



Roj: **ATS 11731/2017 - ECLI:ES:TS:2017:11731A**

Id Cendoj: **28079130012017202026**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/12/2017**

Nº de Recurso: **4696/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **EMILIO FRIAS PONCE**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo**

**Contencioso-Administrativo**

**Sección: PRIMERA**

**AUTO**

Fecha del auto: 21/12/2017

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4696/2017

Materia: RENTA Y RENTA NO RESIDENTES

Submateria:

Fallo/Acuerto: Auto Inadmisión

Ponente: Excmo. Sr. D. Emilio Frias Ponce

Procedencia: Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Teresa Barril Roche

Secretaría de Sala Destino: 002

Transcrito por: JRAL

Nota:

R. CASACION núm.: 4696/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Emilio Frias Ponce

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Teresa Barril Roche

**TRIBUNAL SUPREMO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN: PRIMERA**

**AUTO**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, presidente

D. Manuel Vicente Garzon Herrero



D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo

D. Emilio Frias Ponce

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Jose Juan Suay Rincon

D<sup>a</sup>. Ines Huerta Garicano

En Madrid, a 21 de diciembre de 2017.

## HECHOS

**PRIMERO.- 1** . El procurador don Antonio Rafael Rodríguez Muñoz, en representación de don Bartolomé , presentó escrito fechado el 1 de septiembre de 2017 mediante el que se prepara recurso de casación contra la sentencia dictada 19 de junio de 2017 por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso 1209/2015 , que desestima del recurso deducido contra la resolución dictada por el Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid [«TEAR»] el 25 de septiembre de 2015, relativa al impuesto de la renta de las personas físicas [«IRPF»].

**2** .Tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, la Administración recurrente identifica como infringidas las siguientes normas del Derecho estatal: (i) los artículos 24 y 120.3 de la Constitución Española [«CE»]; (ii ) 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero) [«LEC»]; (iii) 150 y 104.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE de 18 de diciembre) [«LGT»]; (iv) 102, 104 y 112 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (BOE de 5 de septiembre) [«RGAT»].

De igual modo, invoca como vulneradas las STS de 7 de mayo de 2013 (casación 1088/2010 ; ES:TS:2013:2984), 17 de mayo de 2012 (casación 2851/2009 ; ES:TS:2012:3369) 11 de octubre de 2010 (casación 815/2006 ; ES:TS:2010:5160) y 31 de octubre de 2011 (casación 4242/2009 ; ES:TS:2011:7120), en cuanto a la existencia de incongruencia interna de la sentencia.

**3** . Razona que tales infracciones han sido relevantes y determinantes de la decisión de la sentencia recurrida por cuanto ésta reproduce en su Fundamento de Derecho Cuarto exactamente los mismos motivos que para desestimar el recurso de la esposa del Sr. Bartolomé , utiliza en la sentencia dictada en el Procedimiento Ordinario 1211/2015 hasta el punto de hablar de ella en los fundamento de derecho y no del Sr. Bartolomé . Se ha utilizado el texto de la sentencia de la esposa del recurrente para fundamentar la sentencia del Sr. Bartolomé , cuando, como es evidente y consta como hecho probado en la misma, él sí había comparecido; y si como la propia sentencia recoge en ese mismo Fundamento, dicha comparecencia no se trataba de una solicitud de aplazamiento, pero si implicaba el incumplimiento de un requerimiento por parte de la esposa de quien no constaba la representación, ello no podría nunca predicarse del Sr. Bartolomé que sí compareció en persona, habiéndose cometido, en definitiva, una incongruencia interna en la sentencia

**4** . Considera que concurre interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia en las infracciones denunciadas por las siguientes razones:

**4.1** . La sentencia puede afectar a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso [ artículo 88.2.c) LJCA ], por cuanto por error se utiliza la fundamentación relativa a otro procedimiento y a otro sujeto de forma literal, cuando no es aplicable al caso, incurriendo de tal forma en incongruencia interna.

**4.2**. La incongruencia interna ha influido en el fallo, debiendo haberse apreciado la prescripción de las actuaciones inspectoras respecto de don Bartolomé por el transcurso de más de 12 meses, previsto en el artículo 150 LGT y concordantes.

**SEGUNDO** .- **1**. La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, tuvo por preparado el recurso de casación en auto de 19 de septiembre de 2017 , habiendo comparecido la parte recurrente y la parte recurrida, Administración General del Estado, ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo dentro del plazo de 30 días señalado en el artículo 89.5 LJCA .

**2**. La Administración General del Estado se opone a la admisión del recurso, argumentando que el instrumento para poder subsanar la incongruencia interna de la sentencia no es el recurso de casación, ya que no puede decirse realmente que esta infracción procesal pueda trascender del caso concreto y presente interés



casacional objetivo para la formación de jurisprudencia sino, como exige el artículo 89.2.c) LJCA , la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, vía complemento de sentencia por el cauce previsto en los artículo 267.5 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 3 de julio) [«LOPJ»] y 215.2 de la de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero) [«LEC»], habiendo existido momento procesal oportuno para ello, desaprovechado de contrario.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Emilio Frias Ponce, .

### RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.- 1** . El escrito de preparación fue presentado en plazo ( artículo 89.1 LJCA ) y la parte recurrente se encuentra legitimada para interponerlo, por haber sido parte en el proceso de instancia ( artículo 89.1 LJCA ).

**2.** En el escrito de preparación se acredita el cumplimiento de tales requisitos reglados, se identifican con precisión las normas del ordenamiento jurídico estatal que fueron alegadas en la demanda y tomadas en consideración por la Sala de instancia. También se justifica que las infracciones imputadas a la sentencia han sido relevantes para adoptar el fallo impugnado [ artículo 89.2 LJCA , letras a), b), d) y e)].

**3.** En el repetido escrito se justifica, con especial referencia al caso, que concurre interés casacional objetivo porque la sentencia recurrida puede afectar a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso [ artículo 88.2.c) LJCA ], razonando de forma suficiente la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo [ artículo 89.2.f) LJCA ].

**SEGUNDO.- 1** . Los antecedentes fácticos que recoge la sentencia recurrida son, en síntesis, los siguientes: la resolución del TEAR considera procedente la regularización de la ganancia patrimonial obtenida de la enajenación en 2008 de un inmueble que pertenecía al reclamante y a su esposa en un porcentaje del 50% cada uno de manera indivisa, siendo el precio de adquisición de 900.000 euros, según la escritura pública de 12 de junio de 2007, y que fue además declarado en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales sin que pueda tenerse en cuenta el valor de adquisición declarado en el IRPF de 2008 de 1.532.580,87 euros, que procede del contrato privado de arras.

**2.** Frente a la reseñada resolución del TEAR de 25 de septiembre de 2015, se dedujo por la representación procesal de don Bartolomé recurso contencioso-administrativo, en el que se interesaba su nulidad, entre otras razones, por haber caducado el procedimiento inspector, al haberse superado el plazo máximo de duración de las actuaciones inspectoras de doce meses que establece el artículo 150 LGT , ya que consideraba no le es imputable el periodo de dilaciones de 15 días que le atribuye la Inspección, entre el 9 de mayo de 2012 a 24 de diciembre de 2012.

**3.** La sentencia impugnada rechazó la pretensión de caducidad del procedimiento referido, al socaire de la sentencia de la misma sala y sección, de 15 de junio de 2017 (recurso [1211]/2015; ES:TSJM :2017:6172), interpuesto por la esposa del demandante, en asunto idéntico cuyo contenido transcribe:

«(...) las actuaciones inspectoras se iniciaron el 14/03/2012, en que se notificó la comunicación de inicio de las actuaciones y se prolongaron hasta el 21/06/2013, en que se notificó la liquidación provisional resultante. Según la Inspección en este periodo de tiempo existen 102 días de dilaciones imputables al contribuyente, quien cuestiona 15 días desde el 9/05/2012 hasta 24/05/2012. Lo alegado es de relevancia porque en el supuesto de que no fueran imputables al contribuyente esos 15 días se hubiera producido la prescripción, ya que entre las notificaciones de la comunicación de inicio y de la liquidación habrían transcurrido más de 12 meses y entre el vencimiento del periodo voluntario de declaración del IRPF de 2008 y el 21/06/2013 habrían pasado más de cuatro años.

Pues bien, en la comunicación de inicio de las actuaciones inspectoras, notificada el 14/03/2012, ya se advertía que el obligado tributario podía comparecer mediante representante con la correspondiente autorización o poder de representación.

(...) En las actuaciones inspectoras que nos ocupan, el 27/03/2012, compareció ante la Inspección Don Gregorio , con identificación fiscal 50313454B, en su condición de amigo del obligado tributario y se extendió diligencia firmada en conformidad por la que acordó la suspensión de las actuaciones de comprobación hasta que el obligado tributario nombrase un representante autorizado para comparecer ante la Inspección o fuese el mismo el que compareciera.

Llegada esta fecha habían transcurrido más de diez días y seguía sin otorgarse la representación ni comparecer el obligado tributario.



El 4/05/2012 se persona ante la Inspección el esposo de la recurrente sin poder ni autorización de representación, que no aportó hasta el 24/05/2012, lo que originó que en la siguiente diligencia de 25/05/2012 se hiciera constar se considera dilación imputable al obligado tributario el periodo comprendido entre 4/05/2012 y el 24/05/2012. ya que el día 4/05/2012 compareció Don Bartolomé sin la debida autorización de representación firmada por Doña Candelaria que es su cónyuge.

De manera que el periodo de 15 días entre el 9/05/2012 hasta el 24/05/2012 es imputable al contribuyente, puesto que no ha desvirtuado mediante prueba en contrario las diligencias con valor de documentos públicos y resulta que durante este periodo ni había comparecido por si ni tampoco mediante representación, después de haber sido oportunamente requerida para que se personase o confiriese su representación en la forma legal y reglamentariamente prevista.

Es cierto que no se trata de una solicitud de aplazamiento, pero si implica el incumplimiento de un requerimiento, una vez transcurrido el plazo para otorgar la representación o, en su caso, subsanar el defecto de representación, que es otro de los supuestos de dilación no imputable a la Administración según el artículo 104 a) del RGAT más arriba transcrito.

Y por lo que se refiere al ingreso en el hospital del marido de la recurrente, es en la diligencia de 27/03/2012, en la que consta que se ha recibido por fax un justificante donde se dice que se encontraba ingresado en el Hospital Virgen de la Salud de Toledo, lo que tiene lugar en un momento anterior al periodo de dilaciones discutido».

4. De este modo, en el propio Fundamento de Derecho se viene a señalar que el 4 de mayo de 2012 el recurrente se personó ante la Inspección, para declarar más adelante que el periodo de 15 días, entre el 9 hasta el 24 de mayo de 2012 resulta ser imputable al contribuyente, ya que no había comparecido por sí mismo.

**TERCERO.- 1** . El artículo 241.1 LOPJ , esencial para resolver la temática litigiosa a decidir, estipula, al regular la nulidad de los actos judiciales que: «No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución , siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

Será competente para conocer de este incidente el mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de 20 días, desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución.

El juzgado o tribunal inadmitirá a trámite, mediante providencia sucintamente motivada, cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones. Contra la resolución por la que se inadmita a trámite el incidente no cabrá recurso alguno».

2 . Las sentencias y autos susceptibles de ser recurridos en vía casacional quedan excluidos del incidente de nulidad de actuaciones, toda vez que éste, como se acaba de reproducir, solo cabe interponerlo contra aquellas resoluciones contra las que no quepa recurso ordinario ni extraordinario, como es el recurso de casación.

No es controvertida la posibilidad de interponer recurso de casación contra la resolución impugnada.

3 . La Administración recurrida señala, no sin razón, que en el nuevo régimen casacional, no puede decirse realmente que la infracción procesal denunciada pueda trascender del caso concreto y presente interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Efectivamente, la infracción de normas procedimentales difícilmente se considerará que reviste interés casacional objetivo que funde la admisión del recurso de casación, dado que ya hay una doctrina consolidada sobre la mayor parte de estas cuestiones, aunque incidan en derechos fundamentales ( AATS de 1 de marzo de 2017 (casación 88/2016: ECLI:ES:TS:2017:1450A ) y de 22 de marzo de 2017 (casación 49/2017: ECLI:ES:TS :2017:2126A). Ello comporta, que el recurso de casación será inadmitido, y, además, que no puede interponerse el incidente de nulidad de actuaciones dada la redacción del texto legal contenido en el artículo 241 LOPJ .

4 . Con respecto a los vicios *in procedendo*, en particular, las alegaciones relativas a la concurrencia de incongruencia omisiva en la sentencia impugnada, esta Sala, se ha pronunciado reiteradamente [por todos, Autos (2) de 31 de mayo de 2017 (casación 1188/2017: ECLI:ES:TS:2017:5014A y 1122/2017 : ECLI:ES:TS:2017:5013A)] a situaciones de incongruencia omisiva, exige a los recurrentes en casación antes



de promover el recurso, promover la solicitud de subsanación de la falta por el trámite de los artículos 267.5 LOPJ y 215.2 LEC, pero no derivándose una inadmisión sin más «porque, atendiendo a la consolidada praxis de esta Sala en relación con situaciones iguales bajo la vigencia del régimen casacional sustituido por la reforma operada en el año 2015, no cabía exigir al recurrente que promoviera el incidente regulado en los artículos 267.5 LOPJ y 215.2 LEC. Sería pues desproporcionado hacer recaer sobre él, con un desenlace de inadmisión, las consecuencias anudadas a la no utilización del cauce de subsanación referido». 3. Por todo ello, debemos inadmitir este recurso de casación, tal y como ha sido preparado, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento en que se notificó a la parte aquí recurrente la sentencia de instancia, para que, conforme a lo previsto en los artículos 267.5 LOPJ y 215.2 LEC, pueda presentar, si así lo estima oportuno, escrito interesando su complemento, dando la oportunidad a la Sala de instancia de, si procede, ofrecer una respuesta a las pretensiones oportunamente deducidas, que se dicen no contestadas, de manera que así quede satisfecha la exigencia prevista en el artículo 89.2.c) LJCA».

**CUARTO.**- La problemática ahora planteada es diferente. No es la incongruencia omisiva el vicio imputado sino la incongruencia «interna». La respuesta a este vicio, por la propia naturaleza de las cosas, no puede ser igual a la ofrecida para la incongruencia omisiva a que los autos citados se refieren, ya que la «incongruencia interna» gravita sobre el principio de «invariabilidad de las resoluciones judiciales» razón por la que el mecanismo del «complemento de sentencia» ofrecido para reparar el vicio de incongruencia omisiva es aquí inidoneo.

**QUINTO.- 1.** Dos son las cuestiones que hemos de resolver a la vista de la aparente incongruencia «interna» en que la sentencia recurrida incurre. De un lado, si la resolución impugnada y los vicios que se la imputan tienen relevancia suficiente para que el recurso de casación interpuesto sea procedente. De otra parte, si contra la resolución impugnada cabe, todavía, el incidente de nulidad de actuaciones.

**2.** Con respecto al primero de los problemas a decidir, el del interés casacional del vicio imputado a la sentencia impugnada, incongruencia interna, es clara su improcedencia, con arreglo a los autos de esta Sala de 1 de marzo de 2017 (recurso 88/2016) y 22 de marzo de 2017 (recurso 49/2017), cuando afirman: «(...)ante las dificultades que plantea la apreciación de un interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia cuando se denuncie, como acontece en este caso, la vulneración del derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con infracción del artículo 24 CE y de aquellos otros preceptos que exigen a las sentencias y demás resoluciones judiciales ser coherentes con las pretensiones de las partes. La noción de incongruencia omisiva y los referidos preceptos han sido objeto de una abundante y reiterada jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, por lo que difícilmente se harán necesarios nuevos pronunciamientos de esta Sala».

En consecuencia, la primera de las cuestiones propuestas, la de la viabilidad del recurso de casación interpuesto contra la resolución impugnada, ha de ser resuelta en sentido negativo.

**3.** Decretada la inadmisión del recurso hemos de analizar el alcance temporal que tal pronunciamiento tiene a los efectos de la eventual interposición del incidente de nulidad de actuaciones, cuya resolución posibilitará, en su caso, la modificación del fallo de la sentencia impugnada.

La respuesta a esta problemática requiere el examen de la regulación legal del incidente meritado y la relevancia que el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo tiene en su interpretación. Además, habrán de respetarse las competencias de este Tribunal y las del órgano llamado a resolver, en su caso, el incidente de nulidad de actuaciones.

Por lo que hace a la interpretación de la regulación legal del incidente, a la vista del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo, hay que llamar la atención sobre el hecho de que la recurribilidad de la resolución examinada se efectuaba, originariamente, desde un sistema de recursos cerrado, en el que el ordenamiento de modo taxativo establecía las resoluciones recurribles y las que no lo eran, quedando determinadas de modo nítido las decisiones que era susceptibles de recurso ordinario o extraordinario. Contrariamente, con la regulación del nuevo recurso de casación se ha perdido esa naturaleza cerrada y taxativa que era predicable del sistema de recursos previgente, a efectos de la interposición del recurso extraordinario de casación, pues entre las características del nuevo recurso de casación se encuentra la del alto margen de apreciación, de que esta Sala dispone para su admisión, en contraste con el sistema, insistimos, cerrado y categórico, que adornaba la regulación precedente.

Este cambio legislativo tiene una superlativa importancia a la hora de determinar si se está o no ante una resolución judicial contra la que cabe el recurso extraordinario de casación, pues la clara apertura del recurso de casación a resoluciones que antes lo tenían vedado excluye la inmediata y previa interposición del incidente de nulidad de actuaciones. En la sistemática actual, en contraposición a la anterior, y como principio general, sólo cuando se haya decidido la inadmisión del recurso de casación se podrá afirmar que contra la resolución





judicial impugnada no cabe recurso ordinario, ni extraordinario, lo que es claramente novedoso, pues en la regulación precedente la propia resolución dictada definía intrínsecamente su recurribilidad.

En consecuencia, a este Tribunal le compete decidir sobre la admisión o inadmisión del recurso de casación. Si el recurso de casación se admite se continuará la tramitación legalmente prevista. Por el contrario, si se inadmite el recurso de casación interpuesto contra la resolución judicial impugnada, como ya tuvimos ocasión de señalar en el ATS de 11 de diciembre de 2017 (RCA/3711/2017), es en ese momento cuando se puede afirmar la imposibilidad de interponer recurso ordinario o extraordinario contra la resolución judicial impugnada. Ello significa que la condición de «inimpugnabilidad» de la resolución de instancia sólo tiene lugar cuando la declaración de inadmisión del recurso de casación por el Tribunal Supremo se produce, no cuando aquélla es dictada.

Por ello, en el asunto que decidimos, es esta resolución, la que ahora se dicta, la que abre la posibilidad de interponer el incidente de nulidad de actuaciones, contra la resolución impugnada pues es ahora cuando la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el 19 de junio de 2017, en el recurso contencioso-administrativo 1209/2015, no es susceptible de recurso alguno, ordinario o extraordinario, que es la condición a que el artículo 241 LOPJ supedita la válida interposición del incidente de nulidad de actuaciones.

4. Entendemos que esa interpretación fijada en el citado ATS de 11 de diciembre de 2017 (RCA/3711/2017) -y que ahora reiteramos-, no sólo da una explicación razonable y coherente de la regulación del incidente de nulidad de actuaciones, a la vista del nuevo texto del recurso de casación contencioso-administrativo, sino que respeta las competencias del Tribunal Supremo -limitadas a admitir o inadmitir el recurso de casación-, y, asimismo, las que pertenecen al Tribunal de instancia, quien con libertad de criterio habrá de decidir, en su caso, acerca de la «incongruencia interna» que se denuncie.

**SEXTO.-** Dadas las circunstancias examinadas, esta Sección considera procedente no hacer un expreso pronunciamiento sobre las costas.

Por todo lo anterior,

#### La Sección de Admisión acuerda:

: 1º) Inadmitir el RCA/4696/2017, tal y como ha sido preparado por el procurador don Antonio Rafael Rodríguez Muñoz, en representación de don Bartolomé, contra la sentencia dictada el 19 de junio de 2017 por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso 1209/2015.

2º) Contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso 1209/2015, podrá interponerse incidente de nulidad de actuaciones, cuyo plazo empezará a contarse desde la notificación de este auto.

3º) No hacer un expreso pronunciamiento sobre las costas causadas.

Así lo acuerdan y firman.

D. Luis María Díez-Picazo Giménez, presidente D. Manuel Vicente Garzón Herrero

Dª. Celsa Pico Lorenzo D. Emilio Frías Ponce

D. Diego Córdoba Castroverde D. José Juan Suay Rincón

Dª. Inés Huerta Garicano