



Roj: **STS 7567/2011 - ECLI:ES:TS:2011:7567**

Id Cendoj: **28079130022011101227**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **24/10/2011**

Nº de Recurso: **4894/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **RAFAEL FERNANDEZ MONTALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 1758/2005,**
STS 7567/2011

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Octubre de dos mil once.

La Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados relacionados al margen, ha visto el recurso de casación 4894/10, interpuesto por la Administración General del Estado contra el auto dictado el 18 de noviembre de 2009 por la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 4ª), con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, confirmado en súplica por otro adoptado el 10 de marzo de 2010, por los que se acordó extender a la entidad Moreno Rosales, S.L., los efectos de la sentencia pronunciada el 23 de septiembre de 2005 en el recurso contencioso-administrativo 266/04. Ha comparecido como parte recurrida la mencionada compañía, representada por la procuradora doña María Lourdes Fernández Luna Tamayo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4ª), con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía se tramitó el recurso 120/05, interpuesto por la entidad Moreno Rosales, S.L., contra la resolución adoptada el 29 de octubre de 2004 por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Andalucía, también con sede en Sevilla, relativa a la liquidación del impuesto sobre el valor añadido de los ejercicios 1996, 1997 y 1998.

Mediante escrito presentado el 2 de marzo de 2006, la entidad recurrente solicitó la extensión de los efectos de la sentencia pronunciada el 23 de septiembre de 2005 por la misma Sala en el recurso 266/04. Realizados los pertinentes trámites, el Tribunal Superior de Justicia dictó el 18 de noviembre de 2009 un auto con la siguiente parte dispositiva: «Extender a "Moreno Rosales, S.L., los efectos de la sentencia dictada con fecha 23 de septiembre de 2005 en el recurso seguido por esta Sección de la Sala de lo Contencioso Administrativo con nº 266/2004». Entendió la Sala que:

«[...] dictada sentencia en recurso 266/2004, hoy firme, frente a la que fue desestimado recurso de casación en interés de ley, siendo idéntica la situación de los recurrentes, en su condición de profesionales del ramo de joyería sujetos a regularización por la condición de sujeto pasivo del Impuesto sobre el Valor Añadido, en los términos a que se refería el artículo 84, Uno. 2º b) de la ley 37/1992, de 28 de Diciembre, es decir en la redacción instaurada por la ley 22/1993, de 29 de Diciembre, y que se mantuvo intacta hasta la ley 55/1999, de 29 de Diciembre, procede sin más acordar la extensión de efectos».

El abogado del Estado interpuso recurso de súplica el 16 de diciembre de 2009, por no aceptarse su alegación de que no procedía la extensión de los efectos de la sentencia debido a la incorrección jurídica de la doctrina



sentada en la misma; recordaba que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional se había pronunciado en sentido contrario, asumiendo la tesis defendida por la Administración.

El recurso de súplica fue desestimado en auto de 10 de marzo de 2010 , en el que se decía:

«Y es cierto que el incidente de extensión de efectos, aunque su alcance es limitado, como ha señalado el tribunal supremo en la sentencia que se cita, de 12 de diciembre de 2007 , no puede entenderse de manera tan rígida como para congelar la doctrina de un Tribunal; pero, en todo caso, estando en juego el principio de igualdad, el Tribunal ha de poder armarse de sólidas razones que justifiquen cumplidamente el cambio de criterio; pero es que, en nuestro caso, aparte la cita de algunas sentencias de la Audiencia Nacional, no hay razones nuevas que pongan de manifiesto el error jurídico en que pudo incurrir dicha sentencia. Al contrario, se insiste en las mismas razones que fueron esgrimidas y decididas en su día, por lo que a lo dicho hemos de estar».

SEGUNDO.- El abogado del Estado preparó el presente recurso de casación y, previo emplazamiento ante esta Sala, efectivamente lo interpuso mediante escrito registrado el 18 de octubre de 2010, en el que invocó un único motivo al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE de 14 de julio).

Considera que la sentencia ha infringido los artículos 110 y 111 de la citada Ley 29/1998 , así como la doctrina jurisprudencial sentada por esta Sala en la sentencia de 12 de diciembre de 2007 (casación 6976/05). Afirma que la doctrina extendida por la Sala de instancia no es ajustada a derecho, habiéndose pronunciado en contra la Sala de lo contencioso- administrativo de la Audiencia Nacional en sentencias de 20 de junio de 2008 (recurso 86/06) y 21 de noviembre de 2007 (recurso 164/06). Sostiene que la inversión del sujeto pasivo en el impuesto sobre el valor añadido «alcanza no sólo al estricto supuesto contemplado por la sentencia de referencia, sino a todas aquellas adquisiciones de oro en la forma establecida por la norma para su transformación en general, incluyendo la elaboración de objetos preciosos y artículos de joyería».

Afirma que la sentencia cuya doctrina se acuerda extender termina por reducir de manera indeseable el ámbito al que debe aplicarse la inversión de sujeto pasivo, introduciendo parámetros de valoración subjetiva, sobre el destino del oro adquirido, lo que no contribuye a la seguridad jurídica. Carece de sentido, en su opinión, diferenciar dos supuestas categorías de fabricantes de objetos de metales preciosos en función del tipo de objeto que vayan a fabricar con el oro que adquieran, introduciendo una distinción que la norma no realiza.

Añade que la posterior reforma introducida por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE de 30 de diciembre), confirma que el criterio sostenido por la sentencia cuyos efectos se ha acordado extender no es ajustado a derecho.

Termina solicitando el dictado de sentencia que case los autos recurridos y declare que no procede la extensión de efectos acordada mediante los mismos.

TERCERO.- La entidad mercantil Moreno Rosales, S.L., se opuso al recurso, interesando el pronunciamiento de una sentencia que lo desestime, con imposición de las costas a la Administración recurrente.

No obstante el anterior pedimento, en el cuerpo del escrito sostiene la inadmisibilidad del recurso, considerando que está incurrido en la causa del artículo 93.2.b) de la Ley de la jurisdicción porque la invocación del artículo 111 meramente instrumental, para reconducir el debate al artículo 110 , como si ambos trataran la misma cuestión, y eludir la imposibilidad de revisar las sentencias a que se refieren los apartados 2 y 3 del artículo 37, todos de la misma Ley 29/1998 . En definitiva, la jurisprudencia invocada como infringida por el abogado del Estado no guarda relación alguna con las cuestiones debatidas.

Considera también inadmisibles el recurso al amparo de lo dispuesto en las letras c) y d) del mencionado artículo 93.2 por no existir contradicción entre el auto impugnado y la jurisprudencia invocada de contrario, careciendo el recurso de todo fundamento. Precisa que, en realidad, la Administración del Estado pretende convertir el recurso de casación contra el auto que acuerda extender los efectos de una sentencia firme en un recurso de casación para la unificación de doctrina, discutiendo la que se contiene en la sentencia cuyos efectos se trata de extender.

Ya en cuanto al fondo insiste en que el abogado del Estado confunde los procedimientos previstos en los artículos 110 y 111 de la Ley de esta jurisdicción y que no cabe discutir, con ocasión del recurso de casación contra el auto que acuerde la extensión de los efectos, la corrección jurídica de la doctrina sentada en la sentencia afectada. Añade también que los criterios sentados por otros tribunales, en particular la Audiencia Nacional, no pueden ser tenidos en cuenta porque fueron sentados en sentencias nulas de pleno derecho, por las razones que con detenimiento expone en el escrito de oposición, singularmente por su falta de competencia



en razón de la cuantía. Termina razonando que la doctrina cuya extensión se ha acordado en el auto impugnado es ajustada al ordenamiento jurídico.

CUARTO .- Las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, circunstancia que se hizo constar en diligencia de ordenación de 10 de marzo de 2011, fijándose al efecto el 19 de octubre de 2011, en el que, previa deliberación, se aprobó la presente sentencia.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Fernandez Montalvo, Presidente de la Sección

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El abogado del Estado aduce un único motivo de casación, al amparo del artículo 88.1.d) de la ley de esta jurisdicción, por infracción de los artículos 110 y 111 de la misma Ley y del artículo 84.uno. 2º b) de la ley 37/1992, en la redacción aplicable al caso, que era la establecida por la ley 22/1993. También considera desconocida por el auto que combate la doctrina jurisprudencial sentada por esta Sala del Tribunal Supremo en sentencia de 12 de diciembre de 2007 (casación 6976/05), reiterada por otra posterior, concretamente por la de 17 de abril de 2008, que cita sin mayor precisión.

Argumenta la representación estatal que la doctrina contenida en la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el recurso 266/04, es errónea en cuanto considera que la inversión del sujeto pasivo prevista en la Ley 37/1992 sólo resulta aplicable a las entregas de oro industrial para su transformación en materia prima utilizable por un tercero para la ulterior fabricación de objetos de joyería, al tiempo que resulta abiertamente contraria a las sentencias dictadas por la Sala homónima Audiencia Nacional los días 17 de octubre de 2007 (recurso 44/06), 20 de junio de 2008 (recurso 86/06) y 21 de noviembre de 2007 (recurso 164/06), entre otras, que confirmaron el criterio de la Administración de atribuir a todos los adquirentes de oro para su transformación en la forma establecida en la norma la condición de sujeto pasivo, atendiendo a lo establecido por el artículo 84.uno 2º b) de la ley 37/1992 en la redacción dada por la ley 22/1993.

Por otra parte, sostiene que la conclusión a la que llega la Sala de Instancia, de que en el trámite de extensión de efectos no es pertinente examinar de nuevo el fondo de la cuestión planteada, es contraria a la doctrina sentada por esta Sala.

La compañía recurrida, Moreno Rosales, S.L., sostiene que el recurso es inadmisibile por las razones de que hemos dejado sucinta constancia en el tercer antecedente de esta sentencia. Tales razones, en realidad, vienen a coincidir con las cuestiones de fondo (la confusión entre los artículos 110 y 111 de la Ley 37/1992 en que incurre la Administración recurrente, la irrelevancia de la jurisprudencia invocada por el abogado del Estado y la imposibilidad de convertir el recurso de casación contra el auto que acuerda la extensión de los efectos de una sentencia en un juicio a la doctrina contenida en esta última), por lo que podemos ahorrarnos su análisis, ya que obtendrán respuesta al examinar los temas nucleares de este recurso. Tal vez por ello la propia sociedad recurrida no traslada su extenso alegato sobre la inadmisibilidad al *petitum* de su escrito de oposición, donde se limita a pedir la desestimación del recurso.

SEGUNDO .- Pues bien, el debate que suscita este recurso de casación se plantea en los mismos términos que el resuelto por esta Sala en sentencia de 29 de septiembre de 2011 (casación 4418/10), a cuyo contenido no sólo nos remitimos sino que reproducimos íntegramente a continuación:

«SEGUNDO.- [...]»

Dados los términos en que se plantea el recurso, y ante la oposición que realiza la parte recurrida, alegando la imposibilidad de revisar la corrección jurídica de la sentencia base, salvo que se invoque que la doctrina determinante del fallo cuya extensión se postula es contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, procede resolver, si fuera del supuesto previsto en el artículo 110.5 .b) el Tribunal Supremo en casación puede enjuiciar el contenido de la sentencia cuyos efectos pretenden extenderse o, por el contrario, debe aceptar sin más el mismo por carecer en el incidente de facultades para pronunciarse sobre la corrección de la sentencia de origen.

[...]

TERCERO .- La primera ocasión que tuvo esta Sección de plantearse sobre si el apartado 5 del artículo 110 de la ley Jurisdiccional permitía un control pleno de la sentencia base fue en relación a una pluralidad de recursos con idéntico objeto sobre la repercusión del IVA a la Generalidad de Cataluña, sobre el premio de cobranza retenido por la actividad de recaudación llevada a cabo por los organizadores del juego del bingo en su condición de sustitutos del impuesto catalán sobre dicho juego.



El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña decidió tramitar el recurso presentado en primer lugar, suspendiendo el curso de los demás hasta que se dictase la sentencia en el procedimiento testigo, acordando luego la Sala, una vez firme la sentencia recaída en sentido estimatorio, extender a favor de la Generalidad los efectos de la sentencia en aplicación de los artículos 37.2 y 111 de la Ley Jurisdiccional . Interpuestos recursos de casación por el Abogado del Estado, por no haber sido aceptada la calificación efectuada por la Inspección de la actividad de autoliquidación e ingreso del Impuesto sobre el Juego del Bingo como actividad empresarial, a efectos del IVA, por el Tribunal de instancia, la Sala, en sentencia de 4 de Diciembre de 2006, casación 6198/03 , sentó la siguiente doctrina: "

El apartado 5 del artículo 110 LJCA , aplicable por remisión del artículo 111 LJCA , no permite un control pleno de la sentencia cuya extensión de efectos se cuestiona. Pues, con independencia de la suspensión de la decisión, si se encuentra pendiente un recurso de casación en interés de la ley, se limita a establecer la desestimación cuando exista cosa juzgada, o cuando la doctrina determinante del fallo sea contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o a la doctrina sentada por los Tribunales Superiores de Justicia en el recurso a que se refiere el artículo 99 LJCA . Así, pues, los estrictos términos que configuran el recurso de casación en relación con los Autos dictados en aplicación del art. 37.2 LJCA no permiten considerar la disconformidad plena al ordenamiento jurídico de la sentencia de origen, salvo, en su caso, la existencia de cosa juzgada o la contradicción con la jurisprudencia.

Efectivamente, el control que esta Sala puede realizar respecto de los citados autos se limita a verificar la concurrencia de los requisitos establecidos en el propio artículo 37.2 y en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 110 LJCA . Presupuesto necesario por ello es la firmeza de la sentencia cuya corrección jurídica esta Sala no puede ya revisar, salvo que, como se ha señalado, se invoque que la doctrina determinante del fallo cuya extensión se postula fuere contrario a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Cfr. STS de 15 de noviembre de 2006, rec. cas. núm. 11020/2004).

En el presente caso, el Abogado del Estado se refiere a la doctrina de nuestras sentencias de 8 de noviembre de 1993 , 30 de abril de 1994 , 19 de julio de 1997 y 19 de junio de 1999 . Pero se trata de pronunciamientos concretos relativos a recaudadores municipales; esto es, son decisiones casuísticas cuya doctrina en relación con la repercusión del IVA no es necesariamente generalizable, según resulta de los criterios mantenidos por esta Sala respecto a otros supuestos como, por ejemplo, el de los servicios prestados por las oficinas liquidadoras de los distritos hipotecarios (SSTS de 12 de julio de 2003 y de 6 de julio de 2006 , entre otras muchas) o en relación con el premio de cobranza en liquidaciones de ayuntamientos a Diputaciones Provinciales por recargo porcentual en cuotas de licencia fiscal (STS de 18 de abril de 1997). En todo caso, se aprecian las suficientes diferencias entre el supuesto indicado por el Abogado del Estado y el contemplado por la sentencia de origen que se examina como para excluir, en el limitado control que permite el presente incidente, la contradicción con la jurisprudencia invocada. Pues no cabe ignorar que en el supuesto de origen los demandantes ordenaban por cuenta propia factores de producción con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de servicios cuando gestionan el juego del bingo, pero cabe sostener, en los términos de la sentencia que se examina, que tales notas están ausentes cuando liquida e ingresa el tributo sobre dicho juego, sin que ello suponga contradicción con la jurisprudencia de esta Sala que se refiere a supuestos distintos."

Esta doctrina fue reiterada en posteriores sentencias de fecha 15 de Enero de 2007 .

Conviene significar que en dichas sentencias se cita a la de 15 de Noviembre de 2006, casación 11020/04, que fue dictada por la Sección Séptima , en asunto de personal reconocimiento del complemento de productividad a la Policía Nacional, que inicia también una serie de recursos contra Autos dictados en extensión de efectos

CUARTO .- De esta forma se llega a la sentencia de 13 de Septiembre de 2007, casación 1108/2006 , que se refiere a la denegación de una solicitud de efectos por el Tribunal de instancia, ante el cambio de criterio, al resolver el propio órgano recursos posteriores, sobre el carácter de la indemnización mensual percibida por los trabajadores de Telefónica por jubilación anticipada. Inicialmente la Sala de Valencia había dictado sentencia estimatoria con fundamento en que estas indemnizaciones debían ser tratadas como renta irregular, pero posteriormente rectificó su doctrina, planteándose los incidentes de extensión de efectos de la primera sentencia favorable después del cambio de su doctrina, lo que determinó el acuerdo de denegación de la solicitud planteada, llegando el asunto a esta Sala, con invocación de varios motivos que abordaban el tema de si en el procedimiento para la extensión de efectos de las sentencias regulado en el artículo 110 de la Ley Jurisdiccional es posible que el órgano competente a la hora de decidir pueda apartarse de la doctrina contenida en la sentencia firme.

Pues bien, la Sala declaró lo siguiente :

"En principio ha de reconocerse que este procedimiento tiene un alcance limitado, verificar la concurrencia de los requisitos establecidos en el precepto para que sea posible, a partir de una sentencia firme, extender los



efectos de la situación jurídica que reconoce a otras personas, que se encuentren en idéntica situación que los favorecidos por el fallo, así liberadas de la necesidad de iniciar un proceso con idéntica pretensión.

La Ley, desde luego, no prevé el supuesto de que el juez competente para extender los efectos de la sentencia estime que es errónea la doctrina de la sentencia firme cuya extensión de efectos se pretende, pues sólo permite que sea desestimado el incidente cuando la doctrina determinante del fallo cuya extensión se postula sea contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o a la doctrina sentada por los Tribunales Superiores de Justicia en el recurso de casación para unificar doctrina a que se refiere el art. 99 .

Sin embargo, no cabe aceptar una interpretación tan estricta del precepto, como mantienen los recurrentes, y que, de admitirse, llegaría a impedir que incluso un Tribunal Superior de Justicia, al resolver un recurso de apelación contra un Auto dictado en un incidente de esta clase, posible según el artículo 80.2 de la Ley Jurisdiccional , pudiese revocar un fallo estimatorio de extensión dictado, aunque el criterio de la sentencia extendida fuese contrario a la doctrina del propio Tribunal Superior fijada con anterioridad.

Por otra parte, si se admite un cambio de criterio en los procesos ordinarios , siempre que se razone debidamente, ha de entenderse que es posible también que el órgano jurisdiccional se aparte de la doctrina de la sentencia firme en esta clase de incidentes, siempre que se motive razonadamente que fue errónea la doctrina sentada, al no encontrarnos propiamente ante una simple ejecución de sentencia.

En el presente caso, el Tribunal de instancia no rectificó su doctrina en el incidente que se revisa sino con anterioridad, al resolver otros procesos ordinarios, indicando concretamente los recursos en que tuvo lugar el cambio de criterio.

En esta situación, no cabe hablar de indefensión, ni de incongruencia, pues la Sala no extendió los efectos de otras sentencias distintas posteriores sino que simplemente denegó la extensión interesada ante la existencia de otros pronunciamientos distintos posteriores del mismo Tribunal a aquél que pretendía extenderse, lo que excluye asimismo la vulneración del principio de igualdad y por supuesto la infracción del artículo 110 de la Ley Jurisdiccional .

En todo caso, la doctrina de la sentencia cuya extensión se pretende resulta contraria al criterio sentado por esta Sala en su sentencia de 10 de Mayo de 2006 , dictada en el recurso de casación en interés de Ley núm. 29/04 , que declaró "que no es de aplicación a los rendimientos percibidos como complementos de prestaciones públicas derivadas de prejubilaciones de expedientes de regulación de empleo, rendimientos satisfechos mensualmente por una compañía aseguradora y según la póliza de seguro colectivo concertada para tales casos, el régimen de las rentas irregulares".

Esta doctrina fue reiterada al resolver recursos similares en las sentencias de 25 de Septiembre de 2007 (casación 6909/05), 11 y 12 de Diciembre de 2007 (casaciones 7694/05 y casación 6976/05 respectivamente).

QUINTO .- Finalmente, las sentencias de 17 de Abril de 2008 (casaciones 6267/02 y 6269/02) también contemplan denegaciones de extensiones interesadas ante la existencia de otros pronunciamientos distintos posteriores de la Audiencia Nacional al haber cambiado el criterio en relación con el plazo de prescripción aplicable, ante lo declarado por la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Septiembre de 2001 , que atiende al "Dies ad quem" para la determinación del momento a partir del cual resulta aplicable el nuevo plazo previsto en la ley 1/1998 .

SEXTO .- Pues bien, de la doctrina establecida a partir de la sentencia de 13 de Septiembre de 2007, no cabe deducir que se atribuya al Tribunal Supremo la posibilidad de enjuiciar en casación el contenido de la sentencia cuyos efectos pretendan extenderse, pues los asuntos examinados se referían a un cambio de criterio del propio órgano judicial competente para resolver el incidente de extensión de efectos, posterior a la sentencia base, y en base a las circunstancias concretas que concurrían, debiendo reiterarse que, fuera de los supuestos excepcionales contemplados en el apartado 5 del artículo 110 de la Ley de la Jurisdicción , el órgano judicial carece de facultades para pronunciarse sobre la corrección de lo resuelto en la sentencia, por lo que debe limitarse a examinar si la situación es idéntica y si concurren los restantes requisitos exigidos.

No cabe olvidar que la extensión de efectos se configura en la ley como un instrumento procesal dirigido a evitar la reiteración de procesos contra los llamados actos masa y que se funda en el principio de igualdad en la aplicación de la ley por los tribunales, siendo presupuesto necesario la firmeza de la sentencia cuya corrección jurídica el Tribunal Supremo no puede ya revisar, salvo que se invoque que la doctrina determinante del fallo cuya extensión se postula fuese contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, circunstancia que no concurre en el caso.

[...]»



TERCERO .- Por lo expuesto, procede desestimar el recurso de casación interpuesto por el abogado del Estado, con imposición de costas a la parte recurrente, de conformidad con lo que dispone el artículo 139.2 de la Ley 29/1998, si bien la Sala, haciendo uso de la facultad que le otorga el apartado 3 de dicho precepto, limita los honorarios del letrado de la parte recurrida a la cantidad máxima de seiscientos euros.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra los auto dictado el 18 de noviembre de 2009, confirmado en súplica por otro de 10 de marzo de 2010, por la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 4ª), con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, imponiendo las costas a la parte recurrente, con el límite cuantitativo que se indica en el último fundamento jurídico.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Rafael Fernandez Montalvo D. Manuel Vicente Garzon Herrero D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco D. Oscar Gonzalez Gonzalez D. Manuel Martin Timon

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. DON Oscar Gonzalez Gonzalez al que se adhiere EL MAGISTRADO EXCMO. SR. Joaquin Huelin Martinez de Velasco a la Sentencia de fecha 24 de octubre de 2011, dictada en el Recurso de Casación nº 4894/2010.

Disiento respetuosamente del voto mayoritario, y creo que la solución que se adopta en la sentencia reduce a esta Sala a la posición de un mero órgano de comprobación de la concurrencia de los requisitos del artículo 110 de la Ley Jurisdiccional, sin permitirle en absoluto entrar a examinar lo que constituye el aspecto material o sustantivo de la cuestión objeto del proceso.

Ello no es baladí, si se tiene en cuenta que esa comprobación es meramente mecánica, pues a nadie se oculta que determinar si se produce identidad de circunstancias entre los supuestos contemplados, si se ha cumplido el requisito temporal, si se ha producido o no cosa juzgada, o si el Juez sentenciador es competente, es una labor que no exige mayores esfuerzos intelectuales de interpretación, que la mera comparación de situaciones, o el cómputo de los días en el calendario, o si se dan las circunstancias de la cosa juzgada o competenciales del órgano judicial

Es obvio que no es esa la misión que la Constitución Española atribuye al Tribunal Supremo, como supremo órgano del Poder Judicial. Cuando la Ley permite el acceso a la casación en este tipo de cuestiones, está pensando, sin duda, que la problemática que late en su fondo debe ser abordada por la Sala 3ª. Resultaría paradójico que, en casos, en los que la totalidad de los miembros de la Sala fueran conscientes del tremendo error que se había cometido en la sentencia base, un prurito meramente formalista e instrumental, no permitiera su corrección, y dejara viva una doctrina a todas luces contraria a Derecho.

Creo que la propia redacción del artículo 110.3 de la Ley Jurisdiccional no lo tolera. En el se contiene una enumeración no exhaustiva de supuestos en que en todo caso debe desestimarse la extensión de efectos, pero no impide que fuera de ellos también se desestime cuando la sentencia es errónea. El hecho de que el legislador haya previsto en el art. 87.2 de la Ley Jurisdiccional que contra estos autos dictados en éste incidente cabe siempre el recurso de casación cualquiera que fuera la cuantía y materia, demuestra su preocupación por las enormes consecuencias perjudiciales que pudieran derivar de una sentencia contraria a Derecho. Así lo puso de manifiesto el Grupo Nacionalista Vasco, que al presentar la enmienda en que se recogió tal inciso la justificó en que:

<<"La misma razón que fundamenta la regulación del artículo 80.2 justifica la presente enmienda. A saber: que las decisiones adoptadas por los Jueces o Tribunales en orden a la extensión o no de los efectos del fallo de las sentencias, en los supuestos previstos en los artículos 110 y 111 afectan directa e inmediatamente al contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, lo que, unido al carácter de generalidad que tienen las cuestiones a que se refieren dichos artículos, hace necesaria la intervención de un Tribunal superior, con independencia de la materia sobre la que verse la sentencia y de su dimensión económica concreta".>>

Por otra parte, la potestad del Tribunal Supremo para entrar a conocer del fondo del asunto no lesiona, como se ha dicho, el principio de igualdad, pues éste no tiene virtualidad en circunstancias de ilegalidad. Además,



ese principio resultaría en su caso igualmente lesionado, si se estima la casación por infringir la jurisprudencia del Tribunal Supremo, supuesto en que, expresamente, el artículo 110.5.b) de la Ley Jurisdiccional impone la desestimación. Tampoco lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva, pues el demandante ha tenido la oportunidad de hacer su alegación en el escrito de oposición a la casación rebatiendo los argumentos del Abogado del Estado. En cualquier caso, una sentencia estimatoria de la casación, llevaría aparejada la consecuencia de reponer las actuaciones al momento en que se interpuso el recurso contencioso-administrativo para que éste se sustancie por los trámites ordinarios, pudiendo invocar otras razones que fundamenten su pretensión.

Creo, en fin, que se ha minimizado la función que es propia de esta Sala, en aras de un criterio excesivamente formalista, cuya consecuencia es que pueda pervivir una sentencia errónea, con plena conciencia de ello.

Se me dirá, que esto ocurre en los casos en que media una causa de inadmisibilidad de un recurso que en el fondo tiene todas las trazas de prosperar. Sin embargo, los casos son diferentes. Los requisitos procesales son establecidos por el legislador, debiendo el Juez exigir su cumplimiento, pero en este caso no hay obstáculo procesal alguno a entrar en el fondo del asunto, al concurrir las circunstancias de admisibilidad de la casación previstas en el art. 110.1 de la Ley Jurisdiccional. Los supuestos del apartado 5 del artículo 110, no son de inadmisibilidad sino de desestimación, y la ley enumera los que parecen más evidentes, como refleja la expresión "en todo caso", pero no impide que se puede desestimar la extensión en casos en que la sentencia base o testigo sea contraria a derecho. No sería el primer caso de enumeraciones no exhaustivas, que el legislador usa "ad exemplum", en gran número de ocasiones, y que los que aplicamos el derecho conocemos perfectamente. Es más, considero que en una interpretación como la de la sentencia mayoritaria, llevaría a contemplar de diferente forma aquellos casos en que hay jurisprudencia sobre el supuesto material en que sería posible contradecir la sentencia base, de aquellos otros en que no la hay, impidiendo su formación a partir del caso que se le somete.

Madrid, 24 de octubre de 2011

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D.Rafael Fernandez Montalvo estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que como Secretario, certifico.