucho, la regla general en nuestro ordenamiento jurídico; siendo, como veremos, excepcionales los reenvíos a los tribunales de apelación.

V. LA PRÁCTICA DEL REENVÍO: UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TS

Así las cosas, y pese a la actual —y tradicional— exclusión del reenvío en nuestro sistema casacional, en la jurisprudencia más reciente del TS podemos encontrar algunos casos en los que se ha acudido a esta práctica (SSTS 87/2018 y 579/2018)⁴¹. Aunque,

³⁸ En este sentido la STS núm. 161/2018 de 21 marzo [RJ 2018\1152] sostiene que en la instancia: «se efectúa una valoración jurídica en torno a la no existencia de error que no puede ser aceptada». En términos similares la STS núm. 227/2018 de 18 abril [RJ 2018\1751]: «la sala discrepa de la valoración de la prueba realizada por la sentencia apelada y considera que no ha quedado probado que la demandante recibiera una información adecuada sobre los riesgos de la inversión». La STS núm. 44/2018 de 30 enero [RJ 2018\288] al estimar el recurso de casación y asumir la instancia afirma que el primer motivo del recurso de apelación que debe analizarse es el relativo «al error en la valoración de la prueba que ha llevado a la juzgadora a quo a entender que ha existido error invalidante de consentimiento».

³⁹ STS núm. 371/2017 de 9 junio [RJ 2017\3149].

⁴⁰ STS (Pleno) núm. 492/2017 de 13 septiembre [RJ 2017\3755]. En esta sentencia, tras apreciarse tanto en primera como en segunda instancia la falta de legitimación activa de la parte demandada —en el supuesto de autos Gibraltar— el TS asume la instancia, valora la prueba y entra de lleno en el fondo de la cuestión.

⁴¹ STS núm. 87/2018 de 15 febrero [RJ 2018\473] y STS núm. 579/2018 de 17 de octubre [ECLI:ES:TS:2018:3555].

desde luego, esta debe considerarse la excepción, nos parece imprescindible analizarla, máxime como consecuencia del reciente cambio jurisprudencial del TS (STS 89/2018)⁴² referido al *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad de la acción por error en ciertos contratos suscritos por consumidores, que permite predecir un aumento exponencial de este fenómeno.

Aunque existen algunos ejemplos anteriores, suele citarse como referente del reenvío la STS (Pleno) 285/2009⁴³. En este litigio tramitado —debe destacarse ya— para la tutela civil del honor (art. 477.2.1º LEC) se estimó el recurso de casación por entender que no se encontraba caducada la acción (art. 9 de la LO 1/1982). Sin embargo, y ante la inexistencia de todo juicio fáctico y jurídico sobre la cuestión controvertida, se acordó «devolver las actuaciones al tribunal de apelación para que dicte nueva sentencia en la que, no pudiendo tener ya la acción civil por extinguida ni caducada, se pronuncie sobre todas las demás cuestiones planteadas por los dos recursos de apelación». La justificación, según indica la sentencia, es que esa solución «no aparece excluida en el texto del citado art. 487.2 LEC, que para los recursos de casación de los números 1º y 2º del apdo. 2 de su art. 477 se limita a disponer» la confirmación o casación de la sentencia; y que, en caso de no procederse de esa forma, el asunto quedaría privado «de la segunda instancia y esta Sala, desnaturalizando su función de órgano de casación y mediante un procedimiento no adecuado a la revisión total de los problemas procesales y probatorios del litigio, tuviera que proceder a una nueva valoración conjunta de la prueba».

El reenvío se justifica con base en la laguna legal del art. 487.2 LEC. Hemos razonado (*vid. supra*) en qué medida debe rechazarse este argumento. De una interpretación literal, histórica y teleológica no puede admitirse que el art. 487.2 LEC sea un «permiso» o «facultad» para efectuar el reenvío. Si realizamos una interpretación sistemática podemos comprobar que, como suele suceder en aquellos países que adoptan esta opción legislativa (*vid. supra*), no existe ninguna otra norma en nuestro ordenamiento del que se pueda inferir el reenvío.⁴⁴ La justificación legal se acompaña

⁴² STS 89/2018 de 19 de febrero [RJ 2018\539].

⁴³ STS (Pleno) núm. 285/2009 de 29 abril [RJ 2009\2902].

⁴⁴ Es de interés destacar que, ante la inexistencia de cualquier norma procesal que regule el reenvío —lo que sí sería realmente una auténtica laguna legal— el TS suele afirmar que el tribunal de instancia está directamente vinculado por la sentencia casacional —ello en sintonía con lo establecido en las legislaciones alemana, francesa e italiana— y que, «tanto la apelación como el eventual recurso de casación que se interponga contra la nueva sentencia de la Audiencia Provincial, serán de tramitación preferente» [STS núm. 87/2018 de 15 febrero [RJ 2018\473]. En el mismo sentido la STS núm. 708/2016 de 25 noviembre [RJ 2016\5742], STS núm. 97/2015 de 24 febrero [RJ 2015\946], STS núm. 899/2011 de 30 noviembre [RJ 2012\1641], STS núm. 149/2011 de 3 marzo [RJ 2011\2622] de lo que se deduce que la sentencia podrá ser nuevamente objeto de un recurso de casación. Quedan, sin embargo, numerosas cuestiones sin resolver. ¿El

de otra, si se quiere, de carácter técnico: la desnaturalización del recurso de casación y la imposibilidad de efectuar una valoración probatoria «plena». Los argumentos deben ser rechazados. El primero, porque la existencia o no de reenvío no afecta o «desnaturaliza» en absoluto la función casacional: la ascunción de la instancia y el recurso de casación son dos funciones ontológica y funcionalmente distintas. Y en todo caso, de existir esa (supuesta) desnaturalización, estaría presente en todos aquellos recursos en los que, por ser la norma general, se asume la instancia. Tampoco es correcto afirmar que el asunto quedara «privado» de la segunda instancia porque, como se ha dicho, esta sería asumida por la Sala. En cuanto a la limitación de la valoración probatoria, se ha explicado ya que esta es predicable únicamente de la función casacional y, por lo tanto, que cuando el TS asume la instancia y se comporta como una auténtica AP no tiene ningún obstáculo que le impida valorar el material probatorio y formarse su propio juicio de hecho. No hay, en definitiva, ninguna limitación que le impida resolver la cuestión ni desnaturalización alguna de su función principal.

En todo caso, parece que la razón principal del TS para acordar el reenvío suele ser que la absoluta inexistencia de «juicio de hecho y de derecho sobre la cuestión»⁴⁵ le impediría resolver el fondo del asunto. Sin embargo, este tampoco es un argumento válido. El TS tendrá las mismas posibilidades de emitir el juicio de hecho o derecho que en su caso tenga la AP. El único problema real sería que el TS carezca de material probatorio suficiente para formularlo. No obstante, ese tampoco es un problema —y en todo caso, de serlo, lo tendría en la misma medida la AP—. En primer lugar, la alegación de cualquier excepción o cuestión material que, en su caso, llevara a los tribunales de instancia a no entrar sobre la cuestión controvertida, no conlleva que las partes no desplieguen su actividad probatoria. Así, por ejemplo, si el demandante solicita que se declare la existencia de error y el demandado alega la caducidad de la acción, lo normal será que, con independencia de lo que se resuelva en sentencia, el demandante pruebe —y el demandado se oponga a— aquellos hechos constitutivos del error. Por ello, con independencia de que exista un juicio de hecho o derecho sobre la cuestión, el TS tendrá el material probatorio necesario para llevarlo a cabo.⁴⁶ Y, de no

tribunal de apelación debe tener la misma composición o, por el contrario, puede o debe tener una composición distinta? ¿Podrían alegarse hechos nuevos o de nueva noticia? ¿Un cambio en la jurisprudencia del TS impondría la obligación de apartarse de la doctrina establecida en la sentencia casacional que adoptó el reenvío?

⁴⁵ STS núm. 87/2018 de 15 febrero [RJ 2018\473]. Y, en el mismo sentido, la STS núm. 708/2016 de 25 noviembre [RJ 2016\5742], STS núm. 97/2015 de 24 febrero [RJ 2015\946], STS núm. 44/2011 de 11 febrero [RJ 2011\223], STS núm. 621/2009 de 7 octubre [RJ 2009\5504], STS núm. 899/2011 de 30 noviembre [RJ 2012\1641], STS núm. 621/2009 de 7 octubre [RJ 2009\5504], entre otras.

⁴⁶ Como se ha expuesto, en más de una ocasión el TS ha realizado una valoración *ex novo* de la prueba practicada creando su propio juicio de hecho. Por todas la STS (Pleno) núm. 492/2017 de 13 septiembre [RJ 2017\3755].

tenerlo, el litigio debe ser resuelto de conformidad con las reglas de la carga de la prueba.⁴⁷

El último argumento que debe llevarnos a rechazar el reenvío se debe a que, lo que inicialmente y en algunos casos fue amparado en la laguna legal del art. 487.2 LEC, en la actualidad se ha vuelto una práctica *contra legem*. El referido precepto —que no contempla expresamente la asunción de la instancia— se refiere única y exclusivamente a aquellos recursos de casación tramitados para la tutela civil de derechos fundamentales (art. 477.2.1º LEC) y en función de la cuantía (art. 477.2.2º LEC). Ha sido justamente en el seno de ese tipo de recursos en los que nació la justificación del reenvío en base a la (supuesta) laguna legal.⁴⁸ Sin embargo en la actualidad, y como consecuencia de una reiteración inadvertida y, en todo caso, difícilmente aceptable del TS, en recursos de casación admitidos por interés casacional (art. 477.2.3º LEC) se suele acordar el reenvío justificándolo —de forma consciente o inconsciente— en el art. 487.2 LEC.⁴⁹ Este planteamiento es incorrecto por cuanto el interés casacional nos sitúa directamente en el art. 487.3 LEC que, sin ningún género de dudas, determina la obligación legal de que el TS «resuelv[a] sobre el caso» —i.e. que asuma la instancia—.

VI. CONCLUSIONES

(i) El reenvío o la asunción de la instancia es una decisión de política *legislativa* que no afecta en absoluto a la naturaleza del recurso de casación. En todo caso, una eventual adopción del reenvío debería acompañarse de una regulación procesal completa que abordase las cuestiones que pudieran surgir y lo volviera operativo en la práctica (*v.gr.*, en relación con la composición del tribunal al que se devuelvan los autos). (ii) La asunción de la instancia —i.e. la ausencia de reenvío— ha sido, desde su nacimiento, una de las características fundamentales del recurso de casación en nuestro ordenamiento. Por ello, el TS asume dos funciones: un enjuiciamiento negativo y positivo. Existe una

⁴⁷ De hecho, esta es la solución que suele adoptarse en la mayoría de litigios sobre contratación bancaria en los que el TS asume la instancia y se pronuncia sobre la existencia del error. Como consecuencia de la presunción jurisprudencial relativa a la existencia de error, en todos aquellos casos en los que la Sala no considera probado el cumplimiento de los deberes de información por parte de entidad bancaria, el TS considera concurrente el error —en algunos casos, con base únicamente en la prueba documental existente en autos—. En este sentido las STS núm. 451/2018 de 17 julio [RJ 2018\2969], STS núm. 228/2018 de 18 abril [RJ 2018\1752], STS núm. 386/2018 de 21 junio [RJ 2018\2913] o STS núm. 202/2018 de 10 abril [RJ 2018\1410], entre otras.

⁴⁸ Las STS núm. 340/2010 de 24 mayo [RJ 2010\3714], STS núm. 621/2009 de 7 octubre [RJ 2009\5504] STS núm. 149/2011 de 3 marzo [RJ 2011\2622] tramitadas en función de la cuantía (art. 477.2.2º LEC). O las STS núm. 899/2011 de 30 noviembre y STS núm. 899/2011 de 30 noviembre [RJ 2012\1641] sobre tutela civil de los derechos fundamentales (art. 477.2.1º LEC)

⁴⁹ STS núm. 708/2016 de 25 noviembre [RJ 2016\5742]; STS núm. 97/2015 de 24 febrero [RJ 2015\946], STS núm. 872/2009 de 18 enero [RJ 2010\1401], STS núm. 621/2009 de 7 octubre [RJ 2009\5504] y la reciente STS núm. 579/2018 de 17 de octubre [ECLI: ES:TS:2018:3555].

diferencia ontológica y funcional entre ambas. La Sala, al asumir la instancia, se comporta como un auténtico tribunal de instancia, cambia su objeto de enjuiciamiento y desaparecen aquellas limitaciones sobre valoración probatoria existentes al llevar a cabo su labor casacional. **(iii)** Se ha observado en los últimos años un fenómeno por el que el TS, ante la inexistencia de un enjuiciamiento de hecho y derecho sobre cuestión litigiosa, reenvía las actuaciones al tribunal de instancia. Esta práctica se justifica, principalmente, en la redacción del art. 487.2 LEC y en la (supuesta) desnaturalización del recurso de casación. Los argumentos deben ser rechazados.