

RAFAEL GÓMEZ-FERRER RINCÓN
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

**FUNCIÓN
CONSTITUCIONAL DEL
TRIBUNAL SUPREMO
Y RECURSO DE CASACIÓN
CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO**

**Tomo I:
Del recurso de nulidad (1812)
al recurso de casación para la formación
de jurisprudencia (2015)**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2024

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
INTRODUCCIÓN:PROBLEMA QUE SE PLANTEA.....	17

CAPÍTULO PRIMERO

LA FINALIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN. LA CONCEPCIÓN DE CALAMANDREI Y SU CONTRAPUNTO EN LA OBRA DE GUASP

I. INTRODUCCIÓN	23
II. LA CONCEPCIÓN DE CALAMANDREI SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN.....	23
1. El origen de la casación moderna y la finalidad de la misma	23
A. La nomofilaquia (protección de la norma) como función inicial de la casación	24
B. La aparición de la unificación de la jurisprudencia como finalidad de la casación	27
C. La finalidad de la casación para Calamandrei: mantener la exactitud y uniformidad de la interpretación judicial del derecho objetivo	28
2. Precisiones en relación con la concepción de Calamandrei sobre la finalidad de la casación.....	29
A. Introducción	29

	Pág.
B. La finalidad del recurso de casación no es la protección de la norma (nomofilaquia) frente a cualquier violación de la misma	30
C. La finalidad del recurso de casación no es la formación de jurisprudencia sino únicamente garantizar la uniformidad de la misma	32
D. La combinación de ambas finalidades: la finalidad de la nomofilaquia y la de unificación jurisprudencial se reconducen a la finalidad de garantizar la exacta y uniforme interpretación del derecho objetivo.....	33
E. La finalidad del recurso de casación no es el servicio al interés privado de los litigantes, aunque sí que lo sirva en cuanto este interés privado coincida con la finalidad de la casación	34
F. La finalidad de la casación (la exacta interpretación del derecho objetivo, pero no la realización de la justicia) es diversa de la estrictamente jurisdiccional (la declaración de la voluntad de la ley en un caso concreto y la realización de la justicia), aunque supone el ejercicio de una función jurisdiccional	36
3. Reformas que propone Calamandrei para que el recurso de casación pueda cumplir con su finalidad en el ordenamiento italiano	40
A. Introducción	40
B. Unificación de la casación en una única Corte de casación y adopción de medidas para evitar la congestión de la misma, y, en especial, las tendentes a disminuir el número de casos	40
C. La medida consistente en ajustar los motivos del recurso de casación a su finalidad	44
D. La Corte de casación no debe decidir la relación sustancial, sin perjuicio de la obligación del juez de reenvío de ajustarse a lo dispuesto por aquella	48
E. Propuesta de reforma que formula Calamandrei para que el recurso de casación pueda cumplir con su finalidad en el ordenamiento italiano.....	51

	Pág.
III. EL CONTRAPUNTO DE LA OBRA DE CALAMANDREI. LA CONCEPCIÓN DE GUASP SOBRE EL RECUSO DE CASACIÓN. UNA DESNATURALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL	52
1. La finalidad del recurso de casación.....	52
2. Los motivos del recurso de casación.....	56

CAPÍTULO SEGUNDO

INTRODUCCIÓN DE LA CASACIÓN EN ESPAÑA. LA REGULACIÓN TRADICIONAL EN LOS ÓRDENES JURISDICCIONALES CIVIL Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SUS PRIMERAS REFORMAS EN ATENCIÓN AL PROBLEMA DE LA CONGESTIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO Y A LA APROBACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. LA SUSTITUCIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN POR EL DE CASACIÓN EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

I. INTRODUCCIÓN	59
II. LA INTRODUCCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN EN ESPAÑA.....	61
1. La Constitución de 1812: creación del Supremo Tribunal de Justicia y establecimiento de un recurso de nulidad por errores <i>in procedendo</i> como una de sus atribuciones. Referencia al Discurso preliminar a la Constitución de Agustín de Argüelles.....	61
2. El Decreto de 4 de noviembre de 1838: establecimiento de un recurso de nulidad por contradicción a ley clara y terminante, además de por determinados errores <i>in procedendo</i> . Referencia a la explicación de Pacheco sobre este recurso de nulidad. Introducción del recurso de casación en España	63
3. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855: el recurso de casación por contradicción con la ley o con doctrina admitida por la jurisprudencia, además de por determinados errores <i>in procedendo</i> . Referencia a las observaciones de Manresa sobre el recurso de casación.....	67
4. Conclusión	69

	Pág.
III.LA REGULACIÓN TRADICIONAL DE LA CASACIÓN EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL.....	69
1. Introducción	69
2. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.....	70
3. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil.....	72
4. La Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal	74
IV. LA REGULACIÓN TRADICIONAL EN EL ORDEN CONTEN- CIOSO-ADMINISTRATIVO.....	75
1. La Ley Santamaría de Paredes de 1888 y la Ley Maura de 1904	75
2. La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956: amplía competencia de las Salas de lo Contencio- so-Administrativo del Tribunal Supremo en única instancia y recurso de apelación contra las Sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales	76
3. La aparición del problema de la congestión de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo	77
A. Un intento de solución del problema reordenando las competencias de los órganos del orden contencioso-ad- ministrativo: la Ley 10/1973, de 10 de marzo	77
B. Otro intento de solución del problema: la creación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional	78
4. La sustitución del recurso de apelación por el de casación en el orden contencioso-administrativo.....	80
A. La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial	80
B. La introducción del recurso de casación en el orden ju- risdiccional contencioso-administrativo: Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal	81

CAPÍTULO TERCERO

LA EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN EN ATENCIÓN AL PROBLEMA DE LA CONGESTIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO. LA INTRODUCCIÓN DEL INTERÉS CASACIONAL EN LA REGULACIÓN TRADICIONAL DE LA CASACIÓN. EL INTERÉS CASACIONAL COMO CONCEPTO EN FORMACIÓN. LA FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA COMO FUNCIÓN INDIRECTA O DERIVADA DEL RECURSO DE CASACIÓN Y DEL TRIBUNAL SUPREMO

I.	INTRODUCCIÓN	85
II.	LA PROPUESTA DEL LIBRO BLANCO DE LA JUSTICIA PARA LA REFORMA DEL RECURSO DE CASACIÓN: EL RECURSO AL INTERÉS CASACIONAL COMO FÓRMULA PARA EVITAR LA CONGESTIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO	86
III.	LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN SU REDACCIÓN ORIGINAL: DESVINCULACIÓN CONSCIENTE ENTRE INTERÉS CASACIONAL Y FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA	90
	1. Introducción	90
	2. Los recursos de casación en la LJCA de 1998.....	90
	3. La desvinculación consciente entre interés casacional y formación de jurisprudencia en la LJCA de 1998	93
IV.	LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: LA VINCULACIÓN ENTRE INTERÉS CASACIONAL Y LA CREACIÓN O FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA. LA CREACIÓN DE JURISPRUDENCIA COMO FUNCIÓN INDIRECTA DE LA CASACIÓN	95
	1. Planteamiento.....	95
	2. Sobre las funciones del recurso de casación: la función de crear autorizada doctrina jurisprudencial como función <i>indirecta</i> de la casación	95
	3. La regulación de los criterios de admisión del recurso de casación: la vinculación entre interés casacional y formación de jurisprudencia	97
	4. La necesidad de definir el interés casacional para evitar una libre selección de asuntos por parte de la Sala Primera del Tribunal Supremo.....	100

	<u>Pág.</u>
5. La creación en la LEC de 2000 de un recurso extraordinario por infracción procesal.....	100
V. CONCLUSIÓN.....	102

CAPÍTULO CUARTO

LA EVOLUCIÓN EN EL ENTENDIMIENTO DE CUÁL DEBE SER LA FUNCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO: LAS PROPUESTAS DE REFORMA DEL RECURSO DE CASACIÓN EN ATENCIÓN A LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE GARANTIZAR LOS PRINCIPIOS DE SEGURIDAD JURÍDICA, IGUALDAD Y UNIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEDIANTE LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA Y LA FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA. EL INTERÉS CASACIONAL COMO CONCEPTO TODAVÍA EN FORMACIÓN

I. INTRODUCCIÓN	105
II. EL —POSIBLE— ORIGEN DE LA EVOLUCIÓN EN EL ENTENDIMIENTO DE CUÁL DEBE SER LA FUNCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO: LAS IDEAS DE J.A. XIOL RÍOS, I. DE OTTO Y P. SALA SÁNCHEZ	107
1. Introducción	107
2. La concepción del magistrado Xiol Ríos: la conversión de la finalidad unificadora del sistema de recursos, antes función secundaria, en su función primordial desde el punto de vista constitucional (por delante de la defensa de la legalidad) ...	108
3. Un primer trabajo de I. De Otto: la función de asegurar una interpretación uniforme del ordenamiento como función principal de la casación	109
4. Un segundo trabajo —clave— de I. De Otto: su concepción sobre el contenido mínimo de la competencia del Tribunal Supremo (que no reconduce al control de legalidad de las resoluciones judiciales sino a la unificación de jurisprudencia)	110
5. El discurso de apertura del año judicial del presidente P. Sala Sánchez: «La unificación de doctrina, tarea fundamental del Tribunal Supremo».....	112

	Pág.
III. PROPUESTAS DE REFORMA DEL RECURSO DE CASACIÓN QUE PARTEN DE QUE LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO SE EXTIENDE TANTO A LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA COMO A LA CREACIÓN DE NUEVA JURISPRUDENCIA.....	113
1. Introducción. Las Propuestas del CGPJ para la reforma de la Justicia realizadas sobre la base de Libro Blanco de la Justicia y de las sugerencias formuladas por las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia.....	113
2. Las sugerencias de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo	114
3. Algunas opiniones divergentes: referencia a la ponencia del Excmo. Sr. presidente de la Sala Tercera y a la propuesta del magistrado de dicha Sala Tercera Excmo. Sr. D. Jesús Peces Morate.....	118
4. Las propuestas del CGPJ.....	120
5. El Discurso leído el 15 de septiembre de 2000 por el presidente del Tribunal Supremo y del CGPJ —Excmo. Sr. D. Javier Delgado Barrio— en el solemne acto inaugural del año judicial («Del modo de arreglar la Justicia»).....	124
6. Algunas opiniones críticas formuladas en atención a la naturaleza del Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional. Referencia a las del magistrado Peces Morate, y los profesores Ortells Ramos y Ramos Méndez.....	126
IV. PROPUESTAS DE REFORMA DEL RECURSO DE CASACIÓN QUE PARTEN DE QUE LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DEBE LIMITARSE A LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA.....	128
1. Introducción.....	128
2. Las Jornadas en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución de 1978: «El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional». Especial referencia al trabajo del magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos y a las Conclusiones del Magistrado Excmo. Sr. D. Ramón Trillo Torres	130
3. Un trabajo importante: «Tribunal Supremo y jurisdicción contencioso-administrativa» del magistrado Excmo. Sr. D. Fernando Ledesma Bartret.....	133

	Pág.
4. El Proyecto de Ley Orgánica de 2006 por el que se adaptaba la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se reformaba el recurso de casación y se generalizaba la doble instancia penal.....	136
5. La búsqueda de la compatibilidad entre la legislación procesal y las propuestas de reforma de los Estatutos de Autonomía. La voluntad del Legislador de acentuar la incidencia de la organización territorial del Estado sobre el poder judicial	140

CAPÍTULO QUINTO

LA DEFINITIVA CONFIGURACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN COMO UN RECURSO PARA LA FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA

I. INTRODUCCIÓN	147
II. LA REACCIÓN FRENTE AL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE 2006 Y LA REALIZACIÓN DE UNA NUEVA PROPUESTA DESTINADA IMPONERSE: EL INTERÉS CASACIONAL COMO CRITERIO ÚNICO DE ADMISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	148
III. LA REFORMA DEL RECURSO DE AMPARO DE 2007: UN PRECEDENTE CAPITAL EN LA DEFINITIVA CONFIGURACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN COMO UN RECURSO PARA LA FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA	152
1. La configuración del recurso de amparo como un recurso para la formación de jurisprudencia, pero no solo para la formación de jurisprudencia.....	152
2. La especial trascendencia constitucional es un criterio de admisión del recurso de amparo, pero no de delimitación de su contenido, por lo que la decisión o enjuiciamiento del recurso de amparo no queda condicionado por la admisión	156
3. La existencia de un grave perjuicio para los titulares de los derechos fundamentales no determina la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo ni justifica su admisión.....	157

	Pág.
IV. UN NUEVO IMPULSO AL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA: LA PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE LEY DE EFICIENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA ELABORADA POR EL MINISTERIO DE JUSTICIA EN MARZO DE 2013	159
1. Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal: el incremento del límite por razón de la cuantía para el acceso al recurso de casación como una de las soluciones a la alta litigiosidad en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.....	159
2. La propuesta de Anteproyecto de Ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa elaborada por el Ministerio de Justicia en marzo de 2013: el recurso de casación para la formación de jurisprudencia como una de las soluciones a la alta litigiosidad en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.....	160
V. LA ÚLTIMA RESISTENCIA FRENTE AL RECURSO DE CASACIÓN PARA LA FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA DE ADMISIÓN DISCRECIONAL: EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE 4 DE ABRIL DE 2014.....	166
1. La Exposición de Motivos del Anteproyecto.....	166
2. La disposición final tercera del Anteproyecto: modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de recurso de casación.....	169
3. La disposición final cuarta del Anteproyecto: modificación de la LJCA en materia de recurso de casación	169
VI. LA IMPLANTACIÓN DE UN RECURSO DE CASACIÓN PARA LA FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	171
1. Un documento decisivo: el Informe de 3 de junio de 2014 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo sobre el anteproyecto de 4 de abril de LOPJ	171
2. La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modificó la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.....	176

	<u>Pág.</u>
VII. EL INTERÉS CASACIONAL PARA LA FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA COMO CRITERIO ÚNICO DE ADMISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN TAMBIÉN EN EL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL	184
1. Introducción	184
2. Las razones que justifican la modificación	185
3. El diseño del recurso	186
CONCLUSIONES DEL TOMO I	189
BIBLIOGRAFÍA.....	191

INTRODUCCIÓN: PROBLEMA QUE SE PLANTEA

1. El art. 123.1 de la Constitución española dispone que «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».

De acuerdo con este precepto, el Tribunal Supremo es un órgano jurisdiccional y, por tanto, un órgano al que le corresponde la función de administrar justicia de acuerdo con el art. 117.1 de la Constitución («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»).

A este respecto, cabe señalar que las posibilidades de administrar justicia del Tribunal Supremo, y, en concreto, de su Sala —o Salas— de lo Contencioso-Administrativo, se han ido reduciendo con el paso del tiempo. El recurso de apelación, aplicable en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo hasta el año 1992, otorgaba a las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo amplios poderes para hacer justicia, en la medida en que la apelación es un recurso que no se limita a las cuestiones de derecho, sino que se extiende también a las de hecho. En el año 1992 se introduce el recurso de casación en el orden contencioso-administrativo, y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo pierde poder para controlar los errores de hecho cometidos por la sentencia de instancia, es decir, reduce sus

posibilidades de hacer justicia¹, si bien mantiene el poder para casar dicha sentencia tanto por *errores in procedendo* y como por *errores iuris in iudicando*. Con la reforma del recurso de casación introducida en el año 2015², los poderes de la Sala Tercera para hacer justicia se han debilitado mucho más, pues si bien se mantiene la posibilidad de casar la correspondiente sentencia de instancia por dichos errores, la realidad, de acuerdo con la interpretación más extendida, es que la Sala Tercera solo tiene el poder de casar la sentencia de instancia por aquellas infracciones en que además concorra interés casacional para la formación de jurisprudencia, lo que *de facto* prácticamente excluye la posibilidad de casar una sentencia que incurra en una infracción *in procedendo*, por existir ya suficiente jurisprudencia en esta materia, y limita en gran medida la posibilidad de hacerlo por vicios *in iudicando*³. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, con esta última reforma se acentúa la naturaleza de recurso extraordinario del recurso de casación⁴.

En definitiva, en el momento actual, hemos llegado a una situación en que los poderes de la Sala de Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo para administrar justicia están muy debilitados. El tema no ha pasado inadvertido, como demuestra que en el primero de los Seminarios organizados por la *Revista de Administración Pública* y la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que tuvo por objeto el recurso de casación, y que se celebró en 4 de octubre de 2018, el director de la *Revista* llamara la atención sobre este tema⁵, y que hubiera una

¹ Como destacó E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, 1998, p. 268.

² En concreto, por la disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modificó la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial.

³ Me parece importante observar, ya desde el principio, que la concurrencia de un error *in procedendo* no es un tema menor desde la perspectiva que adoptamos porque, precisamente, el correcto desarrollo del proceso está al servicio de la justicia de la correspondiente decisión de instancia.

⁴ *Vid.* el ATC 41/2018, de 16 de abril («Esta naturaleza de recurso especial o extraordinario se acentúa en el nuevo recurso de casación introducido por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio»).

⁵ *Vid.* T. R. FERNÁNDEZ, «Una reflexión necesaria sobre una experiencia todavía corta», *Revista de Administración Pública*, núm. 207, 2018. Así, afirma que «la actitud rigorista enfatiza la función que al nuevo recurso de casación ha atribuido la Ley Orgánica 7/2015 de asegurar la formación de jurisprudencia, lo que tiende a convertir la justicia en un mero subproducto del cumplimiento de esa función. Esto es, sin duda, gravísimo y requiere una reflexión muy seria. Es obvio que la nueva regulación pone en pie esa tensión entre jurisprudencia y justicia. Justamente por eso al diseñar el seminario dimos ese título a una de las ponencias, que F. López Menudo desarrolló de un modo ejemplar [...] Estamos aquí y ahora ante uno de esos asuntos y una de esas ocasiones. Si haciendo alarde de rigor se me dice que de lo que se trata ante todo es de asegurar la formación de jurisprudencia, yo no tendría más remedio que responder por mucho que se me edulcore la afirmación añadiendo que solo así puede asegurarse la igualdad y la seguridad jurídica que si es eso lo único que realmente importa, el legislador tenía que haber organizado las cosas de otro modo, utilizando a sus propios funcionarios en esa tarea sin

ponencia que, precisamente, lo abordara⁶. Y como demuestra también que, con ocasión del quinto de estos Seminarios, relativo a la estructura del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, este tema se haya vuelto a poner de manifiesto por el prof. Tomás Ramón Fernández⁷.

2. Este es el escenario en el que se sitúa la presente investigación. Escenario que no es —en principio— sino el de una paradoja; la paradoja de una regulación que dota a un órgano jurisdiccional, como es la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de un instrumento, como es el recurso de casación para la formación de jurisprudencia⁸, que solo le permite hacer justicia de forma muy limitada.

Dentro de este escenario, el problema que nos planteamos es bien simple: ¿debe mantenerse o debe reformarse esta regulación⁹?

Para contestar a esta pregunta, vamos a proceder de la forma que se expone a continuación.

En primer lugar, y para comenzar, parece oportuno establecer un cierto marco teórico sobre el recurso de casación en el que poder movernos. En concreto, vamos a profundizar en el tema de la finalidad del recurso. A tal fin, vamos a servirnos de la obra de P. Calamandrei y del contrapunto que ofrece la de J. Guasp. Así, y en relación con la cuestión que hemos planteado, puede afirmarse que mientras en la concepción de Calamandrei la finalidad del recurso de casación no es garantizar la justicia de la sentencia objeto del recurso, para Guasp la función del recurso de casación debe ser la propia de la función jurisdiccional, y, por tanto, la realización de la justicia.

En segundo lugar, y para poder valorar si debe mantenerse o reformarse la regulación sobre la casación, resulta necesario analizar las

involucrar en ella a los ciudadanos, ni al supremo Tribunal de Justicia, que por serlo no puede desentenderse de esta en ningún caso y bajo ningún pretexto».

⁶ Vid. F. LÓPEZ MENUDO, «El recurso de casación: ¿jurisprudencia y/o justicia?», *Revista de Administración Pública*, 207, 2018.

⁷ Vid. T. R. FERNÁNDEZ, «Un acuerdo básico sobre la necesidad de reformar la estructura de la jurisdicción contencioso-administrativa», *Revista de Administración Pública*, núm. 220, 2023.

⁸ Así es como vamos a denominar al recurso de casación vigente, tal y como ya hizo G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Sobre la eficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y el nuevo recurso de casación "para la formación de jurisprudencia"», *Revista española de Derecho Administrativo*, 174, 2015. Sin perjuicio de ello, véase la precisión que hace en la nota al pie 6 de su trabajo en relación con los conceptos de jurisprudencia y doctrina jurisprudencial. F. LÓPEZ MENUDO, «El recurso de casación...», *op. cit.*, p. 15, lo denomina recurso de casación objetivo para la formación de jurisprudencia.

⁹ Este es un tema que ya planteó F. López Menudo en el año 2018 («En cualquier caso, sería deseable que, una vez concluyera esta primera etapa de experimentación del nuevo régimen implantado, el legislador le hiciera los reglajes necesarios e incluso modificaciones de mayor calado, pues sería harto pretencioso pensar que la Ley 7/2015 ha acertado "a la primera". Es más consecuente asumir la idea de que la regulación actual de este recurso de casación es aceptable como fórmula transitoria que ha de ser mejorada en diversos aspectos, algunos muy importantes»). Vid. F. LÓPEZ MENUDO, «El recurso de casación...», *op. cit.*, p. 16.

razones que nos han traído hasta aquí. Así, vamos a estudiar el proceso histórico que ha dado lugar al vigente recurso de casación para la formación de jurisprudencia. A este respecto, puede afirmarse que la regulación del recurso de casación contencioso-administrativo ha evolucionado claramente en la línea propuesta por Calamandrei, cuya posición incluso ha sobrepasado, y en sentido contrario al propuesto por Guasp, dando lugar al vigente recurso de casación para la formación de jurisprudencia en el que, como ya se ha señalado, los poderes de la Sala Tercera del Tribunal Supremo para hacer justicia están muy limitados. De forma intuitiva, podemos pensar que ha sido la necesidad de evitar la congestión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo la razón que ha dado lugar a la nueva regulación de la casación contencioso-administrativa. ¿Ha sido así? ¿Ha sido la necesidad de evitar la congestión de la Sala Tercera la causa última de la reforma? En gran medida es así. Pero veremos que no solo, y que no sería acertado tratar de explicar la evolución de la casación solo sobre este factor. Y es que, en este proceso histórico, se ha producido una importante evolución en relación con el entendimiento de cuál debe ser la función constitucional del Tribunal Supremo, lo que sin duda ha contribuido decisivamente al cambio.

En tercer lugar, y después de estudiar las razones que han dado lugar al vigente recurso de casación para la formación de jurisprudencia, y para poder valorar si procede mantenerlo o reformarlo, resulta necesario analizar los problemas que está planteando. Estos problemas existen, y ya han producido una cierta reacción en el seno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que, en Pleno, y en 3 de noviembre de 2021, adoptó un Acuerdo no jurisdiccional con «objeto de unificar criterios en relación con cuestiones hermenéuticas controvertidas o problemáticas». Creo que el Acuerdo va en la buena dirección aunque, en mi opinión, no aborda todos los problemas que plantea la nueva regulación y no resuelve con claridad alguno de los temas relevantes de los que sí se ocupa. Aunque vamos a hacer una exposición más completa, los problemas que mayor interés tienen a efectos de nuestra investigación son los que están relacionados con la finalidad del recurso, porque son los que afectan a la esencia de la modalidad casacional introducida por el legislador en 2015. Por ejemplo, ¿queda la admisión del recurso *siempre* condicionada a que este presente interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia o, por el contrario, y en determinados supuestos, resulta posible la admisión del recurso aunque no presente dicho interés? Este es un tema capital, que no solo resulta de las resoluciones que está dictando la Sala Tercera, sino que está planteado abierta y frontalmente en alguna de ellas y que, sin embargo, el Acuerdo de 3 de noviembre de 2021 no aborda. O, ¿resulta posible el enjuiciamiento de aquellas infracciones que puedan concurrir en la resolución objeto del recurso pero que no presenten interés casacional para la formación de jurisprudencia? Este tema se aborda en el Acuerdo

de 3 de noviembre, aunque no se resuelve con claridad, sin duda porque la legislación tampoco es clara en este tema.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, y en cuarto lugar, abordaremos el objeto del trabajo, es decir, nos plantearemos si debe mantenerse o reformarse la vigente regulación de la casación. A la vista de los problemas estudiados, la reforma parece necesaria. Esta reforma podría ser una reforma de mínimos —casi una reforma técnica— que consolidara el modelo del recurso de casación para la formación de jurisprudencia. Para saber si la reforma debe ser más profunda, es decir, para analizar si debe sustituirse por otro el vigente modelo casación para la formación de jurisprudencia, resulta necesario volver al principio de nuestro planteamiento, y preguntarse por la función constitucional de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y, en concreto, si la actual regulación del recurso de casación contencioso-administrativo permite al Tribunal Supremo cumplir con dicha función constitucional y en qué medida le permite hacerlo. De tal forma que el objeto de nuestra investigación, formulado en términos jurídicos, podría reconducirse al problema de si la vigente regulación de la casación contencioso-administrativa permite a la Sala Tercera del Tribunal Supremo cumplir con su función constitucional, y en qué medida le permite hacerlo y, por tanto, si debe mantenerse o reformarse dicha regulación.

Dada la extensión que ha adquirido, la presente investigación se publica en dos tomos separados. En el primero de ellos, que es el que ahora se presenta, se contienen las dos primeras partes que ya han quedado enunciadas (la relativa al marco teórico y al proceso histórico que ha dado lugar al vigente recurso de casación para la formación de jurisprudencia). El segundo tomo, cuyo cierre está previsto que se produzca unos meses después de la publicación de este Tomo I, incluirá la tercera y cuarta parte ya anunciadas, relativas a los problemas que está planteando el vigente recurso de casación contencioso-administrativo y a las ideas para su reforma¹⁰.

¹⁰ Finalmente, quiero hacer constar que la presente investigación se inició en el marco del Proyecto de Investigación «La nueva regulación del recurso de casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo» (Ministerio de Economía, Industria y Competitividad), cofinanciado por la Agencia Estatal de Investigación y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (DER2016-80650-P) (AEI/FEDER, UE).

CAPÍTULO PRIMERO

LA FINALIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN. LA CONCEPCIÓN DE CALAMANDREI Y SU CONTRAPUNTO EN LA OBRA DE GUASP

I. INTRODUCCIÓN

Como acabamos de señalar, en este trabajo vamos a realizar una reflexión sobre la función constitucional del Tribunal Supremo y sobre si la actual regulación del recurso de casación contencioso-administrativo permite al Tribunal Supremo cumplir con dicha función constitucional y en qué medida le permite hacerlo.

A tal fin, y como ya hemos anticipado, la concepción sobre el recurso de casación de P. Calamandrei (II) y el contrapunto que ofrece J. Guasp sobre este tema (III) nos proporcionarán la base teórica que necesitamos para aproximarnos al problema planteado.

II. LA CONCEPCIÓN DE CALAMANDREI SOBRE EL RECURSO DE CASACIÓN

1. El origen de la casación moderna y la finalidad de la misma

El 1920 se publicó el libro *La casación civil* de P. Calamandrei. Su tomo I (*Historia y legislaciones*) consta de dos volúmenes; en el primero de ellos se estudia «la elaboración histórica de los elementos