



Roj: **ATSJ CANT 1/2018 - ECLI:ES:TSJCANT:2018:1A**

Id Cendoj: **39075330012018200001**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **06/02/2018**

Nº de Recurso: **263/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación autonómico**

Ponente: **JUAN PIQUERAS VALLS**

Tipo de Resolución: **Auto**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

Avda Pedro San Martin S/N Santander

Teléfono: 942 35 71 24

Fax.: 942 35 71 35

Modelo: 00096

Procedimiento Ordinario 0000214/2015 - 00

Proc.: **RECURSO CASACIÓN ORDINARIO**

Nº: **0000263/2017**

NIG: 3907533320150000205

Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Sala de lo Contencioso-Administrativo de Santander Ponente: Juan Piqueras Valls

Intervención:

Demandante

Demandante

Demandado

Interviniente:

Marina

Moises

GOBIERNO DE CANTABRIA

Procurador:

IGNACIO CALVO GÓMEZ

IGNACIO CALVO GÓMEZ

**A U T O**

**ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:**

**PRESIDENTE**

JUAN PIQUERAS VALLS (PONENTE)

**MAGISTRADOS**



D<sup>a</sup>. CLARA PENÍN ALEGRE

D<sup>a</sup>. PAZ HIDALGO BERMEJO

En Santander, a 06 de febrero del 2018.

## HECHOS

**PRIMERO:** DOÑA Marina y DON Moises interpusieron "*Recurso Contencioso-Administrativo contra la desestimación presunta del Recurso de Alzada interpuesto ... frente a la Orden SAN72072015, de 9 de marzo, por la que se convoca el concurso de méritos para la autorización de nuevas oficinas de farmacia en Cantabria*". Posteriormente extendió el recurso a la Resolución desestimatoria expresa.

El recurso fue tramitado por la Sala como PO 214/2015 y se resolvió por sentencia desestimatoria, de fecha 20 de abril de 2017 .

La sentencia se basa en que el cómputo de la población realizado por la Administración sobre datos oficiales de 2011 no ha sido desvirtuado por los recurrentes, por lo que no cabe cuestionarlo a efectos de la autorización de nuevas oficinas de farmacia ( art. 22.2, Ley 7/2001 ). Tampoco se ha vulnerado el art. 21.2 de la Ley 7/2001 , pues una delimitación de conjunto no excluye ninguna ubicación posible y es más respetuosa con la libertad de empresa y de establecimiento.

**SEGUNDO:** DOÑA Marina preparó recurso de casación exponiendo en su escrito que concurrían los requisitos de plazo, legitimación y recurribilidad y que la sentencia impugnada incurre en las infracciones siguientes: Uno: Vulneración de los arts. 2.2 y 21 de la Ley 7/2001, de 19 de diciembre, de Ordenación Farmacéutica de Cantabria ; Dos: Vulneración del art. 21 y 34.1 de la Ley de Cantabria 7/2001, y Tres: Vulneración del art. 21.2 de la misma Ley 7/2001.

La parte recurrente aduce, en síntesis, las razones siguientes:

- Al amparo del art. 88.1.d de la LJCA : la sentencia confirma la Orden SAN/20/2015 a pesar de que la misma, contraviniendo el art. 21.1. de la Ley 7/2001 y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ( STS 17/04/2012 y 03/11/2014 ), se basa en datos de 2011 que no se refieren al momento de solicitud de apertura de nueva oficina de farmacia y los datos se extraen del INE en vez del Padrón Municipal como exigen el art. 21.1.a de la Ley 7/2001 y la Jurisprudencia ( SSTS de 28/05/2013 y 23/02/2010 y las que citan).

- Al amparo del art. 88.1.d de la LJCA , pues la sentencia vulnera los arts. 21 y 34.1 de la Ley 7/2001 al computar las viviendas de segunda residencia sin tener en cuenta la Jurisprudencia del TS sobre la ponderación del porcentaje de ocupación y los días de permanencia ( STS de 03/11/2014 ) y

- Al amparo del art. 88.1.d de la JCA denuncia la vulneración del art. 21.1 de la Ley 7/2001 , pues resuelve la falta de determinación de la ubicación de las dos oficinas de farmacia nos. 29 y 30 (Z.F. 100) afirmando que "*la administración es libre para acordar la nueva ubicación*". Esta doctrina contraviene la STJUE de 01/06/2010 (Blanco Pérez y Charo Gómez) y no es acorde con la sentencia 189/2009 del TSJ Canarias.

Los recurrentes justifican la existencia de interés casacional objetivo para formación de jurisprudencia ya que, de una parte, el objeto del recurso es un acto del Consejo de Gobierno de Cantabria ( art. 88.3.e de la LJCA ) y, de otra, la doctrina fijada sobre el cómputo de los datos de población y la ubicación de las nuevas oficinas de farmacia, justificadas por el cómputo de población flotante, puede ser gravemente dañosa para los intereses generales.

Por último, indica que las infracciones normativas han sido relevantes y determinantes en la decisión judicial impugnada.

**TERCERO.-** La Sala tuvo preparado el recurso, por mayoría, mediante auto de fecha 14/07/2017, por entender que, abstracción hecha de errores materiales en la identificación de ciertas normas procesales, el escrito de preparación "*cumple las exigencias del art. 89.2 LJCA desde una perspectiva formal y externa*". El Auto justifica extensamente la recurribilidad de las sentencias de la Sala en casación autonómica, basándose en lo dispuesto en el art. 86.3 de la LJCA en relación con el art. 152.2 de la C.E . y en la naturaleza y finalidad del recurso de casación autonómico.

La Sala emitió opinión sucinta favorable a la existencia de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia en función de la relación existente entre el art. 88.3.e de la LJCA y los arts. 21.2 y 22.2 de la Ley de Cantabria 7/2001 .

El Auto tiene un voto particular contrario a tener por preparado el recurso. La diferencia se basa en la irrecurribilidad en casación autonómica de las sentencias de la Sala, por entender que la falta de regulación



legal ( art. 86.3 de la LJCA ) se integra en un contexto normativo, en la naturaleza del recurso de casación y en una realidad judicial que excluye del ámbito de la casación autonómica dichas sentencias.

**CUARTO.-** Las actuaciones fueron remitidas a esta Sección de Admisión ante la que se personó la Administración autonómica demandada. El Gobierno de Cantabria se opuso a la admisión a trámite del recurso de casación preparado por la parte demandante por entender que la presunción de interés casacional ex art. 88.3.e de la LJCA es susceptible de desvirtuarse y que, en el presente caso no concurre interés casacional objetivo para formar jurisprudencia. La carencia de interés casacional se deriva, de una parte, de la doctrina reiterada que viene manteniendo la Sala en la materia y, de otra parte, de que la infracción de normas regulada en el art. 88.2.b de la LJCA se remite (...dichas...) exclusivamente a normativa estatal o comunitaria, preceptos ajenos a la casación autonómica.

### RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** La presente resolución tiene por objeto determinar la admisión o inadmisión del recurso de casación preparado por la parte actora. El Tribunal deberá analizar el escrito de preparación en relación a los siguientes extremos:

- Concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada
- Cumplimiento de las exigencias del art. 89.2 de la LJCA
- Juicio de relevancia de las infracciones denunciadas respecto a la decisión impugnada, y
- Existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia ( art. 90.4 LJCA )

La admisión a trámite del recurso implica la determinación de la cuestión o cuestiones que presentan interés casacional objetivo y la identificación de las normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación.

**SEGUNDO.-** La Sala estima unánimemente que, en el presente caso, concurren los elementos reglados de plazo y legitimación y, por mayoría, que la resolución impugnada es recurrible por esta vía ( art. 89.2.a LJCA ) pues la interpretación lingüística, sistemática, sociológica y teleológica del art. 86 de la LJCA en relación con la nueva regulación del recurso de casación introducida por la Disposición Final Tercera de la LO 7/2015 evidencia que las sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo son susceptibles de ser recurridas en casación autonómica, como declara el Auto que tiene por preparado el recurso ( ATSJ Cantabria 20/06/2017 y 29/01/2018 ).

El Tribunal estima, además, que concurren todas las exigencias formales reguladas en el art. 89.2 de la LJCA , pues la propia parte demandada reconoce la subsanabilidad e intrascendencia del error material de citar el art. 88.2.d en lugar del art. 88.2.b. Máxime en un contexto de invocación del art. 89.3.3 de la LJCA y a la vista de la doctrina del Tribunal Supremo reflejada en los Autos de 18/12/2017 , 13/11 / y 4/7/2017 .

La Sala deberá, por tanto, analizar el escrito de preparación respecto a las razones de fondo que, según el mismo, justifican el juicio de relevancia y la existencia de interés casacional objetivo.

**TERCERO.-** El juicio de relevancia exigido por el art. 89.2.b de la LJCA tiene por objeto la relación existente entre la infracción imputada y la decisión impugnada. La Ley exige que la infracción haya sido relevante y determinante de la decisión adoptada en la resolución que se pretende recurrir. Esta relación viene impuesta por la naturaleza de la casación y su función nomofiláctica y se proyecta en la determinación de las cuestiones de interés casacional y la identificación de las normas jurídicas que, en principio, han de ser objeto de interpretación.

Por último, el interés casacional objetivo constituye el elemento esencial para la admisión del recurso, pues la nueva regulación:

- a) Abandona el sistema reglado de admisión por motivos tasados y
- b) Establece un sistema de admisión mixto en el que concurren
  - Un elemento formal: El escrito de preparación que debe reunir los requisitos exigidos en el art. 89.2 de la LJCA , cuya piedra angular es el juicio de relevancia ( art. 89.2 LJCA )
  - Una relación enunciativa de motivos susceptibles de constituir interés casacional objetivo, que justifique la admisión y que deberá siempre ser motivado ( art. 88.2 LJCA ) y
  - Una relación exhaustiva de motivos que gozan de presunción legal de interés casacional iuris tantum ( art. 88.3.a, c, d y e LJCA ) o iuris et de iure ( art. 88.3.b LJCA )



**CUARTO.-** El interés casacional objetivo es un concepto jurídico indeterminado de naturaleza finalista (... para la formación de jurisprudencia) que se caracteriza por:

- Estar referido al proceso,
- Ser objetivo, lo que implica que la infracción del ordenamiento jurídico, o de la jurisprudencia, se refiera a alguna de las circunstancias o de las presunciones legales, y el examen del juicio de relevancia y de los autos evidencie la existencia, prima facie, de tales motivos
- Su determinación es casuística, por lo que depende de las circunstancias concretas del proceso.

La Sala deberá, por tanto, determinar si concurren o no los requisitos de admisibilidad en función de los precedentes pronunciamientos.

**QUINTO.-** En el supuesto contemplado, la casación se ha preparado frente a una resolución que resuelve el recurso contra un acto del Consejo de Gobierno de Cantabria y se alegan infracciones del ordenamiento jurídico ( arts. 2.2 , 21.1.a y b y 2 y 34 de la Ley 7/2001 ) y de la jurisprudencia que pueden ser gravemente dañosas para el interés general.

La Sala examinará conjuntamente el juicio de relevancia y el interés casacional en cada uno de los tres apartados cuestionados por la parte. El examen del interés casacional habrá de efectuarse, en su caso, en función de los siguientes extremos:

1) El art. 88.3. e de la LJCA invocado por la parte recurrente integra una presunción de interés casacional objetivo que no es absoluta, pero, a tenor de lo dispuesto en el art. 88.3 párrafo último en relación con el art. 90.3.b de la LJCA , el recurso sólo podrá inadmitirse si la carencia de interés es "claramente apreciable sin necesidad de complejos razonamientos o profundos estudios del tema litigioso" ( AATS 06/03 y 10/04/2017 ), y

2) En el contexto del art. 88.3.e de la LJCA los motivos de oposición a la admisión alegados por la Administración no pueden ser acogidos, obviamente sin perjuicio de lo que resulte del examen de cada uno de los extremos planteados por la parte recurrente. El Tribunal ha formado este criterio sobre los hechos y razones siguientes:

- La existencia de doctrina judicial de la Sala, abstracción hecha de cualquier consideración jurídica sobre su naturaleza , no puede constituir un obstáculo insalvable para la admisión habida cuenta de que este recurso " *no sólo debe operar para formar la jurisprudencia ex novo, sino también para matizarla, precisarla e incluso corregirla*" ( AATS 24/05 y 06/06/2017 , entre otros) y

- La interpretación exclusivamente literal de lo dispuesto en el art. 88.2.a y b, impecable en el ámbito del recurso de casación estatal, resulta incompatible con la misma existencia de la función nomofiláctica que la LJCA vigente atribuye a la casación autonómica y olvida la capacidad de autointegración de nuestro ordenamiento jurídico.

**SEXTO.-** La Sala estima que el primero de los motivos del escrito de preparación no puede ser admitido, ya que:

1) Las presuntas infracciones de los arts. 2.2 y 21 de la Ley 7/2001 invocadas por los recurrentes no integran los requisitos exigidos por el art. 89.2, b y c de la LJCA , en cuanto:

- El art. 2.2 de la Ley 7/2001 es una norma general que se limita a determinar que la atención farmacéutica se prestará a través de los servicios y establecimientos regulados en la ley. No ha sido aplicada ni es relevante ni determinante respecto a la decisión impugnada sobre la creación de nuevas oficinas de farmacia.

- La fecha de los datos a computar en concepto de habitantes ( art. 21.1.a de la Ley 7/2001 ) no fue cuestionada por los recurrentes y, por tanto, dicha norma no fue analizada en la sentencia y su invocación ahora no cumple el juicio de relevancia y

2) Carecen manifiestamente de interés casacional objetivo los otros dos subapartados ya que:

- El acogimiento que los últimos datos oficiales disponibles sobre viviendas de segunda residencia, por no haber sido desvirtuados por otros medios de prueba, carece de entidad para justificar la formación de jurisprudencia, dado el tenor literal del art. 21.1.c de la Ley 7/2001 .

- La utilización de los datos del Padrón Municipal Continuo del INE en lugar de certificaciones de cada uno de los Ayuntamientos afectados, carece de toda trascendencia y entidad cuando no se contraponen datos municipales diferentes, habida cuenta lo dispuesto en los arts. 16 y 17 de la LBRL en relación con la forma legal de publicación anual de dichos datos (v.g. RD 1007/2014 ) y con lo dispuesto en los arts. 62 a 66 del RD 1690/86 , tras la reforma operada por el RD 2612/1996.



**SÉPTIMO.-** El segundo de los motivos del escrito de preparación del recurso también ha de ser inadmitido. El Tribunal ha adoptado esta decisión por las razones siguientes:

1) La parte no justifica las razones por las cuales el art. 34.1 de la Ley 7/2001 debió ser tenido en cuenta por la sala para resolver el litigio. No cumple, por tanto, el juicio de relevancia. En todo caso, la norma que regula la creación de los botiquines ( art. 34 de la Ley 7/2001 ) resulta intrascendente a los efectos de analizar el cómputo de población flotante en la autorización de nuevas oficinas de farmacia.

2) La omisión de análisis de cuestiones planteadas en el proceso sólo tiene acceso a la casación si la parte solicitó en la instancia su subsanación ( art. 89.2.c LJCA ) y, en el presente caso, la parte, que pudo pedir el complemento de la sentencia ex art. 215 LEC y Disposición Final Primera de la LJCA , no hizo uso de esta facultad.

3) La omisión de la doctrina del Tribunal Supremo ( STS 03/11/2014 y las que cita) sobre normas estatales no vigentes y normas de otra comunidad autónoma diferentes a la que se afirma vulnerada ( art. 21.1.b y c de la Ley 7/2001 ) carece de toda relevancia a los efectos de la decisión adoptada en la resolución impugnada en función la normativa propia aplicable.

**OCTAVO.-** El tercero de los motivos del escrito de preparación del recurso de casación debe, por el contrario, ser admitido, ya que:

- Los recurrentes denuncian la infracción del art. 21.2 de la Ley 7/2001 y de la jurisprudencia sobre delimitación de la ubicación de nuevas oficinas de farmacia, y

- La sentencia da por buena el acta de ubicación de las oficinas nos. 21 y 30 de la Zona Farmacéutica Z.F.100 por entender que la Administración goza de plena libertad en esta materia.

La cuestión que plantea este motivo y que presenta interés casacional objetivo ex art. 88.3.e de la LJCA .

El interés casacional objetivo de esta cuestión está corroborado además, por su entidad y repercusiones de futuro en una materia reglada por la naturaleza de los intereses generales afectados.

La norma jurídica que, en principio, ha de ser objeto de interpretación es el art. 21.2 de la Ley 7/2015 .

Procede, por todo lo expuesto y a tenor de lo dispuesto en el art. 90.4 y 7 de la LJCA admitir a trámite el recurso de casación preparado por D<sup>a</sup> Marina , respecto a la cuestión y normas antedichas, ordenar la publicación de esta resolución en la página web de este Tribunal y que se dé trámite legal a las diligencias.

**NOVENO.-** La admisión a trámite del recurso, aún de ámbito limitado, no permite hacer imposición de costas en esta fase procesal ( art. 90.8 de la LJCA ).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. JUAN PIQUERAS VALLS.

#### LA SALA ACUERDA:

**PRIMERO.-** Se admite a trámite el recurso de casación preparado por Doña Marina , frente a la sentencia nº 132/2017, de fecha 20/04/2017 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este TSJ.

**SEGUNDO.-** Se declara que la cuestión planteada en este recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si el art. 21.2 de la Ley 7/2001 obliga, o no, a la Administración a delimitar el área donde hayan de ubicarse dichas oficinas cuando autorice nuevas oficinas de farmacia debido al cómputo de la población flotante.

**TERCERO.-** La norma que, en principio, ha de ser objeto de interpretación es el art. 21.2 de la Ley 7/2015 de Cantabria .

**CUARTO.-** No se hace imposición de costas.

**QUINTO .-** Publíquese este auto en la página web del Tribunal.

**SEXTO.-** Remítanse las actuaciones a la Sección de Casación de esta Sala.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres Magistrados expresados. Doy fe.

#### VOTO PARTICULAR

formulado por la Magistrada Doña CLARA PENÍN ALEGRE en el recurso de casación 263/17 que se tuvo preparado en el procedimiento ordinario 214/15.



Con fecha 6 de febrero de 2018 se dictó por esta Sala Auto que se me pasa a firma en el día de hoy, acordando admitir a trámite el recurso de casación autonómico. Recurso que se interpone contra la Sentencia de la Sala de fecha 20 de abril de 2017 dictada por 3 de los 4 Magistrados contenciosos que la forman. Este Auto de admisión cuenta con el voto mayoritario de los otros dos Magistrados de la Sala Civil y Penal adscritos a la Sala Contenciosa y de los que respetuosamente discrepo, exponiendo a continuación las razones de dicha discrepancia y considerando que **respecto de la misma Orden SAN 20/2015 objeto de controversia se han interpuesto sendos recursos de casación estatal en otro procedimiento.**

**Primero.** Se considera el interés casacional previsto en el artículo 88.3.e) de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1998, de 13 de julio: « e) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas». Sin embargo, la Orden SAN/20/2015, de 9 de marzo de 2015 , es firmada por la Consejera de Sanidad, con pie de recurso de alzada ante el Consejo de Gobierno que resuelve expresamente confirmando el acto recurrido. Como es sabido, «a efectos de determinación de la competencia objetiva hay que estar al acto originariamente recurrido» , Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 1ª, Auto 7-6-2017, rec. 12/2017 . Considero que se invoca un precepto, el artículo 88.3.e) de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1998, de 13 de julio, que no resulta de aplicación por no ser atribuible la Orden SAN 20/2015 al Consejo de Gobierno.

**Segundo.** Como defendí desde un primer momento y mantuve durante la deliberación del presente recurso, con el mayor de los respetos a la tesis mayoritaria, el recurso de casación autonómico tras la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, está previsto tan sólo nominalmente pero ayuno de régimen jurídico. El legislador no ha establecido ni su tramitación ni ha previsto de supuestos concretos en los que procede. Siquiera lo ha hecho por vía de remisión, por lo que esta previsión nominal se abre a múltiples interpretaciones, no sólo en este territorio sino en todos los Tribunales Superiores de Justicia, cuya composición es orgánicamente dispar habida cuenta las distintas necesidades del servicio en cada una de ellas, siendo la mayoría de ellos reacios a su admisión. Para mayor claridad, se procede a transcribir la huérfana mención a este recurso recogida en el artículo 86.3 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1998, de 13 de julio:

*«Las sentencias que, siendo susceptibles de casación, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia sólo serán recurribles ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora. Cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma será **competente una Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo** que tenga su sede en el Tribunal Superior de Justicia compuesta por el Presidente de dicha Sala, que la presidirá, por el Presidente o Presidentes de las demás Salas de lo Contencioso-administrativo y, en su caso, de las Secciones de las mismas, en número no superior a dos, y **por los Magistrados de la referida Sala** o Salas que fueran necesarios para completar un total de cinco miembros. **Si la Sala o Salas de lo Contencioso-administrativo tuviesen más de una Sección**, la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia establecerá para cada año judicial el turno con arreglo al cual los Presidentes de Sección ocuparán los puestos de la regulada en este apartado. También lo establecerá **entre todos los Magistrados que presten servicio en la Sala o Salas**».*

Dada la innegable laguna legal que se produce, se ha de acudir a los instrumentos que en derecho permiten integrar este precepto si se considera que su sola mención permite su vialidad. Y la única posibilidad lógica es la de acudir al único régimen regulado de casación, el estatal. Como indica el artículo 3 del Código Civil , « las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas»

**Tercero.** La nueva configuración del recurso de casación tiene como **finalidad** , como se indica expresamente el preámbulo de la Ley, reforzar este recurso «como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho» de forma que, invocada una concreta infracción del ordenamiento o de la jurisprudencia, « la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo » estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, diseñando un específico mecanismo de admisión para evitar convertirlo en una tercera instancia. De esta finalidad expresa se extrae, primero, que este remedio procesal tiene como finalidad la de asegurar la uniformidad en la aplicación del derecho. Segundo, que por ello ha de resolverlo la Sala que conoce de esta jurisdicción, la contenciosa.

Desde el punto de vista **histórico** se rompe drásticamente con la antigua regulación que permitía al propio Tribunal Supremo casar sus propias sentencias a través del antiguo recurso de casación para unificación de doctrina (antiguo artículo 96 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1998, de 13 de



julio) cuando «en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales» se hubiera llegado a pronunciamientos distintos. En el supuesto de que la sentencia citada como infringida proviniese de una Sala del Tribunal Supremo distinta de la que tuviera que conocer por las reglas internas de organización, se cuidaba bien de acudir a la Sala especial compuesta de 7 Magistrados.

Esta posibilidad se sustrae del ordenamiento tras la Ley 7/2015, que a su vez dota de un **nuevo mecanismo procesal** más neutral sin forzar el concepto de recurso de casación para alcanzar esta uniformidad jurisprudencial decididamente perseguida dentro del mismo órgano sentenciador. El preámbulo de la reforma alude a la «necesidad de evitar resoluciones contradictorias entre Secciones de un mismo órgano judicial que conducen a una falta de predictibilidad de los pronunciamientos judiciales». Para ello, se introducen modificaciones en la regulación de los Plenos Jurisdiccionales para unificación de criterio previendo, por un lado, que **formen parte de éstos los Magistrados que conozcan de la materia sobre la que existe la discrepancia** y, por otro, que las Secciones deban motivar las razones por las que se apartan del criterio acordado en uno de estos Plenos. Así, el actual artículo 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que

*« 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».*

Es evidente que en la actualidad no existe recuso de casación estatal para las sentencias dictadas por el propio órgano que conoce del recurso, la Sala de lo contencioso del Tribunal Supremo, en la composición dispuesta por la Ley. De existir criterios dispares en su seno, se acudiría al artículo 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

No resulta ocioso traer a colación las palabras del Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de mayo de 2017, rec. 3/2017, cuando indica:

*« Una correcta delimitación de la recurribilidad de las Sentencias dictadas por las Salas de los TSJ debe partir de la posición constitucional de los Tribunales Superiores de Justicia como órgano que culmina la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma ( art. 152.1 CE ), de forma análoga a la posición del Tribunal Supremo en materia de derecho estatal.*

*Los Tribunales Superiores de Justicia, al igual que el Tribunal Supremo, cumplen esta función a través de sus Salas y, más concretamente, a través de las Secciones funcionales en el caso de este Tribunal Superior de Justicia, pues son las llamadas a resolver los asuntos en las materias que les han sido atribuidas, con el carácter de órganos judiciales independientes ( SSTC 245/1994 de 15 de septiembre, que recoge la doctrina de la anterior STC 148/1994 ). Por tanto, son las Secciones o Tribunales, especializadas por las normas de reparto en este caso, quienes cumplen la función de formar la jurisprudencia en materia de derecho autonómico. De este modo, y una vez suprimido el recurso de casación para unificación de doctrina con la reforma operada por Ley Orgánica 7/2015, las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ en aplicación del derecho autonómico no son susceptibles de recurso, al igual que sucede con las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en aplicación del derecho estatal. Esta afirmación, que parte de la idéntica posición constitucional de ambos órganos jurisdiccionales en sus respectivos ámbitos, viene avalada por los siguientes argumentos:*

**D.** *La LOPJ no atribuye competencia orgánica a las Salas de los TSJ para conocer el recurso de casación ordinario. Aquí debe tenerse en cuenta que el rango de la reforma procesal de la casación introducida por la Ley Orgánica 7/2015 es de ley ordinaria (cfr. disposición final quinta, apartado 1), por lo que no existe competencia expresa contemplada en la legislación orgánica judicial. Los supuestos enunciados en la vigente legislación orgánica para las Salas de los TSJ (v.gr. apartados 5 y 6 del art. 74 LOPJ) únicamente hacen referencia a la casación para unificación de doctrina y en interés de ley, modalidades de ámbito limitado. Así, en el caso de la unificación de doctrina en el orden contencioso, suprimida por la reforma de 2015, la casación cumplía una función cuasi arbitral, de naturaleza autocompositiva, ante las contradicciones que se producían en el mismo órgano jurisdiccional, de manera que sólo admitía la recurribilidad de las sentencias dictadas por el mismo órgano jurisdiccional en caso de que fueran contradictorias. En contraste con estas modalidades casacionales, la casación ordinaria configurada en la Ley Orgánica 7/2015 es un recurso universal cuando se trata de sentencias dictadas por órganos colegiados, que determina la prevalencia funcional de la Sección que resuelve el recurso, que no encuentra soporte en la legislación orgánica judicial en el caso de la casación autonómica contra sentencias dictadas por las propias Salas de los TSJ, lo cual es una exigencia del art. 122 CE.*

*En los mismos términos que la LOPJ, la Ley 29/1998, de 13 de julio, en su artículo 10.5 regula la atribución a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ del conocimiento del recurso de casación para la unificación de doctrina previsto en el artículo 99. No se les atribuye pues el conocimiento de un recurso de casación*



"ordinaria". Y, como no podía ser de otro modo, el art. 12.2 de la Ley 29/1988, de 13 de julio, sí atribuye a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS el conocimiento de los recursos de casación de "cualquier modalidad", en los términos establecidos por esta Ley.

**E.** La Ley Orgánica 7/2015 suprimió la casación para unificación de doctrina, eliminando la prevalencia funcional entre Secciones de la misma Sala y fijando la unificación en sede de Pleno jurisdiccional como mecanismo para resolver discrepancias en una Sala, de lo que asimismo resulta la incompatibilidad de la casación contra las sentencias dictadas dentro de la misma Sala.

Así, la citada LO 7/2015 dio nueva redacción al art. 264 de la LOPJ, contemplando el Pleno jurisdiccional como medio para unificar criterios "especialmente en los casos en que los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala o Tribunal sostuvieron en sus resoluciones diversidad de criterios interpretativos en la aplicación de la ley en asuntos sustancialmente iguales". Por tanto, la existencia de una Sección de casación, con prevalencia funcional sobre las demás Salas y Secciones del mismo Tribunal, no sólo carece de soporte en la legislación orgánica judicial, sino que sería contradictoria con la nueva regulación introducida por el art. 264 de la LOPJ.

**F.** La admisión de una casación autonómica contra las Sentencias de las Salas de los TSJ es contradictoria con la vigente regulación procesal del recurso de casación. La casación introducida por la LO 7/2015 ante el Tribunal Supremo responde a la lógica de dos Secciones: una de admisión (no especializada), que se limita a examinar si concurren los requisitos de admisión, y otra de resolución (especializada) que es la que forma jurisprudencia.

Una eventual aceptación de una casación autonómica contra sentencias dictadas por la misma Sala sería antinómica con este diseño casacional, pues la Sección que dicta la resolución que se recurre (generalmente especializada), vería revisada su interpretación por la Sección de casación del art. 86.3 LJCA (no especializada y rotatoria), al tener ésta competencia tanto para admitir como para resolver.

En esta hipótesis se produciría además otra incoherencia con el sistema introducido en el art. 264 LOPJ, tras la redacción de la tan citada LO 7/2015, puesto que el apartado 2 del citado precepto, expresamente exige que formen parte del Pleno jurisdiccional para unificación de criterios "todos los Magistrados de la Sala correspondiente que por reparto conozcan de la materia en la que la discrepancia se hubiera puesto de manifiesto", que son precisamente los que generalmente no forman parte de la Sección de casación ex art. 86.3 LJCA por haber dictado la sentencia que es objeto de recurso.

El Pleno jurisdiccional, que articula la nueva regulación es un mecanismo respetuoso con la independencia judicial de las diversas Secciones que mantengan criterios divergentes, pero a su vez es el mecanismo adecuado para favorecer la unificación de criterios y, en consecuencia, el respeto a la igualdad en la aplicación de la ley y al principio de seguridad jurídica -en lo que a la interpretación y aplicación del Derecho autonómico se refiere- en la medida en que exige un plus de motivación a quienes se aparten del criterio sentado por el Pleno. Si la divergencia se produce en el seno de una misma Sección, al tratarse de un mismo órgano jurisdiccional, el mecanismo para depurar una posible desigualdad en la interpretación de la ley, es el recurso de amparo.

En todo caso, la casación ordinaria es un recurso que, en la legislación orgánica judicial, no está previsto para revisar sentencias dictadas por la misma Sala o Tribunal.

**G.** La casación autonómica contra las sentencias de las Salas de los TSJ no cumple la finalidad esencial del recurso (v.gr. formar jurisprudencia), pues la jurisprudencia sobre el derecho autonómico ya está formada por las resoluciones dictadas por las Salas territoriales y Secciones especializadas. Desde esta perspectiva, es indudable la falta de idoneidad de un sistema de formación de jurisprudencia que pivote sobre una Sección de casación (no especializada y de composición rotaria) que se pronuncie con carácter prevalente sobre la jurisprudencia ya formada por las Secciones de la misma Sala que por reparto conocen de la materia.»

**Cuarto.** La anterior regulación también preveía el recurso de casación autonómico, con una composición orgánica similar a la actual. Pero no sólo le dotaba de un específico régimen jurídico por vía de remisión sino que lo limitaba a sentencias dictas por Salas de lo contencioso de los Tribunal Superior de Justicia **si existían dentro del Tribunal « varias de estas Salas o la Sala o Salas tienen varias Secciones»** y sin que en las Comunidades Autónomas con Sala de única Sección estuviera previsto el recurso de casación autonómico pues expresamente se regulaba el recurso para unificación de doctrina «*si existen varias de estas Salas o la Sala o Salas tienen varias Secciones*». El funcionamiento interno con tres Magistrados no permite hablar ni de Secciones ni de Salas distintas siendo una única Sala con un único Presidente.

**Quinto.** En este contexto, la actual previsión que ha mantenido la redacción antigua del artículo 99.3 sobre formación de una Sala especial que conozca del recurso de casación autonómico, llamada a estar compuesta por **5 Magistrados que presten servicios en la Sala**. Pero al suprimir el recurso de casación para unificación de doctrina como supuesto especial previsto en el antiguo artículo 99.1 se olvida de transcribir la acotación





del recurso de casación que se contenía en dicho párrafo a los Tribunales que contaran con varias Salas de lo contencioso, o dentro de una única Sala, con varias Secciones de lo contencioso, que ni era ni es posible en las Salas con única Sección, como la de Cantabria. Ni es posible ni necesario pues es una única Sala la que resuelve. De producirse disfunciones en los pronunciamientos en virtud de los distintos miembros que dictan en cada momento las resoluciones como miembros de la Sala, pueden corregirse fácilmente avocando a Pleno y resolviendo todos sus miembros para unificar doctrina.

Lo que ya era evidente para el legislador anterior, se ha querido reforzar en el actual régimen de casación, que suprime el recurso de casación contra las sentencias dictadas por el propio Tribunal Supremo para unificación de doctrina a nivel estatal, y provee de un instrumento específico para lograr esta finalidad, el Pleno Jurisdiccional, del que deben formar parte los Magistrados que discrepan. De este modo, en la casación estatal no existe recurso de casación para sentencias dictadas por el propio Tribunal Supremo sino sólo para las dictadas por órganos inferiores.

**Sexto.** La decisión mayoritaria formada por mis otros dos compañeros de considerar viable el recurso de casación autonómico en Salas de única Sección conlleva:

1º Que se incumpla la letra de la Ley en cuanto a los Magistrados llamados a resolver y, en concreto, el artículo 86.3 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1998, de 13 de julio, vigente en tanto que la Sección de la Sala de lo contencioso que ha de conocer del recurso de casación está compuesta mayoritaria y orgánicamente (es decir, no por vía de sustitución) por Magistrados ajenos a la Sala de lo contencioso. La letra de la Ley llama a la formación de una Sección con Magistrados de lo contencioso y en todo caso a que la presida el Presidente de la Sala. Al considerar el acuerdo de formación de esta Sección que los componentes que firmaron la Sentencia estarían «contaminados», la Sección del recurso de casación autonómico se forma con Magistrados que no pertenecen a la Sala de lo contencioso, siendo los Magistrados de las Salas Civil y Penal y los de la Sala Social los llamados a completarla orgánicamente. En caso de sentencias en las que haya participado el Presidente de la Sala, como es el caso, éste no presidirá la sección de casación, con nueva vulneración de la Ley. En su día ya manifesté mi abierta discrepancia frente a la propuesta de formación de la Sala especial de casación que se elevó a la Sala de Gobierno, máxime cuando la misma se prevé cambiante, que no rotatoria en el tiempo, dependiendo de los concretos Magistrados que hayan dictado la Sentencia. De hecho y con solo una baja, puede darse la paradoja de que en la Sección de la Sala de lo contencioso no participe ninguno de los Magistrados de la Sala de lo contencioso además de no ser presidida por su Presidente.

2º Que la estimación de interés casacional y la decisión por una Sección necesariamente de composición mayoritaria ajena a la jurisdicción contenciosa producirá la paradoja de erigirse en la doctrina de una Sala especializada, lo que difícilmente puede considerarse de cumplimiento a la finalidad «nomofiláctica» que expresamente persigue la ley. No parece lógico que una Sala que se ha querido especializada como órgano que culmina la organización judicial en esta jurisdicción en relación al derecho autonómico, pueda ver enmendada su jurisprudencia por una Sala formada por Magistrados expertos en otras materias, como son la civil, penal y social. Pese a su prestigio como juristas, éste se lo han granjeado en otros ámbitos. De hecho, la unificación de doctrina en la regulación actual vía Acuerdo Jurisdiccional permite la participación de la Sala discrepante. Por tanto, esta interpretación sobre el recurso de casación autonómico se está concibiendo más como una nueva instancia, a resolver por un órgano no especializado en el ámbito contencioso, más que como un verdadero recurso de casación por interés casacional. Máxime cuando, dado el carácter cambiante de esta Sección de casación, bastaría con otro nuevo recurso (y justo respecto de esta Orden existen múltiples sentencias dictadas por distintos Magistrados de la Sala) para que pudiera dictarse nueva sentencia de casación por Sección compuesta por distintos Magistrados de lo social, civil y penal, introduciendo un plus de incertidumbre jurídica contrario a la uniformidad en la aplicación de la Ley.

**Séptimo.** Por ello, si el recurso de casación estatal, cuyo régimen ha de servir de referencia para cubrir las lagunas del autonómico, no prevé la casación frente a las propias sentencias del Tribunal Supremo. Si ni siquiera la regulación anterior preveía la casación autonómica en Tribunales Superiores de Justicia con Salas de lo contencioso de única Sección. Si la única mención que se hace en la nueva redacción lo es al mantenimiento de esta Sección especial de la antigua regulación y ni siquiera entonces se preveía la casación autonómica para Tribunales como el de Cantabria. Si la nueva ley ha introducido un mecanismo específico para la unificación de doctrina dentro de una misma Sala de un tribunal que permite dar cumplimiento a la finalidad perseguida por la Ley. Si la Sección de la Sala especial de lo contencioso incumple frontalmente la composición por Magistrados de lo contencioso. Y si como indica el Gobierno de Cantabria en su oposición y con base en un voto particular que interpuse a la única sentencia que ha discrepado de la jurisprudencia de la Sala sobre esta Orden, la interpretación pretendida de contrario podría suponer una infracción de derecho comunitario objeto de un recurso de **casación estatal**, entiendo que la admisión del recurso autonómico de la mayoría en este Auto resulta hartamente forzada, contraria la ley y, por ello, de resultado aberrante. Por el



contrario y sin incumplir la Ley, existen interpretaciones que, respetuosas con el tener literal de la regulación, el ámbito histórico del recurso de casación autonómico y la finalidad de la nueva regulación de la casación por interés casacional, permiten dar satisfacción al objetivo de unidad jurisprudencial dentro de la Sala sin crear un recurso que carece de paralelo en el ámbito estatal y por tanto, es un recurso inventado, pues el Tribunal Supremo no puede casarse a si mismo sus sentencias y menos por una Sala distinta de la contenciosa.

**Octavo.** No puedo finalizar el voto particular sin llamar la atención sobre la pérdida de oportunidad de no haberse convocado Pleno jurisdiccional cuando los distintos Magistrados de la Sala y los adscritos estábamos llamados a pronunciarnos sobre la interpretación de un precepto autonómico, en composición cambiante por razones de organización de la Sala y cuando se ha habido cambiado de criterio entre resoluciones sin razón aparente. Las contradicciones de interpretación ya se habían producido pendiente un último recurso y, sin embargo, no se avocó a Pleno. La convocatoria del Pleno hubiera evitado que a la interpretación final fueran llamados Magistrados ajenos a la Sala contenciosa en su mayoría. Es más. Como ya se ha adelantado, **se están interponiendo frente a la misma Orden objeto de autos recurso de casación estatal** que gozarían, a mi parecer, de preferencia toda vez que, como ya me pronunciado en el voto particular interpuesto a la sentencia dictada en el rec. 349/2015, « *Lo que regula el artículo 21.2 autonómico es el módulo de población mínimo en coherencia con el artículo 2.3 de la Ley estatal* ». Y la interpretación que debía darse al precepto autonómico debía hacerse en el contexto comunitario dado que « *una exigencia sobre ubicación constituyen una restricción de la libertad de establecimiento en el sentido del artículo 49 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , como así lo ha afirmado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea* » (STUE de 1 de junio de 2010, asuntos acumulados C-570/07 y C-571/07 , Blanco Pérez y Chao Gómez, en relación con la normativa farmacéutica asturiana). Dado que esta sentencia del Tribunal de Justicia sólo contempla las restricciones del precepto estatal, la restricción autonómica debería llevar a la interposición de una cuestión prejudicial para determinar su compatibilidad con la libertad de establecimiento de interpretarse en el sentido que se propugna en el recurso de casación. Por todo lo anterior y reiterando el máximo respeto al parecer mayoritario, estimo que hubiera procedido no admitir el recurso de casación autonómico por no tener cabida frente a sentencias dictadas por el propio órgano en Salas de lo contencioso de única Sección. Santander, a trece de febrero de dos mil dieciocho.

FONDO DOCUMENTAL